

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 3/2008

CONSEJO EDITORIAL*:

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

María José Añón Roig

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO*:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

* Por orden de edad

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria@tirant.es. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media, S.L.

Imprime: Guada Impresores, S.L. - PMc Media, S.L.

SUMARIO

DEBATE

“El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo”

Tres ideas recibidas sobre el terrorismo	6
<i>Javier de Lucas Martín</i>	
Terrorismo yihadista y Estado de Derecho.....	20
<i>Javier Jordán</i>	
Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo.....	34
<i>José Luis González Cussac y Antonio Fernández Hernández</i>	
Terrorismo y libertades políticas	60
<i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	
Terrorismo, enemigos y tortura.....	98
<i>Teresa Rodríguez Montañés</i>	
La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho	118
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	
Extraterritorialidad y terrorismo	136
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	

ESTUDIOS

Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, Derecho, pronunciamientos, admisión, costes	158
<i>Ignacio Borrajo Iniesta</i>	
Contracciones y dilataciones en la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva.....	204
<i>Magdalena Nogueira Guastavino</i>	
Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos.....	234
<i>Patricia Laurenzo Copello</i>	

TEMAS DE HOY

La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea: los derechos del imputado.....	250
<i>Marcos Loredó Colunga</i>	
La influencia de la decisión de la Corte Penal Internacional de confirmación de cargos en el caso Lubanga en el desarrollo del Derecho Penal Internacional.....	284
<i>Héctor Olásolo Alonso</i>	
Agentes transnacionales y eficacia horizontal de los derechos humanos.....	323
<i>Ana M. Jara González</i>	

VARIA

<i>Las ensoñaciones del jurista solitario</i> , Ángel M. López y López, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.....	343
<i>José Villalobos</i>	
Normas de la revista	349

DEBATES

“El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo”

Tres ideas recibidas sobre el terrorismo

Javier de Lucas Martín

Terrorismo yihadista y Estado de Derecho

Javier Jordá E.

Sobre el concepto jurídico-penal de terrorismo

José Luis González Cussac y Antonio Fernández Hernández

Terrorismo y libertades políticas

María Luisa Cuerda Arnau

Terrorismo, enemigos y tortura

Teresa Rodríguez Montañés

La situación de los presos de Guantánamo: entre la tortura y el Estado de Derecho

Francisco Muñoz Conde

Extraterritorialidad y terrorismo

Gonzalo Quintero Olivares

RESUMEN

El debate actual sobre el terrorismo parece lastrado por algunas ideas recibidas que conviene someter a crítica. Entre ellas se proponen tres: (1) la pretendida novedad radical del denominado “terrorismo global” o hiperterrorismo, que supondría una inflexión a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. (2) La impertinencia del debate acerca de las causas y sobre todo de las causas políticas del terrorismo internacional. (3) Finalmente, la identificación entre seguridad y lucha contra el terrorismo, frente a la evidencia de la multidimensionalidad y complejidad de la noción de seguridad humana.

PALABRAS CLAVE

TERRORISMO, SEGURIDAD, RIESGO, TERRORISMO GLOBAL, VIOLENCIA POLÍTICA, SEGURIDAD HUMANA.

ABSTRACT

The current discussion over terrorism seems to be burdened with some received ideas that should be reviewed. Of them, three are put forward: (1) the claimed radical novelty of what is called “global terrorism” or “hyper-terrorism”, which supposes the attacks of September 11th, 2001 as a turning point. (2) The impertinence of the debate over the reasons, and above all the political reasons, of international terrorism. (3) Finally, the identification of security with the struggle against terrorism, given the evident multidimensionality and complexity of the notion of human security.

KEY WORDS

TERRORISM, SECURITY, RISK, GLOBAL TERRORISM, POLITICAL VIOLENCE, HUMAN SECURITY.

TRES IDEAS RECIBIDAS SOBRE EL TERRORISMO

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat de València

Sumario: 1. Terrorismo, (in)seguridad, riesgo: tres ideas recibidas. 2 Nuevas y viejas amenazas. Viejas y nuevas respuestas. La diferencia cualitativa del terrorismo global. 3. Los terrorismos: entender, justificar, responder: La cuestión de las causas y la dimensión política del terrorismo. 4. Otra seguridad: seguridad humana y respuestas jurídicas. 5 Referencias de lectura.

1. TERRORISMO, (IN)SEGURIDAD, RIESGO: TRES IDEAS RECIBIDAS

1.0. Comencemos por lo obvio. La literatura científica sobre el terrorismo, sobre sus desafíos y sobre las respuestas políticas de las que podemos y debemos dotarnos para hacerles frente —y utilizo el término políticas en el sentido más amplio—, es hoy tan abundante, aún más, tan omnipresente que, además de resultar inabarcable, hace dudar de la utilidad e incluso de la viabilidad de nuevas aportaciones. Sin embargo, precisamente esa situación justifica a mi juicio la conveniencia y acaso la necesidad de acometer la tarea crítica de revisar algunas de las ideas recibidas que han pasado a formar parte del *sentido común* construido al respecto; es decir, del estado de la opinión pública que se invoca precisamente para justificar los instrumentos —jurídicos entre otros— de esas respuestas.

Dicho de otro modo, el sentido de estas páginas es el de una modesta contribución a un objetivo que —sin mayores ambiciones— podríamos calificar de higiénico, porque lo que aquí se pretende no es proponer alternativas a esas políticas ni, menos aún, ofrecer elementos de una nueva política jurídica frente al terrorismo, sino llamar la atención acerca de algu-

nos de los déficits justificativos, si no verdaderas falacias, que subyacen a su vez a algunos de los tópicos que recorren el debate. Quiero referirme en particular a tres de las ideas recibidas que recorren como argumentos evidentes el debate y que, a mi juicio, en realidad dificultan su comprensión.

1.1 La primera de ellas tiene que ver con la denunciada inadecuación de la respuesta al actual desafío terrorista. Es bien conocido que, hoy, buena parte del debate —académico, político, y, no digamos, mediático— se centra en la prioridad de la eficacia en la lucha contra el terrorismo y por ello en las razones de la (in)eficacia de la respuesta; de forma que se multiplica aquí y allá la denuncia de los errores y a fortiori de los efectos perversos que comporta esta o aquella estrategia antiterrorista.

A menudo se insiste en que el error fundamental de comprensión que provoca la inadecuación entre las medidas adoptadas por los viejos agentes —los Estados, a través de sus ordenamientos jurídicos nacionales— respecto a la “naturaleza” del desafío, estriba en que no se ha tomado conciencia adecuada de la transformación cualitativa del desafío terrorista. Una transformación que procede de la aparición

de otro tipo de terrorismo, de alguna forma inédito, tras el punto de inflexión de los atentados de 11 de septiembre de 2001. Así, según la mayoría de los especialistas en historia del terrorismo (por todos, Challiand/Blind 2003; Laqueur 2003; en contra, Boniface 2004), estaríamos ante un “nuevo” terrorismo, nuevo sobre todo en cuanto global (Reinares 2004) y también por su estrategia y métodos, lo que permitiría incluso hablar de “hiperterrorismo” (Heisbourg 2004). Una grave amenaza frente a la que necesitaríamos nuevas respuestas y ahí radican buena parte de los malentendidos.

En efecto, las falacias más significativas aparecen, a mi entender, cuando, tras constatar la novedad de este tipo de terrorismo, se produce a renglón seguido una propuesta de simplificación que consiste en subrayar la esterilidad del debate acerca de los factores que hacen aparecer ese terrorismo global (en realidad, cualquier terrorismo), en aras de la prioridad de hacer frente de forma adecuada, es decir, diferente, al peligro, porque la amenaza, además de novedosa, sería la de mayor gravedad afrontada hasta hoy. Sería así porque el nuevo terrorismo es presentado en términos de amenaza civilizatoria, hasta el punto de que encarna en guerra, la nueva guerra (Kaldor 1998, Ramonet, 2003). Recordemos que el grupo de ideología neoconservadora al que pertenecen buena parte de los responsables políticos de esa estrategia, a partir de las bases teóricas proporcionadas por Hungtinton (1997) o Kagan (2003), sostiene que ese terrorismo constituye una amenaza radical contra todo lo que consideramos civilización (y en particular contra sus elementos básicos: derechos humanos, democracia, mercado libre) y por ello la respuesta debe ser adecuada a la dimensión de la amenaza. Como desgraciadamente sabemos, esa es la argumentación que ha servido a su vez para trazar la estrategia de guerra global contra el terrorismo cuyos costes en términos de dos bienes imprescindibles, la erosión de la legitimidad (el daño a principios básicos del Estado de Derecho, de los derechos humanos, de la democracia) y la fragilización de las relaciones internacionales, esto es, en definitiva,

en términos de seguridad y paz, aun no hemos acabado de evaluar.

Lo que quiero señalar es que hoy se produce la misma simplificación argumentativa que subyace a la aparición moderna del terror como estrategia política. Me refiero a esa primera manifestación del terrorismo de Estado que propusiera Robespierre al formular el terror como virtud republicana —uno de los principios de la moral política de la República enunciados en el informe que presenta a la Convención en nombre del Comité de Salud Pública, el 5 de febrero de 1794—: “Hay que sofocar a los enemigos interiores y exteriores de la República o perecer con ellos; por lo tanto, en esta situación la primera máxima de nuestra política debe ser conducir al pueblo por la razón y a los enemigos del pueblo por el terror” (Robespierre, 221).

1.2. Coherentemente con semejante planteamiento, aunque de forma absolutamente incongruente con lo que se supondría exigencias de la dimensión de complejidad que debiera acompañar al reconocimiento de la característica novedosa de globalidad, se sostiene que, ante la entidad del desafío, lo decisivo es no caer en la trampa del debate sobre las causas del terrorismo. Incluso se añade que ese tipo de análisis constituye un sofisma, hasta una perversión del debate, puesto que permite a algunos teóricos y sobre todo a los simpatizantes de movimientos terroristas (tanto a los vinculados con el terrorismo tradicional, es decir, sobre todo con movimientos nacionalistas independentistas, como a los que muestran su comprensión por el arquetipo del nuevo terrorismo global, el denominado terrorismo yihadista, fundamentalista o simplemente islámico) enfatizar que el terrorismo tiene profundas raíces de carácter económico, cultural, social y por ello político.

Por consiguiente, desde esa pretendida exigencia de claridad —que, insisto, lo es de simplificación— se pone todo el acento en denunciar el error de calificar el terrorismo no tanto como una modalidad —grave— de

delincuencia sino sobre todo como manifestación de violencia política, porque una de las consecuencias perversas de ese análisis sería que permite reivindicar para este fenómeno y para sus actores, los terroristas, un status particular, alejado del de la delincuencia común, próximo al del combatiente cuando no al del disidente político radical. Frente a ello, esta argumentación de claridad subraya que la cuestión primordial consiste en establecer una estrategia eficaz, global, que permita hacer frente a la amenaza terrorista global y así a todos los terrorismos. La guerra global contra el terrorismo, el compromiso de poner todos los medios disponibles, de forma concertada, por parte de la comunidad internacional, sería la única forma de asegurar el objetivo de erradicar el terrorismo. El problema reside, como trataré de recordar en el segundo apartado, es lo inverosímil de la tesis, pues la causa del terrorismo siempre encontrará adeptos, según nos recuerdan con diferentes acentos Enszerberger (2006) y Sloterdijk (2006), por más que eso no signifique aceptar el fatalismo basado en el fobotipo difundido por la maquinaria de propaganda conservadora al servicio de la administración Bush, de un ejército inagotable de terroristas presentados como “demonios” sugidos de la cantera inagotable del fanatismo fundamentalista (*Devils walk the Earth*) dispuestos al suicidio y a los que les resultaría indiferente la muerte de los infieles (tal y como lo presenta por ej. R Peters 2007).

1.3. Otra argumentación a mi juicio falaz y que también se nos repite hasta la saciedad insiste en que ese terrorismo global que preocupa hoy, el terrorismo que no conoce fronteras, es la principal fuente de inseguridad, el principal factor que contribuye a definir el riesgo como la condición antropológica de la post-postmodernidad (en los términos en los que el riesgo es categorizado por Beck 1998 y sobre todo Beck 2002, fruto de tres tipos de riesgo vinculados a las amenazas ecológicas, las crisis financieras y las redes de criminalidad internacional), el rasgo por antonomasia de la etapa actual del proceso de globalización, caracterizada por la

creciente toma de conciencia de la condición de vulnerabilidad e incertidumbre

A mi juicio, se trata de un paso más en la estrategia del miedo que, como he tratado de apuntar, comparte con su enemigo precisamente aquello que denuncia en él, pues trata de causar el terror para desmoralizar, para desanimar, en el sentido más profundo de esas expresiones; es decir, arrancar la raíz, la referencia del ethos, del espíritu cívico. Enunciado el riesgo en esos términos, es claro que se pretende que los medios para asegurar la supervivencia pasen por encima de la mayor parte de los fines, es decir, de los valores y principios que constituyen la legitimidad, y por eso el efecto más pernicioso de la estrategia del miedo es banalizar el mal que se asume como necesario (limitaciones arbitrarias de derechos fundamentales y libertades públicas, suspensión del principio de división de poderes, etc). Como señala Buisson, es lo que, en línea con Robespierre, enunciará en 1898 Karl Heinzen en su ensayo *Der Mord*, reivindicando el terror para preservar la república, la civilización frente a la barbarie: “si debes hacer saltar la mitad del continente y extender un baño de sangre para destruir la amenaza de los bárbaros, no tengas ningún escrúpulo de conciencia: Quien no sacrificaría alegremente su vida por la satisfacción de exterminar a un millón de bárbaros no es un verdadero republicano”. (Buisson, 1999)

Pero lo que me interesa subrayar es un efecto colateral: el resultado de esta trampa argumentativa es que, al definir las prioridades de la estrategia frente a la inseguridad, ésta queda reconducida en la práctica —si no identificada— a la lucha (la guerra) contra el terrorismo. Es así, como he tratado de apuntar, porque adquiere la condición de prioridad en términos de una cuestión de supervivencia ante la que, insisto, no caben matices. Aún peor, su modus operandi, su lógica y sus métodos se convierten en el modelo a seguir frente a otras amenazas que participan de las características de la amenaza mayor (lucha contra criminalidad internacional organizada, redes internacionales de narcotráfico o de inmigración clandestina).

Pues bien, mi propósito en lo que sigue es sugerir la conveniencia de discutir acerca de si están justificados esos tres lugares comunes, esas tres ideas recibidas que he tratado de recordar. (1) ¿Hacemos hoy frente a una modalidad totalmente diferente de terrorismo frente a la que hay que proporcionar respuestas diferentes de las que disponemos hoy? (2) ¿Son irrelevantes las causas que permiten caracterizar al terrorismo como violencia política? (3) ¿Es ese terrorismo la razón primordial de la creciente y generalizada toma de conciencia de inseguridad, de vulnerabilidad, de incertidumbre? Por razones de espacio prestaré atención sobre todo a las dos primeras y me limitaré a enunciar algunas sugerencias respecto a la tercera.

2. NUEVAS Y VIEJAS AMENAZAS. VIEJAS Y NUEVAS RESPUESTAS

2.0. No trato de negar evidencias. Que el terrorismo hoy ha cobrado una dimensión global, más incluso que internacional, resulta indiscutible, y del mismo modo nadie que tenga un mínimo de sentido común puede negar que se trata de una amenaza importante, un gravísimo factor de inseguridad. Otra cosa es que ello sea consecuencia exclusivamente del salto cualitativo que introduce el terrorismo yihadista a raíz de los atentados de Nueva York y Washington, con sus secuelas en Bali, Madrid y Londres. Al menos, me parece razonable cuestionar si hay tal transformación como consecuencia del “nuevo” tipo de terrorismo, lo que es muy discutible si se pretende que eso es el resultado exclusivamente de su dimensión internacional, o incluso global.

En todo caso, una primera consecuencia de la toma de conciencia de la creciente dimensión global, que no radica sólo, insisto, en la capacidad de los nuevos agentes del terrorismo, sino sobre todo en el medio en el que actúan (el proceso de globalización, que les permite trascender en términos cuasiplanetarios el ámbito de su propósito expresivo como técnica de actuación, de representación) es la comple-

jización de un debate no poco confuso acerca de determinadas manifestaciones del terrorismo. En torno al terrorismo, uno de los riesgos más comunes es la simplificación maniquea y la reducción del fenómeno a una forma más de criminalidad —por grave que sea—. Algo de ello creo que ha sucedido en nuestro país, en el que asistimos a mi juicio a contradicciones argumentativas de grueso calibre. Así, de un lado, para evitar contaminar la supuesta especificidad del problema del terrorismo vasco con comparaciones que politicen lo que es presentado casi exclusivamente en términos de delincuencia criminal organizada, se subraya una y otra vez que ETA no tiene parangón alguno con otros terrorismos vinculados a movimientos independentistas nacionalistas como el IRA. Que es un problema sobre todo de los vascos, y que hay que tratarlo con medios específicos, policiales y políticos. Lo primero, la especificidad, es poco coherente con la insistencia en que todos los terrorismos son iguales y que la estrategia contra el terrorismo global (que se identifica con el yihadista) nos permitirá acabar de una vez por todas con el terrorismo. Lo segundo, la necesidad de actuar políticamente, es el reconocimiento de que no nos hallamos sólo ante un fenómeno de delincuencia. No se puede insistir a la vez en que el terrorismo de ETA es hoy el principal lastre político para nuestro propio país, la mayor amenaza para nuestra seguridad y por ello la primera preocupación de nuestros ciudadanos, hacer de ello la cuestión política por excelencia y a la vez negar que las respuestas han de ser políticas también, en el sentido más profundo del término. aunque relevante. Me parece evidente que esta amenaza no es ni la única, ni la más decisiva, a la hora de entender cuáles son nuestros problemas y establecer prioridades al respecto. Para decirlo orteguianamente, resulta evidente que el terrorismo etarra no es, ni siquiera por lo que se refiere a España, el tema de nuestro tiempo. Ello significa que la pretensión de monopolizar —si no de sustituir— el discurso político por la discusión acerca de ese problema, tal y como ha venido sucediendo en nuestro país a lo largo de la última legislatura, constituye una manipulación, y exige que

prestemos atención precisamente a esa construcción argumentativa, a esa forma de problematización.

2.1. Pero, volviendo a lo que aquí más interesa, sucede que tampoco la identificación del terrorismo global en esos términos —el tema de nuestro tiempo, lo nuevo— resulta de suyo evidente, como trataré de apuntar. Dicho de otra forma, a mi juicio la ecuación de identidad entre (in)seguridad, riesgo y terrorismo, la tesis de que la definición de nuestra condición antropológica en términos de riesgo responde en gran medida a las nuevas características de la amenaza terrorista, pese a constituir un tópico que ha cobrado hoy carta de naturaleza como evidencia, está en realidad más cerca de la obsesión inducida que de la constatación empírica que a menudo se nos presenta.

Por descontado, estoy de acuerdo en que no es un seudo problema y es evidente la imposibilidad de negar su considerable envergadura, pero me parece que conviene insistir en que el debate al respecto constituye en no poca medida un ejemplo más de problematización indebida, otra elaborada construcción de un problema-obstáculo que está lejos de constituir la novedad que se nos propone y menos aún cuando se nos presenta ese terrorismo global en los términos de la nueva modalidad de la guerra (Cronin 2002, y en cierta medida Laqueur 2003; mucho más matizado Beck 2004), una guerra difusa a la par que global y a largo plazo, que es la argumentación que se utiliza precisamente para identificarlo como la madre de todas las amenazas.

En suma, no basta con seguir repitiendo como una especie de mantra la necesidad de establecer una estrategia eficaz y común en la lucha contra el terrorismo global como el tema de nuestro tiempo; incluso aunque tratemos de poner el acento en la prioridad de enfocar esa estrategia en términos coherentes con las exigencias del Estado de Derecho; algo que parece necesario, por ejemplo, cuando, como ya he evocado, asistimos a la (re)aparición de argumentaciones que justifican el recurso a la

tortura. Esto sólo acredita, como señalara Brecht, que vivimos tiempos difíciles, pues lo son aquellos en los que hay que luchar por lo evidente, por lo que creímos ya consolidado.

Lo relevante es tratar de entender si verdaderamente como consecuencia de la irrupción de ese terrorismo, nos encontramos ante un “nuevo” desafío, más allá de la dimensión de amenaza global para la seguridad. Porque solo así estaremos en condiciones de juzgar la adecuación de la respuesta, lo que no significa que esa sea tarea fácil pues, como trataré de recordar en el siguiente apartado, la primera de las dificultades de la respuesta aparece precisamente a la hora de caracterizar jurídicamente la amenaza.

2.2. Entre los rasgos que permiten hablar de una diferencia cualitativa entre el viejo y el nuevo terrorismo se señala que el terrorismo global es una auténtica guerra, se acepte o no su vinculación con los escenarios del conflicto de civilizaciones con el que Huntington trata de diseñar las estrategias de la acción exterior del bloque atlántico. Y lo primero que habría que recordar es que de suyo la tesis de una amenaza bélica permanente no constituye ninguna novedad. Una tan banal como difundida traducción de un fragmento de Heraclito le atribuye la paternidad del carácter central de la guerra como el fenómeno social originario (“la guerra, madre de todas las cosas”), una tesis de la que traería razón la argumentación con la que el no menos mal entendido pesimismo antropológico de Hobbes inaugura la moderna ciencia política, al enunciar el establecimiento del vínculo político (en realidad, del status de súbdito) como respuesta al estado natural de *bellum omnium contra omnes*. Y que constituye antecedente también, según es obvio, de la formulación del nexo indefectible entre guerra y política presentado por von Clausewitz.

Como cabe suponer fácilmente, si evoco estas referencias es porque ayudan a entender que la contaminación política y jurídica que habría provocado la respuesta dominante frente a los nuevos desafíos del terrorismo internacional

—enunciado como la nueva modalidad de la guerra, incluso como la guerra permanente y global— está lejos de constituir una novedad. Se trata de una constante histórica, reiterada sin descanso y que tiene no poco que ver con el recurso centrípeto a la necesidad del agresor externo o del *buc émissaire* (Girard) para mantener la cohesión, que es casi tan viejo como nuestra historia. No en balde se atribuye a Catón un *dictum* que *mutatis mutandis* podría predicarse de la administración Bush y de su política exterior ante el mundo que emerge no ya de los atentados de 2001, sino del siglo corto, de los acontecimientos que en 1989 clausuraron el orden internacional de los bloques antagónicos: “Destruída Cartago, qué será de Roma sin enemigo?”.

Es cierto que el terrorismo global presenta la novedad de su dimensión planetaria en su organización y en sus objetivos, pues crea inseguridad sobre el propio sistema internacional, y no sólo sobre ciertos objetivos, ciertos grupos sociales como en el terrorismo clásico. Pero en el fondo la estructura permanece la misma: es una técnica para provocar un terror que se trata de extender al máximo a fin de conseguir de ese modo su propósito (político). Sólo que ahora la capacidad de extender el terror es exponencial gracias a los medios que ofrece la globalización. Se puede sembrar el terror en cualquier momento, en cualquier parte, sabiendo que la diseminación del miedo está garantizada y que afectará por tanto a todos. Lo realmente decisivo es que el proceso de globalización hace posible la difusión generalizada del terror —como de la disuasión— por parte de agentes que no necesitan un esfuerzo que antes estaba al alcance sólo de los grandes agentes estatales. Creo que algunas de las crisis financieras recientes constituyen un buen ejemplo que pone de manifiesto que lo importante para definir un fenómeno global no radica en la especificidad del mismo, sino en esa capacidad de ampliar los efectos que hoy está al alcance de todos y que es multiplicada por los medios y por la lógica de la publicidad sin la que el terrorismo no puede conseguir su propósito, pero a la que tampoco parece que-

rer renunciar el poder estatal en su afán de legitimar respuestas y medidas que no siempre están en proporción con las amenazas.

En suma, la dimensión global del terrorismo es relevante a la hora de establecer el grado de la amenaza y también la necesidad de una respuesta que ya no puede ser estatal-nacional, pero eso no obedece a un cambio en las características básicas del fenómeno sino al hecho de que los terroristas; que así actúan como nuevos “profetas mediáticos”, han advertido antes y con mayor eficacia el incremento exponencial que la globalización tecnomediática ofrece a su propósito básico; es decir, a la amplificación de las posibilidades de impacto de su estrategia del miedo; algo que sus adversarios no han sabido captar pese a que son ellos los motores del proceso de globalización.

Pero quizá lo más interesante es, como ya apunté, una consecuencia de la globalización que han destacado con distintos acentos Enszberger y Sloterdijk: me refiero a que este proceso está incrementando la capacidad del sistema capitalista de producir resentimiento. Es lo que apunta a mi juicio el primero en su ensayo sobre los *perdedores radicales* en el que sostiene que la sociedad globalizada crecientemente desigualitaria, que hace visible esa desigualdad, que, al mismo tiempo que expone a todos el desproporcionado éxito de unos pocos, parece mostrarnos que esos bienes podrían estar a nuestro alcance (tenemos derecho a ellos), no cesa de producir ese tipo de fracasados, de perdedores, de marginados/excluidos (*losers* en la lógica del beneficio), una clase específica de víctima que cultiva su situación de derrota, de infortunio como obsesión y que atribuye a los otros la culpa de su desgracia; una mentalidad que es el resultado perverso del terror, porque el peor de los efectos del terror es el peligro de contagio para quienes lo sufren (Enszberger 2006: 55-56). Esa es una explicación de la indefectibilidad en nuestra época de la presencia del terrorista que coincide con la tesis de la humildad vengadora formulada por Sloterdijk, que enuncia el primado de la herencia de la cólera para definir nuestro momento histórico (aunque, según

recuerda, la historia de occidente, en el primer verso de la Iliada, comienza con la palabra “cólera”, *menis*) y, con argumentos diferentes de los célebres de Fanon, sostiene el vínculo entre el terrorismo y la venganza de los humillados (2006: 162). Eso no quiere decir que los terroristas actúen justificadamente, sino sólo que el abanico de motivos que pueden hacer surgir la respuesta terrorista es difícilmente eliminable. Son los terroristas quienes hacen nacer el terrorismo, pero mientras existan mecanismos que producen que los sujetos puedan reaccionar de ese modo el vivero permanecerá. Sí, es cierto: acabar con el terrorismo es más complejo que la inacabable tarea de poner fin a las situaciones de desigualdad e injusticia, a la ignorancia y el prejuicio, al fanatismo y la explotación, pero mientras esas condiciones definen la vida de millones de seres humanos la chispa de la respuesta del terror no dejará de prender. En todo caso, lo que resulta más evidente es que sí podemos someter a reglas las respuestas, las estrategias que mimetizan la lógica del terror, que multiplican sus efectos desmoralizantes, deslegitimadores y es ahí donde cabe ensayar todo el esfuerzo, en el control de esas respuestas. Quizá convenga tener en cuenta una advertencia de K Annan: “el hecho de que unos pocos hombres o mujeres malvados cometan asesinatos en su nombre *no hace que una causa sea menos justa*. Tampoco nos exime de la obligación de tratar agravios legítimos. Por el contrario, sólo se derrotará al terrorismo si nos empeñamos en resolver las controversias políticas y los conflictos de larga data de los que el terrorismo obtiene apoyo. Si no lo hacemos, nos hallaremos actuando como sargentos reclutadores para los mismos terroristas que tratamos de reprimir... Debemos dejar en claro, en las palabras y en los hechos, no sólo que estamos luchando contra los terroristas, sino que también estamos tomando posición en favor de algo, en efecto luchando por ello —por la paz, por la resolución de los conflictos, por los derechos humanos y por el desarrollo. Conforme a ello, debe haber algo más en el horizonte que simplemente ganar una guerra contra el terrorismo. Debe haber la promesa de un mundo mejor y más justo y

un plan concreto para conseguirlo... Para combatir el terrorismo, no sólo debemos luchar contra los terroristas. Tenemos que ganarnos los corazones y las mentes. Para lograrlo, debemos empeñarnos en resolver controversias políticas, concebir una visión de paz y desarrollo y esforzarse por hacerla realidad y fomentar los derechos humanos. Y sólo podemos lograr todo esto con eficacia si colaboramos mediante las instituciones multilaterales —en primer lugar, mediante las Naciones Unidas— (Annan, 2003).

Creo con Chomsky que la conexión entre nuevo terrorismo, y el incremento del riesgo y vulnerabilidad debe ser examinada con paciente atención, evitando reducirnos a la primera idea recibida, aquella de que nuestra vulnerabilidad creciente es el resultado del asedio/amenaza de los nuevos terroristas —a su vez, identificados como yihadistas— como amenaza global y completamente diferente, además de extraña a nuestra lógica en cuanto surgida de la incompatibilidad entre el islam y la democracia, fruto del fanatismo religioso. Y hacerlo sobre todo a la luz de las lecciones que hemos extraído en este primer decenio del siglo XXI, que muchos —por ejemplo, Giuliani, que acuñó la frase “hemos entrado en el nuevo siglo por las puertas del infierno”— definen precisamente en clave de la primacía del desafío del terror, pero en el que el infierno desatado no lo es sólo por las acciones terroristas sino también por la respuesta que ha quebrado por completo el límite del derecho y desata otros infiernos no menos rechazables.

Lo que me parece más necesitado de reflexión es sobre todo la posibilidad de manipulación de la ciudadanía que ofrece esa estrategia de respuesta global —o, por decirlo más exactamente, que parece obedecer o insertarse al servicio de ella—, para justificar un tipo de respuestas que son lesivas para esa misma ciudadanía y que se encubren como coste necesario de la protección debida, según el lema hobbessiano, o, al menos, como ese *mal menor en la era del terror*, tal y como lo argumenta Ignatieff (2004).

3. LOS TERRORISMOS: ENTENDER, JUSTIFICAR, RESPONDER

3.0. El segundo de los lugares comunes en el debate es el argumento de que carece de sentido preguntarse por las causas del terrorismo, intentar trazar tipologías del fenómeno para establecer diferencias y por consiguiente proponer estrategias de acción o respuestas de diverso orden. Y esa tesis no sólo es sostenida por quienes ponen todo el énfasis en la necesidad de dotarse de respuestas eficaces frente a la envergadura de la amenaza en lugar de las discusiones banales sobre diferencias anecdóticas entre galgos y podencos, sino también por una buena parte de quienes han analizado el problema. Resulta emblemática al respecto la conocida toma de posición de W. Laqueur que sostiene que definir el terrorismo, más que una empresa desesperada, es un esfuerzo inútil (Laqueur, 1980).

3.1. Con todo, el argumento de que, en punto al *nomen iuris* de terrorismo no cabe encontrar un acuerdo debe ser examinado también con paciente atención. Sobre todo porque precisamente no pocas de las paradojas y falacias que rodean la discusión acerca del desafío del terrorismo internacional y de las respuestas adecuadas se advierten con mayor claridad en este punto siempre crucial para el Derecho, como es el de la definición.

La dificultad estriba en el requisito de legalidad enunciado como condición *sine qua non* en la legitimidad de esa tarea y que impone como metodología establecer previamente la definición del ilícito antes de ofrecer instrumentos de respuesta, que son de prevención y de castigo. Más concretamente, por lo que se refiere a la respuesta jurídica frente a la amenaza para la seguridad que constituyen las actividades de terrorismo, la dificultad, si no el *oximoron* —la contradicción irresoluble diríamos mejor— radica en el carácter desesperado o pura y simplemente imposible y por ello

inútil, de la empresa de obtener un concepto jurídico —una definición— de terrorismo, aun a sabiendas de que semejante tarea no tiene nada que ver con el descubrimiento de una supuesta verdadera naturaleza del fenómeno, de la esencia del terrorismo, porque no hay tal cuando de definiciones jurídicas se trata.

Subrayo esta última obviedad, el carácter estipulativo de la definición jurídica de terrorismo, para recordar algo muy sencillo pero que no siempre se tiene en cuenta en buena parte del debate científico sobre la cuestión, en particular en algunos de los más utilizados análisis multidimensionales del terrorismo (*International Encyclopedia* 1997, Baudouin 2007), que acostumbran a contraponer las diferentes versiones en función de perspectivas disciplinares —la de la ciencia política, la de la sociología o la psicología social, incluso de la antropología o la sociobiología (Tobena, 2006), frente a las de la Ética o el Derecho.

Habrà que repetir una vez más, por obvio que sea, que la distinción entre explicación y justificación es una exigencia básica en las ciencias sociales y que en ningún caso resulta admisible lo que de forma contundente ha calificado Ernesto Garzón como «repugnante deseo» de prescindir de la razón (Garzón, 2004: 274) y que en el caso de los teóricos que lo postulan constituye un ejemplo de oscurantismo intelectual: ¿acaso no es una contradicción en los términos una posición intelectual que se niega a intentar explicar/comprender los hechos sobre los que teoriza?

Si lo anterior me parece importante, es sobre todo porque, a mi juicio, precisamente es el énfasis en la necesidad de nuevos planteamientos, de nuevas respuestas que superen los viejos corsés a los que se vincula la ineficacia lo que constituye el verdadero riesgo. Dicho de otro modo, la enfermedad letal que acecha hoy al Estado de Derecho y a la democracia no es el virus del nuevo terrorismo, sino la forma en que algunos nos proponen combatirlo y a esos efectos es absolutamente imprescindible contar con los elementos definitorios de la conducta a reprimir.

He tratado de apuntarlo al subrayar uno de los efectos perversos del mensaje de la prioridad de supervivencia, la pérdida de legitimidad. La consecuencia más visible del enunciado de la prioridad vital es el estrangulamiento del pluralismo y la criminalización de la crítica, de la disidencia que tienen como símbolo la retórica de la firmeza y la unidad. Este particular elogio de la firmeza —formulada como firmeza democrática, de los demócratas frente a los violentos, los enemigos de la civilización— en aras de la cual se requiere la unidad, el cerrar las filas, pone el acento en la necesidad de blindar el *punctum dolens* del Estado de Derecho, su tolerancia con los intolerantes, la atribución irresponsable de la libertad a los enemigos de la libertad. Se subraya así la contradicción a la que conduciría una estrategia garantista que obliga a los Estados democráticos a combatir a su mayor enemigo “con un brazo atado a la espalda” (Ignatieff), ofreciendo sus ventajas precisamente a quienes no sólo le quieren destruir, sino que no comparten los valores y principios de los que se beneficia, situándose más allá incluso de unas condiciones cognitivas que permitan establecer el discurso común. Y lo que constituye la paradoja más elocuente es que con ello se concede el reconocimiento como enemigo, que es aquello a lo que como terrorista aspira, pues no otra cosa significa reconocer el estado de guerra (aunque, en la espiral de contradicción, se llegue a tratar de burlar la mínima sujeción de la propia estrategia bélica al *ius in bello*, como se ha ejemplificado en Guantánamo).

Los resultados de esta indebida reducción de la estrategia frente a la inseguridad en términos de guerra frente a la amenaza terrorista, o, al menos, de su enunciado en términos de cuestión de supervivencia y por tanto prioridad indefectible, han sido experimentados a lo largo de este primer decenio de una forma tan descarnada que llega a sorprender en su desfachatez: no hace falta entrar en detalles, pues basta con la mención de topónimos que se han hecho equivalentes de la quiebra del Derecho, de la sustitución de la lógica del Estado de Derecho por la de estado de excep-

ción: Guantánamo, Abu-Ghrahí, Fallujah, Bagram. Actuaciones que violan principios básicos de la cultura jurídica procesal y penal, como la eliminación del principio de presunción de inocencia, las extradiciones indebidas realizadas mediante la reconducción de sospechosos en vuelos clandestinos (tolerados por la complicidad de los países de tránsito) para entregarlos en manos de terceros países que se encuentran a veces en la lista de *rogue States* de la propia Secretaría de Estado de los EEUU responsable de esos vuelos (cfr. Ramón 2004), o la recuperación de un debate preilustrado, el de la legitimidad del recurso a la tortura (sobre ello, el temprano planteamiento del profesor de Harvard A.D. Dershowitz, 2001 y 2003 —que reitera argumentos expuestos por los alemanes W Brugger o H Albrecht— frente a los que cabría recordar las contundentes tesis de M Crenshaw 1983 o de R. Gerstein 1989 y sobre todo las críticas de Allhoff 2005 y Waldron 2005) son suficientemente elocuentes de una deriva que acaba por reducir la herencia del garantismo. Es la misma deriva de quienes sostienen algunas de las consecuencias extremas de lo que se ha dado en denominar “Derecho penal del enemigo” (sobre los dilemas de la respuesta penal me parece útil el libro colectivo coordinado por Gómez Colomer/González Cussac, 2006 entre los que me remito a los trabajos de Carbonell, González Cussac y Vives). Es en todo caso una argumentación que se incorpora al sentido común gracias a la difusión de modelos en los que insisten los media: baste pensar en la lógica del nuevo héroe de la democracia americana, Jack Bauer, en el significativo producto televisivo *24 horas*, que muestra que los medios a los que se debe recurrir frente a la gravedad de la amenaza terrorista superan las exigencias de la buena conciencia de quienes son protegidos con ese coste de romper las barreras del Derecho.

Por consiguiente, el establecimiento de esa definición es tarea imprescindible en su precisión jurídica. No es verdad que no sea posible por la complejidad o por el enfrentamiento de concepciones políticas que hacen del terrorista a un lado de la frontera el héroe al otro lado.

No es mi cometido, en la exposición sumaria de ideas recibidas que aquí pretendo, hacer un examen de las aportaciones de Derecho comparado o internacional. A los efectos de la crítica de esta idea recibida que asegura que no es posible ni conveniente intentar una definición, baste con recordar que los elementos clave de la noción de terrorismo son su dimensión instrumental (es un método de acción, una estrategia), el recurso a la violencia orientado a producir un estado psicosocial de terror (ese es el núcleo, un resultado psicológico que no guarda proporción con la conducta terrorista en sí: es en el terreno de la psicología colectiva en el que se evalúa el éxito de la acción terrorista y junto a él, en las consecuencias deslegitimadoras que es capaz de desencadenar en los intentos de respuesta, de represión) y el objetivo político que se pretende arrancar mediante ese chantaje. Casi todas las definiciones insisten en esos elementos comunes y son por lo demás los que ha recogido la ONU en los diferentes ensayos de precisión del fenómeno: se trata de actos criminales con fines políticos realizados con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas (así, RES AG 52/165 de 15 diciembre 1997, parr 2, que recoge una anterior de 49/60 de 9 diciembre 1994, par I.3; en el mismo sentido, la *Declaración sobre medidas para acabar con el terrorismo internacional*, que se reitera en la Res AG 56/88 de 12 de diciembre de 2001; sobre ello, me remito a los trabajos de C Ramón, en particular a Ramón 2004 y a su capítulo 4 en Ramón/de Lucas, 2006).

4. OTRA SEGURIDAD: SEGURIDAD HUMANA Y RESPUESTAS JURÍDICAS

4.0. La función primordial de ese genial instrumento civilizatorio que es el Derecho, la prístina *ratio iuris*, si se me permite decirlo así, siempre ha estado vinculada de forma tan indefectible como ambigua a la seguridad. La ambigüedad radica ante todo en la propia no-

ción de seguridad enunciada en los términos restrictivos de orden público, mantenimiento del orden, aunque corregida a partir de la noción de Estado de Derecho y desde el liberalismo en términos de garantía de los derechos, de la libertad del status del individuo frente a la arbitrariedad del poder. Recordemos que lo que la democracia y el Estado social —al menos el Estado de bienestar— añaden a esa formulación supone extender esa función de seguridad en términos de sujetos y de contenido (la tendencia a la igualdad como universalidad).

Eso no desvirtúa la presentación de tal cometido como la tarea jurídica primordial, pero da la pista para una importante transformación de la noción de seguridad en clave de derechos que, más allá de la garantía contra la arbitrariedad del poder, aparece vinculada a la satisfacción de las necesidades humanas básicas y a la cobertura frente a los riesgos que amenazan ese objetivo de satisfacción, otro tipo de amenazas, otro tipo de inseguridad (enfermedad, paro, vejez, falta de recursos) que exigen la intervención de los poderes públicos, si no el Estado-providencia. Esa es una lógica en la que se inscribirá la emergencia del nuevo concepto de *seguridad humana* (que cabe vincular a la transformación de la noción de *desarrollo humano* enunciada por la ONU en el PNUD), tal y como aparecerá en algunos instrumentos relevantes de la ONU, incluso cuando se trata de discutir sobre la amenaza terrorista.

4.1. Como adelanté, en este último apartado me limitaré a apuntar algunas sugerencias, en la línea de reconocer la mayor adecuación de la noción amplia de seguridad humana con la condición antropológica de riesgo, que excede con mucho la amenaza del terrorismo, incluso del terrorismo global (sobre ello, Ramón 2002 y 2005).

Es algo que viene siendo argumentado desde la irrupción en los ochenta de un tipo de análisis que, como se subraya frecuentemente por los especialistas en estudios de cooperación y desarrollo, que enfatiza la visión mul-

tidimensional, interdependiente, proactiva de seguridad (tal y como se muestra en algunos conocidos informes, como el de la Comisión Palme, la Comisión Mundial sobre medio Ambiente y Desarrollo —informe de 1987: Nuestro futuro común—) la aparición de la noción de desarrollo humano en el informe del PNUD y posteriormente con la elaboración de la noción de seguridad humana, que es el resultado en buena medida de los enfoques críticos que subrayan la reducción del clásico concepto de seguridad estatal/territorial (en el que se enmarca la amenaza del terrorismo) para explicar la complejidad de la condición de riesgo.

Ese “nuevo” concepto subraya en primer lugar la dimensión transnacional o incluso global de las nuevas amenazas (es cierto que ello es predicable asimismo del nuevo terrorismo, pero como hemos visto eso no responde tanto al fenómeno en sí sino al marco que lo posibilita) cuya dimensión es transfronteriza y cuyo tratamiento exige iniciativas multilaterales, transnacionales o globales y en las que los actores no pueden ser sólo los Estados nacionales (inmigración, agua, riesgos ecológicos, pandemias —SIDA—, etc). A ello se une la toma de conciencia progresiva del paradigma de dependencia y sobre todo del énfasis creciente en las causas estructurales del subdesarrollo en el tercer y asimismo en el cuarto mundo: la seguridad de los Estados no es idéntica a la de sus ciudadanos, pues la primera razón de inseguridad es la insatisfacción de necesidades básicas.

El de seguridad humana es un concepto complejo y dinámico que fue definido por la Comisión para la seguridad humana en los siguientes términos: “La seguridad humana significa proteger las libertades vitales. Significa proteger a las personas expuestas a ciertas amenazas y a ciertas situaciones, robusteciendo su fortaleza y sus aspiraciones. También significa crear sistemas políticos, sociales, ambientales, económicos, militares y culturales que faciliten a las personas los elementos básicos de supervivencia, dignidad y medios de vida” (www.humansecurity-chs.org/finalreport). Por eso se llega a hablar de siete o más tipos de seguridad:

económica, alimentaria, sanitaria, medioambiental, personal, societaria, política.

A título de ejemplo, me limito a recoger el informe comparado sobre seguridad elaborado por primera vez por el Social Watch en 2004. La tercera parte de este informe es un estudio comparado de medio centenar de informes nacionales sobre la seguridad, que utilizan como hilo común la pregunta: “¿Cuáles son los principales obstáculos a la seguridad humana en su país?”

El informe ofrece una interesante conclusión: la seguridad se vincula a la ausencia de miedo y a la superación de la condición de vulnerabilidad, pero las razones del miedo y de la vulnerabilidad nos conducen a hablar de muchas formas de inseguridad. El informe, de acuerdo con la noción de “seguridad humana”, que surgió a finales de los 80 en el ámbito de la investigación sobre la paz y cristalizó en 1994 en la noción de desarrollo humano del PNUD, lleva a identificar hasta ocho dimensiones de seguridad: económica, financiera, alimentaria, sanitaria, ambiental, personal, de género, comunitaria y política. Un concepto, pues, complejo y dinámico. Por eso, la *Comisión para la Seguridad Humana* pudo definirlo en los siguientes términos: “La seguridad humana significa proteger las libertades vitales. Significa proteger a las personas expuestas a ciertas amenazas y a ciertas situaciones, robusteciendo su fortaleza y sus aspiraciones. También significa crear sistemas políticos, sociales, ambientales, económicos, militares y culturales que faciliten a las personas los elementos básicos de supervivencia, dignidad y medios de vida”.

Lo que interesa recordar aquí es que, si bien este concepto de seguridad no excluye sino que complementa la noción clásica de seguridad, de carácter estatal/territorial, la noción de seguridad humana amplía los sujetos de la misma, los agentes de riesgo y las amenazas y, por tanto, exige respuestas más amplias, multidimensionales y a largo plazo. Y es cierto que la percepción de los potenciales agentes de vulnerabilidad, de miedo, que afectan a la gente no coinciden en los diferentes países. Por simplificar, es cierto que no son los mismos en

los países ricos (los de la UE entran indiscutiblemente en esa categoría) y en los países en desarrollo, o no digamos en los que se encuentran en la cola de los índices del PNUD. Esto

nos obliga a reconsiderar las prioridades en la agenda de la seguridad, de las amenazas a la seguridad y de la respuesta a la misma.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Doctrinales

- Allhof, F., "Terrorism and Torture," *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 17, No. 1, 2003.
- Annan, K., "La lucha contra el terrorismo en pro de la humanidad: una conferencia sobre las raíces del mal", Conferencia internacional celebrada en Nueva York el 22 de septiembre de 2003,.
- Baudouin, R., *Les défis du Terrorisme*, Ellipses, Paris, 2007.
- Beck, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Beck, U., *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- Beck, U., *La sociedad del riesgo. En camino hacia otra sociedad moderna*, Paidós, Barcelona, 1998.
- Boniface, P., "Méfions-nous des jugements sommaires", en VV AA (H Lelièvre, ed. 2004).
- Buisson, J.C., *Le Siècle rebelle. Dictionnaire de la contestation au XX siècle*, Larousse, Paris, 1999..
- Challiant, G. et Blin, A., *Histoire du Terrorisme*, Bayard, Paris, 2004.
- Challiant, G., *Les stratégies du Terrorisme*, Desclée de Brouwer, Paris, 1999.
- Crenshaw, M., *Terrorism, Legitimacy and Power. The Consequences of political Violence*, Middletown, Wesleyan Univ. Press 1983.
- Cronin, I., *Confronting Fear: A History of Terrorism*, Thunder's mouth Press, N York, 2002.
- Dersowitz, A.D., Is there a torture road to justice?, Los Angeles Time, 8/11/2001..
- Dershowitz, Alan M., *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Melbourne: Scribe Publications 2003.
- Enserberger, H.M., *Screckens Männer. Versuch über den radikaler Verlierer*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006 (cit por la trad francesa, *Le perdant radical. Essai sur les hommes de la terreur*, Gallimard, Paris, 2007).
- Falk, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- Garzón Valdés, E., "El terrorismo político no institucional. Una propuesta de definición", *Claves de razón Práctica*, 118/2001, ahora en *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Gerstein, R., "Do Terrorist have Rights?", en Rapoport, D./Alexander, Y., *The Morality of Terrorism. Religious and Secular Justifications*, N.York, Columbia Univ Press, 1989 (2ª ed)..
- Gómez Colomer/González Cussac, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 (me permito llamar la atención sobre tres de los trabajos: Vives, TS "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: El problema de la apología del terrorismo"; Carbonell, J.C., "Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal"; González Cussac, J.L., "El Derecho Penal frente al terrorismo, Cuestiones y Perspectivas").
- Habermas, J., *El Occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.
- Hassner, P., *La Terreur et l'Empire. La violence et la paix II*, Seuil, Paris, 2003.
- Hobsbawm, E., *Guerra y paz en el siglo XXI*, Crítica, Barcelona, 2007.
- Hungtinton, S., *El choque de civilizaciones y la configuración del orden mundial*, Paidós, Madrid, 1997.
- Ignatieff, M., *El honor del guerrero: guerra étnica y conciencia moderna*, Madrid, Taurus, 1999.
- Ignatieff, M., *The Lesser Evil: Political Ethics in the Age of Terror*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2004.
- Kagan, R., *Poder y debilidad: Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Taurus, Madrid, 2003.
- Kaplan, R., *El retorno de la antigüedad. La política de los guerreros*, Punto de lectura, Barcelona, 2003.
- Kaplan, R., *Gruñidos imperiales*, ediciones B, Barcelona, 2007.
- Laqueur, W., *Una historia del terrorismo*, Paidos, 2003
- Laqueur, W., *La guerra sin fin. El terrorismo en el siglo XXI*, Destino, Barcelona, 2003.
- Laqueur, W., *Terrorismo*, Espasa Calpe, Madrid, 1980.
- Peters, R., *When devils walk the Earth. The Mentality and Roots of Terrorism, and How to Respond*, The Center for Emerging Threats and Opportunities, Washington, 2007.
- Ramón, C., "Nuevos conflictos, nuevos riesgos para la seguridad humana", VVAA (C R Ramon, coord) *El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Ramón, C., "Tres noticias sobre la línea roja de la legitimidad en la estrategia de guerra contra el terrorismo internacional", *REDI, Revista Española de Derecho Internacional*, 2004.

- Ramón, C., “Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad internacional “ VVAA (CRamon coord.) *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- Ramón, C., De Lucas, J., *Querela pacis perpetua. Una reivindicación del Derecho internacional*, PUV, Valencia, 2006..
- Ramonet, I., *Guerras del siglo XXI. Nuevos miedos, nuevas amenazas*, Mondadori (col Arena Abierta) Barcelona, 2002.
- Reinares, F., *Terrorismo Global*, Taurus, Madrid, 2004.
- Robespierre, M.de, *Discours et rapports à la Convention*, Paris, Union General d’Editions, 1965.
- Roy, O., *Les illusions de l’11 setembre: le débat stratégique face au terrorisme*, Seuil, Paris, 2002.
- Schmid, P., *Political terrorism: A research guide*, Transaction Books, N Jersey 1984.
- Schmid, P., & Jongman, AJ, *Political Terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories and literature*, Transaction Books, 1998.
- Sinclair, A., *An Anatomy of Terror: A History of Terrorism*, MacMillan, Londres, 2003.
- Sloterdijk, P., *Zorn und Zeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006 (cit por la trad francesa, *Colère et Temps*, Libella- Maren, Paris, 2007.
- Thackrah, J.R., *Dictionary of Terrorism*, 2 ed., Routledge, London, 2004.
- Tobeña, Adolf, *Mártires mortíferos*, PUV, 2006.
- VV.AA. *International Encyclopedia of Terrorism*, Fitzroy Deborn Publ., Chicago/Londres, 1997.
- VV.AA., Heisbourg, F., *L’Hyperterrorisme*, Odile jacob, Paris, 2003.
- VV.AA., (Lelièvre, H., ed.), *Terrorisme: questions*, Comoplexe, Paris, 2004.
- VV.AA., (Cronin, A.K., Ludes, J.ed.) *Attacking Terrorism, Elements of a Grand strategy*, Georgetown univ press, Washington, 2004.
- Waldron, J., Terrorism and the uses of Terror, *Journal of Ethics*, 8.
- Waldron, J., “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House,” *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 6, 2005..
- Weinberg, L., Pedahzur, A., Hirsch-Hoefler, S., “The Challenges of conceptualizing Terrorism”, *Terrorism and Political Violence*, 16,/4, Routledge, Oxford, 2004..
- Wilkinson, P. *Terrorism vs Democracy. The Liberal State Response*, 2 ed, Routledge, London, 2006

Sobre la *vexata quaestio* de la definición, así como en lo relativo a la noción de *seguridad humana* que exige superar la ecuación reductiva entre inseguridad y terrorismo, me permito sugerir —como se ha hecho en el texto- la lectura de cuatro de los varios centenares de documentos de la Organización de Naciones Unidas a los que cabría remitir:

- PNUD: Informe sobre el desarrollo humano. Nuevas dimensiones de la Seguridad Humana*, Oxford univ Press, N York, 1994.
- Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos, Informe del Grupo de Alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, doc. UN.A/59/565 de 2 de diciembre de 2004.
- doc. UN. A/6071 de 16 de septiembre de 2005.*
- Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005*, doc. UN.A/RES/60/1, de 24 de octubre de 2005

Añadiré otros cuatro documentos de análisis que enmarcan la noción de seguridad como un concepto más amplio, en relación con la amenaza del terrorismo, en un sentido coincidente:

- Comisión para la seguridad humana*, www.humansecurity-chs.org/finalreport.
- Social Watch 2004: Miedos y Miserias*, Instituto del Tercer Mundo, Montevideo, 2004.
- “Una Europa segura en un mundo mejor”, *Estrategia europea de Seguridad*, Bruselas, 12 de diciembre de 2003.
- A Human Security Doctrine for Europe. The Barcelona Report of the Study Group on Europe’s Security Capabilities*, Barcelona, 2004, coordinado por Mary Kaldor y Anthony Giddens (junto a otros destacados especialistas en relaciones internacionales como Ulrich Albrecht, Nicole Gnesotto o Jan Pronck)

Fecha de recepción de originales: 20 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 4 de abril de 2008.

RESUMEN

Este artículo analiza los rasgos característicos distintivos y novedosos del terrorismo yihadista que pueden ser de interés para los profesionales del Derecho. Para ello se estudian de manera sucinta las siguientes cuestiones: relación del terrorismo yihadista con el islam y el islamismo; peculiaridad de su estructura organizativa; perfiles personales; sistemas de financiación, de reclutamiento y de aprendizaje, así como los modos de empleo de la violencia, especialmente en las sociedades occidentales.

PALABRAS CLAVE

ANTITERRORISMO, RADICALISMO, YIHAD, FINANCIACIÓN TERRORISTA, RECLUTAMIENTO TERRORISTA, INTERNET

ABSTRACT

This article analyzes the characteristics of jihadist terrorism that may be of interest to legal practitioners. It studies succinctly the relationship of jihadist terrorism with Islam and Islamism; the peculiarities of its organizational structure; personal profiles, funding systems, recruitment and learning, as well ways to use violence, particularly in Western societies.

KEY WORDS

COUNTERTERRORISM, RADICALISM, JIHAD, TERRORIST FUNDING, TERRORIST RECRUITMENT, INTERNET

TERRORISMO YIHADISTA Y ESTADO DE DERECHO

Javier Jordán

Catedrático de Ciencia Política y de la Administración
Universidad de Granada

Sumario: Introducción. 1. Relación del terrorismo yihadista con el islam y el islamismo. 2. Estructura organizativa del yihadismo. 3. Perfiles personales. 4. Financiación, reclutamiento, aprendizaje y empleo de la violencia en las sociedades europeas. 5. Conclusión. Nota bibliográfica.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla o escribe sobre el terrorismo yihadista es frecuente afirmar que constituye un desafío nuevo y diferente del terrorismo clásico por su naturaleza y por la elevada letalidad de sus atentados. El propósito de este breve trabajo consiste en profundizar un poco más en esta idea tan generalizada, ofreciendo un análisis de aquellos rasgos distintivos del terrorismo yihadista que pueden ser de particular interés para los profesionales del Derecho.

Los elementos de estudio que hemos seleccionado son los siguientes: relación del terrorismo yihadista con el islam y el islamismo; peculiaridad de su estructura organizativa; perfiles personales; sistemas de financiación, de reclutamiento y de aprendizaje, así como los modos de empleo de la violencia. Expondremos cada uno de ellos de manera sucinta, destacando los aspectos esenciales.

1. RELACIÓN DEL TERRORISMO YIHADISTA CON EL ISLAM Y EL ISLAMISMO

Para quienes no estén familiarizados con el tema, es preciso distinguir antes de nada

entre islam e islamismo. El primero es la religión profesada por aproximadamente mil doscientos millones de personas en el mundo e iniciada por Mahoma en el siglo VII. A pesar de la aparente imagen monolítica, el islam es en realidad una religión muy fragmentada; un mosaico de interpretaciones distintas y en muchos casos divergentes. No existe una autoridad central ni un conjunto de sabios seguidos o representativos de la mayoría de los creyentes.

En el interior del islam, el islamismo emerge como una ideología política que pretende la instauración de gobiernos que aseguren el cumplimiento social del camino de vida islámico (*sharia*). El islamismo tampoco constituye un sistema de pensamiento único; abarca un amplio espectro de movimientos y organizaciones que divergen sobre la concreción del objetivo común y sobre el modo como alcanzarlo. En la literatura no especializada se han utilizado con frecuencia los términos fundamentalismo e integrismo islámico para denominar a los grupos islamistas. Sin embargo, no los utilizaremos en este artículo para referirnos a ellos, ya que se trata de categorías que no encajan del todo bien con el fenómeno.

Los movimientos islamistas contemporáneos tienen su origen a finales del siglo XVIII

cuando surgen corrientes de renovación en diferentes lugares del mundo musulmán, especialmente en la Península Arábiga. Se trata de pensadores y líderes religiosos que aspiran a purificar el islam de las prácticas y creencias que ha ido acumulando a lo largo de los siglos, y que no se corresponden con la teoría y praxis de los comienzos. En gran medida la decadencia social y política que ellos perciben en el islam, y que se agudizaría tras la colonización europea de amplios territorios musulmanes en el siglo XIX y principios del XX, respondería, a su juicio, a esa desviación del espíritu de los comienzos.

A las corrientes revivalistas y reformistas del islam moderno y contemporáneo pertenecen escuelas, movimientos y organizaciones tan dispares como el wahabismo, el deobandismo y Hermanos Musulmanes. Todos ellos pretenden retornar a la época de los primeros compañeros de Mahoma, a la época de los *salaf*; de ahí que esta gran corriente sea denominada a menudo con el término de *salafismo*, aunque normalmente su empleo se restrinja a la corriente wahabí, que emana principalmente de Arabia Saudí.

Los aspectos puramente religiosos y doctrinales del salafismo no son de interés desde el punto de vista de la seguridad del Estado. Se trata de cuestiones que afectan a quienes profesan la fe islámica; y, desde ese punto de vista, la vuelta a los orígenes de una doctrina que los musulmanes consideran revelada por Dios podría tener sentido. La razón de nuestro interés por el salafismo radica en la concepción que muchos de estos grupos tienen sobre la teoría del poder político. Es en ese punto donde numerosos salafistas se hacen también merecedores del término 'islamistas', porque consideran que el estado no debe ser aconfesional sino islámico, y que la constitución debería basarse en los principios de la sharia. Evidentemente, esta pretensión encaja difícilmente con el sistema democrático-liberal ya que los no musulmanes, o musulmanes considerados heterodoxos por parte de quien estuviesen en el poder, verían limitadas sus libertades y opciones políticas.

A la hora de establecer el estado islámico, los grupos islamistas han optado tradicionalmente por una primera fase de activismo social, dirigida a crearse una amplia base de apoyo, para seguidamente pasar a una segunda etapa de activismo político. Como en casi todos los países de mayoría musulmana no existen sistemas plenamente democráticos, la trayectoria política de los islamistas ha sido con frecuencia limitada o, simplemente, truncada. En países como Marruecos, Jordania, Argelia o Egipto, los islamistas son actualmente tolerados desde el poder y gozan de respaldo social. En la Autoridad Nacional Palestina los islamistas de Hamás completaron el proceso en 2006, al ganar las elecciones y ocupar el gobierno. La organización que en gran medida ha inspirado esta dinámica ha sido *Hermanos Musulmanes*. Fue fundada en Egipto en 1928 por Hassan Al-Banna y se ha extendido por todo el mundo musulmán y por las comunidades islámicas de Europa y Estados Unidos. En cada país adopta nombres y formas de organización diversas. En Palestina por ejemplo el núcleo principal se denomina Movimiento de la Resistencia Islámica (*Hamás*).

Sin embargo, no todos los islamistas han utilizado la participación social y política como vía para instaurar el estado islámico. Una minoría ha venido recurriendo desde los años 60, y sobre todo a partir de los 70, a la violencia con el fin de alcanzar resultados rápidos y definitivos. Esos grupos, que surgieron principalmente en Egipto, desgajados de *Hermanos Musulmanes*, legitiman la lucha armada apelando a la *yihad* en defensa del islam. Según ellos, el islam se encontraría amenazado por los falsos musulmanes que gobiernan los países de mayoría islámica y por los enemigos tradicionales del islam: los cristianos, los judíos y los incrédulos. En consecuencia, su violencia no sólo sería permisible sino incluso meritoria. Estarían continuando la gloriosa tradición de los muyahidines que han defendido y expandido territorialmente el islam mediante la espada.

En general los islamistas repudian a los yihadistas porque no consideran legítima la violencia para derrocar gobiernos musulmanes.

Aunque en gran medida los objetivos de los islamistas coinciden con los de los yihadistas, los primeros consideran que el empleo de la yihad armada dentro de las sociedades islámicas provoca males mucho mayores que los beneficios que se puedan alcanzar: el resultado sería la *fitna*, la división, la guerra civil y en último término la anarquía. Por otra parte, tampoco consideran admisible matar a otros musulmanes. Por ese motivo, los yihadistas son denominados en el mundo musulmán como *jariyies* (desviados, y además de carácter violento) o *takfiries* (que declaran a los demás 'no musulmanes' y, en consecuencia, pueden combatirlos). A su vez, los yihadistas denominan también *takfiries* a los más radicales de entre ellos, que incluso matan a otros yihadistas por no considerarlos plenamente musulmanes.

Donde sin embargo, existe más acuerdo entre los islamistas y yihadistas es sobre el empleo de la yihad armada en defensa de la tierra del islam frente a una invasión extranjera. En casos como por ejemplo la guerra de Afganistán contra los soviéticos, la lucha contra Israel o la insurgencia en Irak, tanto unos como otros legitiman la lucha armada calificándola de yihad. Algunos islamistas no yihadistas aceptan incluso el empleo de ataques suicidas en dichos escenarios.

Por tanto, y para concluir este primer epígrafe, la relación entre islam y yihadismo se entiende tendiendo como puente entre uno y otro el islamismo. Simplificando mucho las cosas se podría afirmar que, dentro de la enorme variedad de corrientes y escuelas que hay en el islam, existe una, también amplia, de carácter político, y derivada de ella otra de carácter violento que legitima su lucha en nombre de la yihad.

2. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DEL YIHADISMO

No tendría sentido relatar la evolución del yihadismo en este breve trabajo: para ello se señalan algunas obras de referencia en la bi-

bliografía. Sin embargo, es preciso hacer una pequeña mención a la historia del fenómeno con el fin de entender su peculiar estructura organizativa.

Inicialmente, años 70 a 90 del siglo pasado, los grupos yihadistas actuaban a escala local y con una agenda básicamente nacional. Trataban de instaurar por la fuerza un estado islámico en su país de origen. A esa primera fase pertenecen organizaciones prácticamente extintas como Gama'a al-Islamiya o Tanzim al-Jihad en el caso de Egipto. Se trataba de organizaciones que combinaban la estructura formal clásica con redes informales de amistad y parentesco; pero que poseían células conectadas entre sí en vertical, distribución especializada de funciones y diferentes niveles de liderazgo. Este tipo de grupos sufrieron pérdidas muy considerables al enfrentarse a estados autoritarios con aparatos de seguridad especializados en el control de la sociedad y con prácticas que en muchos casos vulneraban los derechos humanos.

En una segunda etapa, las organizaciones yihadistas comenzaron a estrechar los lazos entre sí. A ello contribuyeron dos factores: la guerra de Afganistán en los 80, que incluyó la creación de al-Qaida, y la globalización de las comunicaciones.

La *yihad* en Afganistán permitió que miles de voluntarios árabes se conocieran y establecieran lazos de camaradería. Aunque no todos eran radicales islamistas, muchos de ellos sí que simpatizaban o militaban en grupos yihadistas en sus países de origen: especialmente los egipcios. Fue en ese contexto donde Osama Bin Laden fundó al-Qaida, con otros dos líderes egipcios (Mohamed Atef y Abu Ubaidah al-Banshiri) el 10 de septiembre de 1988. La creación de al-Qaida supuso un salto cualitativo porque entre sus propósitos se encontraba apoyar a los grupos yihadistas nacionales en la consecución de sus objetivos; para tal fin al-Qaida proporcionó durante los primeros años financiación y entrenamiento desde Sudán. Dicho patronazgo era coherente con objetivo global de al-Qaida que consiste en la restauración del *califato*: una entidad política que

abarque toda la tierra del islam, sin las fronteras internas actuales.

Al-Qaida también contó desde su origen con una estructura formal, un órgano central de gobierno y varios comités especializados. La organización disponía de células distribuidas por distintos países con al menos un responsable vinculado a la organización. En España estaba implantada, por ejemplo, la red de Abu Dahdah. A nivel local este tipo de células gozaba de una considerable autonomía pero al mismo tiempo coordinaba algunas de sus acciones con otros núcleos de la organización. Abu Dahdah y otros miembros destacados del grupo viajaban al extranjero y mantenían contactos con personajes destacados de al-Qaida y de otras organizaciones en Europa, Jordania, Pakistán e Indonesia. A escala global, este modo de proceder convertía a al-Qaida en una organización con un elevado grado de descentralización. Los coordinadores regionales gozaban de autonomía para las cuestiones locales y consultaban al núcleo central de Afganistán sobre las operaciones de gran calado.

Esta dinámica facilitó que al-Qaida colaborase a nivel táctico con las organizaciones de agenda nacional. Además muchas de estas organizaciones se encontraban en el exilio en Europa o América, y eso facilitaba la cercanía espacial y la toma de conciencia de una identidad común. También favoreció ese proceso la apertura de nuevos frentes de yihad como Bosnia o Chechenia donde acudieron centenares de voluntarios extranjeros, algunos de ellos veteranos de Afganistán. En ciudades como Londres o Milán los radicales de distinta procedencia forjaron y fortalecieron nuevas redes sociales donde participaban miembros de distintas organizaciones. También se crearon nuevas células con individuos de diferente nacionalidad que no pertenecían formalmente a ninguna organización, pero que en la mayoría de los casos tenían algún tipo de vinculación con las organizaciones formales de carácter nacional o global (al-Qaida).

Poco a poco los grupos con una agenda limitada fueron ampliándola hasta asumir también el objetivo transnacional de al-Qaida. A

ello también contribuyó el escaso apoyo social que esos grupos lograron en sus respectivos países. La experiencia ha ido demostrando que la causa yihadista a escala nacional apenas suscita partidarios —en términos relativos—, mientras que la causa global, especialmente cuando enfatiza su hostilidad contra Occidente e Israel, obtiene mayor simpatía y amplía el espectro de potenciales reclutas.

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 marcaron un antes y un después en el proceso que estamos describiendo. Por un lado confirieron una publicidad inigualable a la causa yihadista global, otorgaron credibilidad a las capacidades de los yihadistas y despertaron la simpatía de miles de radicales en todo el mundo. Pero, por otro, suscitaron una contundente respuesta antiterrorista internacional que dañó gravemente a la infraestructura mundial de los yihadistas. Al-Qaida perdió los campos de entrenamiento de Afganistán y a un elevado número de sus cuadros y miembros en el país. Centenares de yihadistas fueron detenidos en Europa y, en otros casos, expulsados a sus países de origen.

La combinación de ambos factores provocó una mayor descentralización del yihadismo. A partir de entonces el protagonismo recae en el movimiento global, más que en organizaciones concretas que cooperan entre sí. Esta dinámica se agudizó aún más tras la intervención militar en Irak en primavera de 2003. Miles de individuos han marchado a combatir o suicidarse en aquel país, canalizados en muchas ocasiones por organizaciones yihadistas vinculadas a al-Qaida en Irak. Al mismo tiempo, los yihadistas de Irak han puesto en marcha una gigantesca maquinaria propagandística a través de internet que ha contribuido a la radicalización de centenares (o posiblemente miles) de jóvenes en Europa y en los países de mayoría musulmana. Todo este proceso ha revitalizado el movimiento y ha acentuado su carácter transnacional.

Una proporción relevante de los nuevos yihadistas han creado, o se han integrado en, células que no tienen adscripción clara a una organización superior. Al mismo tiempo, las

antiguas organizaciones se han reestructurado y, en algunos casos, renombrado; y poco a poco han acabado regenerándose. En el caso de las organizaciones magrebíes: Grupo Islámico Combatiente Libio; Grupo Islámico Combatiente Marroquí; Grupo Islámico Armado; el Grupo Salafista por la Predicación y el Combate; y la rama armada del movimiento En-Nahda tunecino; o han desaparecido en algún caso —por ejemplo, el GIA argelino— o muchos de sus miembros han terminado uniéndose a la nueva organización de al-Qaida en el Magreb Islámico.

Lo normal entonces es que las nuevas células que se crean mantengan algún tipo de relación (y en muchas ocasiones, clara subordinación) con organizaciones yihadistas superiores. En el caso de España, la mayor parte de las células desarticuladas con posterioridad al 11-M estaban vinculadas a al-Qaida en Irak, el Grupo Salafista por la Predicación y el Combate, y desde su cambio de nombre en enero de 2007, con al-Qaida en el Magreb. Los grupos completamente autónomos constituyen, de momento, casos excepcionales, y afrontan graves problemas de entrenamiento y dirección; por lo que acaban disolviéndose por sí mismos, sin llegar a actuar, o son descubiertos y desarticulados por las fuerzas policiales.

Por último, hay otro aspecto destacable en la estructura de los grupos yihadistas que resulta relevante para los profesionales del Derecho, y es la organización en círculos concéntricos según el grado de pertenencia de los miembros del grupo.

En un primer círculo concéntrico se encuentran los integrantes de la célula que desempeñan funciones de gran importancia. Por ejemplo, coordinación de la red o tareas relacionadas con la financiación en las que se manejan cantidades de dinero elevadas y que se canalizan a otros grupos en el extranjero. En algunos casos viajan con frecuencia fuera del país y mantienen relación con miembros de otras células y de organizaciones yihadistas superiores, como las que se acaba de comentar. Cuentan además con un grado de formación religiosa mayor que la media, y los miembros

de la red confían en su opinión sobre asuntos relacionados con su particular interpretación del islam. Su dedicación al yihadismo es a menudo a tiempo completo.

En un segundo círculo se encuentran los individuos comprometidos con la causa de la yihad, pero con un grado menor de implicación operativa. Son hombres de confianza de los del primer nivel, participan en las actividades del grupo (por ejemplo, reclutamiento, financiación o distribución de propaganda, según los casos) y asisten con regularidad a las reuniones del grupo; por lo demás, suelen llevar una vida aparentemente normal

En el tercer círculo concéntrico se encuentran los miembros más periféricos. Son personas que simpatizan con la causa yihadista y mantienen algún tipo de relación informal con los militantes más comprometidos de la red. También llevan una vida normal y realizan tareas muy concretas que de vez en cuando se les solicitan: prestar una habitación a alguien que está de paso por España, llevar un paquete con propaganda o dinero de un lugar a otro, conseguir algún tipo de información, obtener los papeles de residencia a un “hermano”, etc. Con el tiempo, algunos son enviados al extranjero para recibir instrucción religiosa y operativa en un campo de entrenamiento o combatir la yihad. De ese modo algunos de ellos dan el salto al segundo nivel. Otros no realizan ninguna tarea concreta. Sintonizan y conocen a personas de la red, en ocasiones sin tener conocimiento profundo de las actividades que estas desempeñan. En algunos casos el único cargo contra ellos sería el de tener “amistades peligrosas”.

En el exterior de la red yihadista, pero manteniendo algún tipo de relación con ella, se encuentran aquellos que realizan actividades delictivas de interés para la yihad: sustracción de tarjetas de crédito que posteriormente venden para uso fraudulento, robo de documentación de identidad para falsificación, recarga ilegal de teléfonos móviles, venta de explosivos, etc. Lo habitual es que sean los miembros del segundo círculo concéntrico los que mantengan relación con este tipo de individuos. De esa

manera se evita comprometer la seguridad de los del primer nivel.

El modelo organizativo en círculos concéntricos plantea dos grandes retos a la acción policial y judicial. El primero se encuentra en la enorme dificultad que encuentran las agencias de seguridad a la hora de infiltrar los círculos concéntricos interiores. Lo cual impide muchas veces obtener con anticipación inteligencia de calidad sobre los planes y el contenido de las relaciones internacionales de la red. El segundo reto consiste en determinar el número exacto de personas que pertenecen realmente a la red yihadista. En el tercer círculo concéntrico —el de los simpatizantes— hay individuos que en ocasiones han asistido a alguna reunión pero que quizás no se han sentido atraídos por el yihadismo y simplemente han mantenido su relación personal con los auténticamente yihadistas. En otros casos, hay personas que inicialmente pueden mostrar una actitud tibia pero que con el tiempo pueden asumir un mayor grado de compromiso y volverse realmente peligrosas. Por eso, cuando se va a llevar a cabo una operación policial, el mayor problema suelen representarlo los individuos que se sitúan en este círculo más periférico: ¿quiénes son yihadistas y quiénes no?

3. PERFILES PERSONALES

Después del 11-S, y más aún después del 11-M, las policías y servicios de inteligencia europeos se afanaron por trazar un perfil personal con el objeto de acotar su vigilancia sobre las potenciales bases de apoyo. Sin embargo, tal esfuerzo ha sido en gran medida vano: son muy pocas las variables que se repiten.

En el caso de España, sólo se mantienen constantes tres: varón, musulmán e inmigrante de primera generación, pero entre esto y nada no hay demasiada diferencia. El resto de variables divergen en los distintos casos: nacionalidad de origen, edad, situación legal de residencia, estatus socioeconómico, situación familiar, etc. Ciertamente la mayoría son de

clase obrera y, en algunos casos, se encuentran en una situación de marginalidad, pero también hay una proporción considerable de personas de clase media.

En los últimos años, se han dado también excepciones en Europa en otra de las variables que se mantenía constante: empieza a haber casos de mujeres que también se suman a la militancia yihadista y participan en la realización de atentados. El más conocido es el de Muriel Degauque, una joven belga, conversa al islam, que murió en un atentado suicida fallido en Irak en 2005. Pero también existe otro, que recibió menos publicidad, de un grupo de mujeres yihadistas en Bélgica, dispuestas a participar en un atentado suicida contra la sede de los servicios de inteligencia holandeses y que actuaban bajo la dirección del Grupo Salafista por la Predicación y el Combate.

Existen también casos de conversos que se han radicalizado y que alteran la variable de inmigrantes de primera, segunda o tercera generación, pero son muy excepcionales. En España sólo se ha detenido a tres conversos por su vinculación con el yihadismo (de un total de más de trescientos), y alguno de los casos requiere matizaciones.

Un último aspecto relevante en lo relacionado con los perfiles, y que ya ha sido mencionado, consiste en que la mayoría de los yihadistas llevan una vida aparentemente normal y viven de los ingresos que les proporciona su trabajo. Su compromiso con el yihadismo se limita a participar en reuniones donde se habla de la yihad, en reclutar a conocidos y amigos para que se integren en el grupo y, en ocasiones, en conseguir dinero para enviar a otros grupos yihadistas en el extranjero. Un grupo de estas características puede estar años sin realizar otro tipo de actividades, que en su mayoría no son ilegales pero sí potencialmente peligrosas, porque quizás, ante un hecho concreto o la llegada a la ciudad de otra persona radicalizada con más empuje, el grupo se puede activar y llevar a cabo una acción terrorista. Evidentemente, esto supone un problema para la acción policial y judicial ya que es preciso vigilar durante

meses, o años, a círculos de personas sin que se puedan presentar cargos firmes contra ellas.

4. FINANCIACIÓN, RECLUTAMIENTO, APRENDIZAJE Y EMPLEO DE LA VIOLENCIA EN LAS SOCIEDADES EUROPEAS

Los robos, el fraude de tarjetas de crédito, la sustracción de vehículos o el tráfico de drogas son medios de financiación habituales de los grupos yihadistas, sobre todo de los que actúan en Europa. En ocasiones algunos de sus miembros ya se encontraban inmersos en el mundo de la delincuencia antes de su paso al radicalismo. Otros tienen un trabajo legal pero recurren a esas actividades con el fin de obtener fondos complementarios para la causa. La aceptación moral de tales acciones radica en su finalidad. Los líderes espirituales del yihadismo, como por ejemplo Abu Qutada, legitiman las actividades delictivas cuando tienen como fin la yihad, e incluso lo asemejan al derecho de botín de las guerras medievales. La financiación a través de la criminalidad permite la autonomía financiera; en España ha sido la principal fuente de recursos de las distintas redes desarticuladas y gracias a ella los terroristas del 11-M pudieron cometer los atentados.

Otra fuente de financiación son las donaciones privadas, que se entregan en clave religiosa como *zakat*. Como es bien sabido, la limosna es uno de los cinco pilares del islam y los yihadistas pueden beneficiarse de ella porque quienes se la entregan piensan que su yihad es legítima o porque desconocen los fines radicales del receptor. Muchas veces se entregan a personas que las solicitan a título individual en mezquitas o comercios. Otras veces son las propias salas de oración, los ultramarinos, las panaderías o las carnicerías halal los lugares desde donde se recauda el *zakat*. En el sector de la alimentación existe también otra fuente de ingresos que es la tasa halal. Un pequeño impuesto, propina o donativo (como se quiera considerar) que se añade al precio de un

determinado producto, sacrificado y preparado de acuerdo con la normativa islámica. Al igual que los donativos, en muchos comercios esta pequeña tasa no computa en la declaración fiscal y por tanto resulta difícilmente controlable.

La limosna, o *zakat*, es una obligación dentro del islam que se traduce en millones de euros al año destinados a fundaciones y asociaciones caritativas. No existe una cantidad rígida pero la referencia suele ser un 2.5% de los ingresos anuales en función de las posibilidades de cada familia. Como es lógico, gran parte de ese dinero persigue fines legítimos, humanitarios y absolutamente loables, pero la experiencia ha demostrado que en ocasiones ha ido a parar a manos de grupos radicales y yihadistas.

Desde el comienzo, los yihadistas han utilizado como pantalla organizaciones benéficas. La Oficina de Servicios Afgana de Abdullah Azzam, que canalizó a cientos de voluntarios a luchar contra los soviéticos, era en cierto modo una organización de este tipo. Después de Afganistán esas organizaciones fueron utilizadas de nuevo en Bosnia y Chechenia. Por su propia naturaleza no despierta sospechas que los miembros de una ONG recauden dinero, publiquen revistas, organicen conferencias con invitados extranjeros, viajen por diferentes países, etc. Además, apenas necesitan infraestructura. Una oficina en un pequeño apartamento, un fax, una dirección de correo y una línea telefónica son más que suficientes. Por todas esas razones Al Qaida y otros grupos radicales han utilizado durante años la cobertura de asociaciones benéficas ficticias para obtener recursos de musulmanes bienintencionados y a veces incluso de la propia Administración. Por ejemplo, antes del 11-S, la Holy Land Foundation decía a los musulmanes norteamericanos que su dinero se utilizaría para ayudar a viudas y huérfanos, lo cual era cierto en parte ya que en realidad apadrinaba prioritariamente a hijos de terroristas suicidas.

En Estados Unidos varias de estas ONGs actuaron con plena libertad hasta que después del 11-S el gobierno endureció los controles

sobre ellas. Rita Katz, una israelí de origen iraquí (y actual directora de SITE Intelligence Group) que vigiló durante finales de los 90 y principios de la década de 2000 las actividades de estos grupos (en ocasiones haciéndose pasar por musulmana y participando en algunos eventos organizados por ellos), ofrece un testimonio muy cercano e interesante en su libro firmado como anónimo y titulado *Yo cacé terroristas*.

No es fácil controlar la actuación real de ONGs radicales que apoyan financieramente grupos terroristas, o que al menos los apoyan con un discurso marcadamente antioccidental que facilita el reclutamiento yihadista. Esas asociaciones utilizan ‘cajas B’ con un flujo considerable de dinero en metálico procedente de donaciones directas y suelen estar también relacionadas con otras asociaciones y empresas pequeñas que les permiten blanquear y canalizar los ingresos. Además, las medidas policiales y judiciales contra este tipo de grupos provocan fácilmente una acalorada polémica por parte de las comunidades islámicas en general y de ciertos movimientos de defensa de los derechos civiles.

En algunos casos esas ONGs también pueden contar con el apoyo de organismos como la Liga Islámica o la Conferencia Islámica Internacional, que a su vez reciben ayudas económicas de Arabia Saudí y de otros Estados del Golfo. Habitualmente el dinero se dedica a la construcción de mezquitas, salas de oración y sueldos de imanes. Pero parte de esos ingresos también pueden acabar siendo derivados a actividades ilícitas. Son varios los gobiernos europeos que están intentando controlar ese tipo de contribuciones, pero —por las razones que acabamos de apuntar— no siempre es fácil de seguir su rastro.

Una vez que el dinero está en mano de los radicales, y en el caso de que deseen hacérselo llegar a otra célula, suelen transferir los fondos en pequeñas cantidades con el fin de no despertar sospechas. Un medio muy conocido (y casi de obligada referencia al hablar de este tema) es la *hawala*. Se trata de un sistema arcaico que utiliza como intermediarios a indi-

viduos en el lugar de origen y de destino, que reciben y entregan el dinero cobrando una pequeña comisión, y sin dejar rastro en el sistema bancario formal. En el año 2005 la policía conocía la existencia de doce negocios de hawala en nuestro país y reconocía que los radicales se han servido de ese sistema en sus actividades financieras. Pero los yihadistas también han utilizado otros medios como las transferencias legales, las empresas de envío de dinero que suelen utilizar los inmigrantes e incluso los correos humanos, aprovechando los viajes de militantes o familiares de confianza.

Al margen de estos medios de financiación, muchos yihadistas se mantienen a sí mismos y a sus familias con trabajos legales. Como ya hemos señalado anteriormente, se trata de personas que no viven en la clandestinidad ni reciben un sueldo de la organización terrorista. Los medios económicos extraordinarios sólo son precisos cuando van a llevar a cabo un atentado terrorista o cuando van a enviar a algún voluntario sin recursos a Irak o Afganistán (porque, de tenerlos, se pagaría él mismo el viaje). La experiencia de estos años de lucha antiterrorista ha constatado que la militancia yihadista es relativamente sobria y barata. Por poner dos ejemplos cercanos: los atentados de Londres fueron obra de cuatro individuos que fabricaron los explosivos por sí mismos, con sustancias que apenas les costaron unos cientos de euros. Por su parte, los atentados de Madrid tuvieron un coste más elevado porque incluyeron la compra de explosivos, el alquiler de varios domicilios y los gastos de manutención de varios de los terroristas durante los meses inmediatamente previos. Sin embargo, el coste total de la operación no superó los 45.000 euros.

Otra cuestión destacable del *modus operandi* del yihadismo es el reclutamiento. Para tal fin los radicales utilizan principalmente redes sociales basadas en el parentesco y la amistad. Los resultados del análisis de una muestra de 130 yihadistas, realizada por Marc Sageman y publicada en 2004, revelan que un 65% de ellos tenían algún amigo dentro cuando se integraron en un grupo yihadista y un 15%

un familiar. Es frecuente que haya personas que acaben siendo captadas por el atractivo del compañerismo, el espíritu de cuerpo, la identidad y el sentimiento de pertenencia que proporciona el grupo (aunque evidentemente a ello también se puedan añadir otros factores como la frustración derivada de alguna privación relativa, las creencias previas, e incluso, cierto espíritu de aventura). Sageman llegó a la conclusión de que, en muchos casos, *la participación social precede a la ideología*.

Por otra parte, la existencia de redes sociales también permite a los yihadistas aplicar mecanismos de seguridad. La canalización a través de ellas hace posible la selección de los candidatos (y también la autoselección, pues algunos no querrán asistir a las 'actividades antesala', o dejarán de hacerlo, si no se sienten atraídos por los temas tratados). De esa manera se minimizan los riesgos de infiltración por parte de los servicios de información policiales o de inteligencia. Las redes sociales permiten conocer a un individuo no sólo por lo que él cuenta de sí mismo, sino por lo que otros cuentan de él. Especialmente entre aquellos que proceden de la misma ciudad o pueblo en su país de origen.

Además de atraer a amistades previas, los yihadistas también procuran hacer y reclutar nuevas amistades. Para ello suelen utilizar otras redes sociales específicas que van más allá de los nuevos amigos que puedan hacer por motivos de vecindario o coincidencia en el trabajo. Se trata de redes sociales vinculadas a mezquitas y a movimientos musulmanes de carácter salafista o pietista como por ejemplo la Yama'a al-Tabligh, Hermanos Musulmanes, Hizb ut-Tahrir o grupos formados entorno a predicadores wahabíes. Los movimientos salafistas e islamistas han sido instrumentalizados por los yihadistas con fines de reclutamiento ya que, a pesar de que no admitan —e incluso condenen abiertamente— el terrorismo, en algunos aspectos sí que se aproximan a su interpretación del islam y a su visión del mundo, tal como hemos señalado en el primer epígrafe; y de ese modo pueden convertirse en 'caladeros' o 'canteras' de quienes realizan misiones

de captación. Al mismo tiempo, dentro de dichos movimientos es frecuente que exista una interacción intensa e, incluso, en los casos más extremos (que se han detectado en otros países europeos pero de momento no en España), pueden llegar a surgir estructuras sociales paralelas que distancien a sus miembros del resto de la sociedad. Por dicha razón, ese tipo de redes sociales pueden convertirse en canales que conducen a la militancia yihadista.

Otras redes sociales específicas son las vinculadas a mezquitas u oratorios musulmanes. Normalmente los reclutadores no utilizan las mezquitas de manera abierta por temor a ser detectados por confidentes policiales. Acuden a ella como cualquier otro musulmán y allí procuran conocer y trabar amistad con personas permeables a su mensaje. También constituyen otra red social específica la que se da en el interior de las prisiones. La cárcel es un ambiente hostil donde el individuo tiene una imperiosa necesidad formar parte de un grupo que le preste apoyo afectivo y seguridad física. La experiencia de España y de otros países demuestra que las redes sociales en el interior de las cárceles han servido a los yihadistas para entrar en contacto y reclutar a nuevos simpatizantes.

Una última cuestión destacable al tratar sobre el reclutamiento es el papel que desempeña internet en este proceso. El reclutamiento directo a través de internet (es decir, la radicalización e ingreso de un individuo en un grupo yihadista sólo por la consulta de sitios web y la participación en foros radicales) es una anomalía. Se han dado algunos casos, pero son la excepción. Lo normal es que a la vez exista una relación personal y cara a cara. La principal función que cumple internet consiste en apoyar al adoctrinamiento ideológico. Internet facilita enormemente la adquisición de artículos y libros de carácter radical, así como la audición de sermones pronunciados en entornos clandestinos. Sin su distribución a través de la red, la obtención de ese tipo de materiales resultaría mucho más compleja, lenta e insegura.

La función que cumple la propaganda radical en el ciberespacio puede ser resumida en los siguientes puntos: 1) En primer lugar, proporciona un cuerpo teórico de razonamientos y de valores dotado de coherencia interna; en consecuencia; 2) legitima religiosamente las acciones terroristas por la repetición insistente de que los yihadistas están combatiendo una guerra defensiva en inferioridad de condiciones, y que al hacerlo cumplen una obligación moral; 3) permite que los simpatizantes del yihadismo, y en especial los reclutadores y líderes, utilicen argumentos político-religiosos para atraer a otros hacia su causa. En muchos casos los potenciales reclutas son personas con escasa formación religiosa que quedan asombrados por la 'erudición' religiosa de los yihadistas más comprometidos. Por ejemplo, la declaración de un individuo que asistió a las reuniones privadas del grupo de Serhane Abdelmajid 'el tunecino', uno de los líderes de la red del 11-M, constata la autoridad moral que este sujeto tenía entre sus seguidores debido a su superior formación religiosa y académica. En cierto modo internet facilita la adquisición de esos conocimientos a través de 'formación a distancia'. Una última función consiste en que 4) contribuye a que los individuos inmersos en la subcultura yihadista no se perciban a sí mismos como sujetos aislados, sino como miembros de una comunidad global mucho más amplia que goza de la sanción legal y religiosa de expertos en ciencias islámicas.

Una vez que el grupo incorpora nuevos integrantes tiene que proporcionarles entrenamiento para que sean capaces de actuar con eficacia y sin ser descubiertos por las agencias de seguridad. Este es actualmente uno de los principales puntos débiles de las células yihadistas: la falta de profesionalidad y la dificultad de adiestrar a sus miembros.

El aprendizaje yihadista se realiza actualmente a través de tres vías. La primera es la formación básica a través de consejos que los veteranos transmiten a los nuevos miembros del grupo, aprovechando reuniones o encuentros personales. Pero esto requiere que dentro

del grupo haya personas verdaderamente expertas y ese no siempre es el caso.

Una segunda herramienta de aprendizaje es internet. A través de manuales colgados en la red, es posible aprender cómo llevar a cabo secuestros y fabricar explosivos, procedimientos de seguridad en las comunicaciones con teléfonos móviles y a través de correo electrónico, cuál debe ser el comportamiento en caso de ser detenidos por la policía, etc. Evidentemente este tipo de manuales no sustituyen el adiestramiento en la vida real, mediante la repetición de los procedimientos de inteligencia, seguridad en las operaciones o preparación de atentados, pero en casos concretos pueden ser de utilidad, sobre todo en lo relacionado con los protocolos de seguridad para evitar ser descubiertos o vigilados por la policía.

La tercera posibilidad es la más eficaz pero la más difícil de todas, y consiste en el envío de individuos a campos de entrenamiento o a frentes de combate. En Pakistán y en el Sahel existen actualmente ese tipo de campos; y en lugares como Afganistán o Irak también es posible aprender a fabricar explosivos o llevar a cabo secuestros. Precisamente por la peligrosidad potencial que entrañan, las personas que han pasado por esos lugares deben estar sometidas a una especial vigilancia aunque, una vez de regreso en Europa, no lleven a cabo actividades ilícitas. Su colaboración con una célula yihadista puede convertirse en un multiplicador de fuerza.

Por último, comentaremos algunas ideas sobre el empleo de la violencia por parte de los grupos yihadistas que actúan en Europa, y que la ejercen a través del terrorismo. Su objetivo principal consiste en transformar en capital político la ansiedad y el temor que generan sus atentados.

Las tácticas están en continuo cambio y evolución. Cada atentado es único en cuanto a planificación, selección de objetivos y ejecución. El prototipo mediático de atentado yihadista consiste en ataques con artefactos explosivos, en lugares diferentes, simultáneos, cometidos por suicidas, y que provocan dece-

nas —y en ocasiones centenares— de víctimas civiles. Esta pauta es común a muchos atentados y seguidamente la comentaremos, pero los yihadistas también han llevado a cabo acciones de otro tipo como, por ejemplo, asesinatos individuales con pistola o arma blanca. En Europa ha habido varios casos; el más conocido fue el de Theo Van Gogh en 2004, pero en los años 90 se dieron precedentes en Francia, tanto de europeos como de musulmanes argelinos por parte del Grupo Islámico Armado. Desgraciadamente ese tipo de asesinatos han sido frecuentes en países de mayoría musulmana contra una gama muy variada de víctimas: intelectuales, periodistas, artistas, jueces, miembros de las fuerzas de seguridad, turistas, empresarios occidentales, fieles cristianos o judíos, etc.

También se han producido acciones más espectaculares y sangrientas, como fueron, por ejemplo, varios asaltos de equipos armados (en algún caso vestidos con uniformes militares) en Arabia Saudí contra zonas residenciales de extranjeros en 2004. En dos de ellos, los terroristas tuvieron cuidado de distinguir entre musulmanes y no musulmanes, yendo puerta por puerta y matando a los de origen europeo o norteamericano.

Pero, a pesar de esta siniestra variedad, es posible distinguir algunas características claras que tienden a repetirse:

En muchos casos se trata de atentados suicidas. Ayman Al-Zawahiri ha alabado ese tipo de acciones por el enorme impacto psicológico que provocan. No es el único. Incluso el jeque Yusuf Al-Qaradawi, uno de los principales líderes espirituales de Hermanos Musulmanes, y considerado por muchos como un moderado, afirma que cuando esas acciones se realizan para matar soldados israelíes (o norteamericanos en Irak) constituyen el acto más excelso de la yihad pues demuestran la entrega total de quien lo realiza.

Además del valor simbólico que para los radicales pueda tener el suicidio homicida, lo cierto es que también proporciona importantes ventajas de carácter táctico. El terrorista

suicida se convierte en una especie de ‘bomba inteligente’, con una considerable capacidad de acceso al blanco y de elección del momento y del lugar adecuado. Además simplifica enormemente la planificación de las operaciones pues no precisa vías de escape: habitualmente la fase más compleja y arriesgada de toda acción terrorista. Esto último también permite concebir proyectos ambiciosos e innovadores. El ejemplo más claro fue el 11-S.

El terrorismo suicida tiene efectos devastadores. Según un estudio de Robert Pape, durante el periodo 1980-2001, las acciones suicidas representaron sólo un 3% del total mundial de atentados; sin embargo, provocaron el 48% de las muertes, sin contar los fallecidos en el 11-S. Como es sabido, el terrorismo suicida no es exclusivo de los yihadistas, ni del terrorismo de inspiración religiosa, pero es indudable que se ha convertido en uno de los instrumentos preferidos de al-Qaida y sus seguidores. Los yihadistas de Irak han batido todos los records realizando desde 2003 más atentados suicidas (más de 400) que el total de las producidos en el mundo entre 1980 y 2001 (188 según el mismo estudio de Robert Pape).

Otra tendencia clara es la selección de ‘objetivos blandos’, difíciles de proteger por su naturaleza o por su número. Inicialmente al-Qaida y otros grupos asociados atentaron —o trataron de hacerlo— contra embajadas, consulados e instalaciones militares. Al mejorar la protección de ese tipo de edificios, los terroristas han ido pasando a categorías más sencillas. Por ejemplo hoteles, ya que se trata de edificios que en cierto modo poseen el simbolismo de las embajadas al pertenecer a empresas extranjeras o ser frecuentados por occidentales. Pero como incluso la seguridad de los hoteles ha mejorado en algunos países, los yihadistas han elegido blancos todavía más desprotegidos y numerosos como restaurantes, cafeterías o salas de fiestas.

La elección de objetivos simbólicos y de imágenes que queden grabadas en la memoria de sus enemigos también es una pauta común. En sus acciones contra Occidente los yihadistas se dirigen prioritariamente a las sociedades, de ahí

su preferencia por los blancos civiles. Pueden ser tanto símbolos nacionales, como el World Trade Center; sistemas de transporte, como los aviones, los trenes, el metro o los cruceros marítimos; o asesinatos a sangre fría y maltrato de los cadáveres, como la brutal decapitación del periodista Daniel Pearl o de otros rehenes en Irak y Arabia Saudí. En este último país los terroristas que atentaron en Yanbo en 2004 recorrieron más de un kilómetro con el cuerpo de un británico atado al coche. A través de esos macabros espectáculos pretenden multiplicar el impacto psicológico de sus acciones.

En esa misma línea hay que situar la ejecución de atentados simultáneos en lugares diferentes. Según Gunaratna, al-Qaida también extrajo esa enseñanza de la experiencia de Hizbollah en Líbano y la ha empleado ella misma, sus grupos asociados o sus admiradores en numerosos atentados posteriores. De esa forma tratan de generar sensación de acoso y pánico, dando a entender que son capaces de golpear en el momento y lugar que les plazca.

El empleo de artefactos explosivos improvisados también se ha convertido en uno de los instrumentos preferidos del yihadismo en su vertiente terrorista ya que pueden provocar decenas de muertes si se emplean en lugares muy concurridos. Son relativamente fáciles de fabricar. Algunas sustancias explosivas, como el TATP, pueden conseguirse con materiales

disponibles en comercios públicos, y los yihadistas han difundido a través de internet las fórmulas para su producción; lo cual no exige de pericia y conocimientos técnicos a quien los fabrique.

5. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se han descrito y analizado los rasgos característicos y, en algunos casos, distintivos y novedosos del radicalismo yihadista. En nuestro país las diferencias existentes entre el terrorismo de ETA y el yihadista pueden hacer recomendable una adaptación del Derecho a la especificidad de este último. Cuestiones como determinar la pertenencia a una organización terrorista, mantener o no la intervención de las comunicaciones personales, la obligatoriedad de que las compañías telefónicas almacenen ciertos datos de sus clientes, la conveniencia de que las tarjetas SIM de recarga no sean anónimas, etc, son cuestiones de enorme relevancia en materia de lucha antiterrorista y precisan de respaldo legal. Al mismo tiempo, también es conveniente que los jueces, fiscales y abogados que trabajan en temas relacionados con el terrorismo yihadista adquieran una profunda formación y la actualicen continuamente porque permanente es también la evolución de dicho fenómeno.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

A continuación se enumeran algunos trabajos citados en el artículo, así como otras obras que pueden ser de interés para quienes quieran ampliar conocimientos sobre el terrorismo yihadista.

Anónimo, (Rita Katz); *Yo cacé terroristas*, Barcelona, Ediciones del Bronce, 2003

Bergen, Peter L; *The Osama bin Laden I Know. An Oral History of al Qaeda's Leader*, Free Press, New York, 2006.

De la Corte, Luis y Jordán, Javier; *La yihad terrorista*, Madrid, Síntesis, 2007

Forest James F.; *The Making of a Terrorist: Recruitment, Training, and Root Causes*, Westport, Praeger Security International, 2006.

General Intelligence and Security Service (AIVD); *From Dawaa to Jihad. The various threats from radical Islam to the democratic legal order*, Amsterdam, Ministry of the Interior and Kingdom Relations, 2004.

Gerges Fawaz A.; *The Far Enemy. Why Jihad Went Global?*, New York, Cambridge University Press, 2005.

Gunaratna, Rohan; "The Post-Madrid Face of Al Qaeda", *The Washington Quarterly*, Vol. 27, No 3, (2004), pp. 91-100.

Jordán, Javier, Mañas, Fernando M. y Trujillo, Humberto; "Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M" *Revista de Análisis y Prospectiva*, Nº 1, Diciembre de 2006, pp. 79-111

Jordán, Javier y Mañas, Fernando M.; "Indicios externos de la radicalización y militancia yihadista, *Athena Intelligence Journal*, Vol. 2, No 1, 1/4, 10 de enero de 2007, pp. 1-9.
Kohlmann, Evan F. "The Real Online Terrorist Threat". *Foreign Affairs*, Vol. 85, No 5, 2006, pp. 125-135
Pape, Robert; *Dying to Win: The Strategic Logic of Suicide Terrorism*, New York, Random House, 2005
Sageman, Marc; *Understanding Terror Networks*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 9 de abril de 2008.

RESUMEN

El concepto de terrorismo es uno de los más controvertidos a los que puede hacerse referencia. Prueba de ello es el hecho de que los que se han dado en el ámbito legislativo internacional no son coincidentes ni se encuentran libres de reparos. En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de los elementos que han sido empleados por nuestros sucesivos legisladores a la hora de configurar los delitos de terrorismo para, a partir de ello, poner de manifiesto los problemas que se derivan de nuestro actual sistema punitivo.

PALABRAS CLAVE

CONCEPTO DE TERRORISMO, ORGANIZACIÓN TERRORISTA

ABSTRACT

The concept of terrorism is one of the most controversial to be found. Proof of this is that the concepts given in the legislative international field are not coincident and are not free of criticism. This paper offers a critical analysis of the elements that have been employed by our consecutive parliaments in the description of terrorist crimes, in order to emphasize the problems of this concept within our legal system.

KEY WORDS

CONCEPT OF TERRORISM, TERRORIST ORGANIZATION

SOBRE EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE TERRORISMO

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

Antonio Fernández Hernández

Personal Investigador Contratado
Universitat Jaume I (Castellón)

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de terrorismo desde la perspectiva internacional y comparada: la conexión con la noción de delito político. A) Marco Internacional Universal: la Organización de Naciones Unidas. B) Marco Internacional Regional: la Unión Europea. C) El terrorismo en los ordenamientos de los Estados de nuestro entorno. 3. El concepto de terrorismo en Derecho penal español. A) Consideraciones introductorias: la política criminal antiterrorista. B) Elementos históricamente empleados en la configuración legislativa de los delitos de terrorismo. C) El modelo legal vigente: concepto de terrorismo en el Código Penal de 1995. 4. Consideraciones finales y punto de partida para el debate. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda el terrorismo desde una perspectiva conceptual, muy probablemente pueda compartirse la idea relativa a que la delimitación del mismo, al menos a efectos jurídicos, no importa tanto como la determinación de lo que deba considerarse como delito de terrorismo. De ahí que la primera cuestión a resolver cuando se plantea la noción de terrorismo desde una perspectiva jurídica sea la de si lo que se quiere determinar es en qué consiste el terrorismo o, diversamente, cuáles son las manifestaciones del mismo que interesan al Derecho, y más concretamente al Derecho Penal. Esto es, cuáles son los actos terroristas que se consideran relevantes a efectos penales. En este sentido, constituye un buen ejemplo de esta observación la sentencia del Tribunal

Supremo núm. 2/1997, de 29 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico 6 advierte que *“la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”*.

En efecto, a la hora de tratar esta materia, son comunes en la doctrina científica las consideraciones en torno a las distintas perspectivas desde las que puede acometerse al terrorismo como materia de estudio. Así por ejemplo, desde la óptica militar, el terrorismo ha venido siendo configurado como el supuesto paradigmático de los conflictos asimétricos; para la psicología, ha sido calificado como la forma más degradada de lenguaje; y desde un

planteamiento más amplio, el terrorismo no constituye sino el uso de la violencia política, o más propiamente, el uso sistemático de medios violentos en aras a la consecución de fines de naturaleza política. Es, en palabras de WALDMANN, “*una estrategia política basada en una economía de la violencia*”. De esta manera, desde cada uno de estos enfoques se han venido estableciendo las concretas características que el mismo fenómeno puede revestir.

La conclusión a la que se llega es mayoritariamente la misma: dado su carácter político, y el uso interesado que del terrorismo han hecho y vienen realizando determinados gobiernos y gobernantes, no sólo de concretos mecanismos generadores de terror, sino de medidas encaminadas a la supresión del terrorismo, resulta extremadamente difícil (por no decir imposible) la determinación de un concepto unánimemente aceptado del mismo. Buena prueba de ello da el elevado número de definiciones que de este fenómeno pueden encontrarse. Por el contrario, si algo parece que va haciendo mella, es la diferencia entre el Terror y el terrorismo; nociones que a nuestro parecer no deben ser confundidas, ya que mientras este último constituye una concreta modalidad de agresión contra el Estado, aquél alude a una determinada forma de gobierno implantada por el propio poder instituido.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, y más concretamente jurídico-penal, en la que nosotros suscribiremos las consideraciones aquí realizadas, lo esencial no es tanto el concepto de terrorismo, sino lo que sea configurado como manifestación típicamente relevante del mismo, esto es, aquellas concretas conductas que sean conformadas normativamente como delitos de terrorismo y, en especial, lo que deba ser entendido por acto terrorista propiamente dicho. Si se tiene en cuenta que, como unánimemente mantienen doctrina y jurisprudencia, el terrorismo constituye un fenómeno delictivo caracterizado por consistir en la comisión de delitos comunes que se encuentran revestidos de determinados caracteres específicos, en los cuales se fundamenta la mayor carga de desvalor jurídico que se

les atribuye, resultará imprescindible, —a la hora de definir lo que ha de entenderse por terrorismo—, no sólo la determinación de qué concretas conductas se consideran terrorismo, sino de ese plus que les convierte en tales. Desde este punto de vista conviene, por tanto, poner de manifiesto cuáles han sido los distintos mecanismos, modelos y estrategias que, desde finales del siglo XIX y a lo largo principalmente del siglo XX, han venido empleando los diferentes textos legales a estos efectos. Para, una vez puestas de manifiesto las bases de las que debe partirse, realizar las consideraciones críticas que se consideren oportunas. Todo ello en el ánimo de fijar criterios que contribuyan a una delimitación más precisa de lo que debe considerarse por terrorismo a efectos penales.

No se ofrecerá, por tanto, una definición de terrorismo que venga a sumarse al abundante número de las ya existentes y que, como todas ellas, resultaría criticable por exceso o defecto. Nuestro propósito es más modesto. Únicamente queremos poner de manifiesto cuáles, de entre todos los elementos que han venido siendo empleados para definir el terrorismo, son los que deben ser manejados, y de cuáles no sólo se puede, sino que incluso sería conveniente prescindir, a efectos de evitar excesos en una materia de naturaleza tendente a sufrirlas. Y, en atención a tales consideraciones, incidir en los problemas que a nuestro parecer surgen con el actual modelo legislativo.

2. EL CONCEPTO DE TERRORISMO DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y COMPARADA: LA CONEXIÓN CON LA NOCIÓN DE DELITO POLÍTICO

La atribución de relevancia penal a conductas opositoras al poder imperante, no necesariamente instaurado por el uso de la fuerza, pero que emplea al Derecho penal a modo de instrumento que garantice el mantenimiento de la situación del momento y la defensa de los

intereses del Estado, y no como un mecanismo de coexistencia ciudadana, resulta propia de los Estados de corte totalitario. De esta manera, toda actividad (en especial aquella que no reviste carácter violento) es considerada como delito, al que desde otros Estados de distinto corte ideológico se les añade el calificativo de político. Precisamente por ir dirigido al intento de lograr la implantación de libertades de esa naturaleza.

Sin embargo, no es lo mismo luchar por un ideal, que imponer el mismo por la fuerza de las armas y la violencia. En otras palabras, no cabe confundir el incriminar las ideas con la punición de los actos de violencia ejecutados en defensa de una ideología.

Junto a esta pretensión, naturalmente coexiste un principio moral de rechazar el uso de la violencia y la instrumentalización de personas para lograr objetivos políticos. Probablemente la mejor plasmación de este valor la haya señalado Stephen ZWEIG al recordar el panfleto de Castelio contra Calvino tras la quema de Miguel Servet, con esta célebre frase: “*Matar a un hombre para defender una idea no es defender una idea, es matar a un hombre*”.

Precisamente por los motivos apuntados, hoy es unánimemente admitido que la diferenciación que se establece entre ambas categorías delictuales obedece a la voluntad de negar al terrorista el trato privilegiado que se dispensa al delincuente político. La negación al terrorismo, en el ámbito internacional, de la condición de delito político atiende pues, a motivos eminentemente pragmáticos: no se desea que quienes practican estos últimos puedan aprovecharse de las ventajas que les confieren a quienes son acusados de cometer aquellos.

A) MARCO INTERNACIONAL UNIVERSAL: LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

En el plano internacional, los primeros intentos de elaboración de un concepto de terrorismo vinieron constituidos con la inicial definición de “actos de terrorismo”, en el art. 1.2 de la *Convención de Ginebra para la prevención*

y represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937 (la cual no entró en vigor por la falta de ratificación de los estados signatarios) en el que se entendía por tales a los “hechos criminales dirigidos contra un Estado, cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en la población”. Fórmula que seguía la línea finalmente adoptada en las anteriores Conferencias para la unificación del Derecho Penal, que tuvieron lugar entre 1927 y 1935, en las cuales se obvió la referencia a los objetivos políticos (contenidos en la “definición” de terrorismo acordada en la III de estas Conferencias, celebrada en Bruselas en 1930) para evitar posibles limitaciones de determinados derechos y libertades políticas por parte de los gobernantes.

Los acuerdos que en relación al terrorismo fueron adoptados con posterioridad, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, mutaron el planteamiento del objetivo a cumplir y dejaron de buscar una definición de terrorismo internacionalmente aceptada, para centrarse en asegurar la extradición de quienes cometieran determinados actos de extrema gravedad, tales como: los ataques a aeronaves, que pueden ir desde el apoderamiento de las mismas (*Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, firmado en La Haya en 1970), o la realización de actos de violencia que pongan en riesgo la seguridad de una aeronave en vuelo (*Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves*, firmado en Tokio en 1963; *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, firmado en Montreal en 1971 y ampliado en 1988 por el *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional*, complementario del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971); los atentados contra la persona, libertad o dignidad de las personas consideradas internacionalmente protegidas (*Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusi-*

ve los agentes diplomáticos, firmado en Nueva York, en 1973); o el emplear como mecanismo para obligar a una determinada acción u omisión a un tercero, incluyendo a los Estados, actos atentatorios contra la libertad de personas (*Convención internacional contra la toma de rehenes*, firmada en Nueva York en 1979); y finalmente, la posesión ilícita o la utilización, transferencia o robo de materiales nucleares y la amenaza de su uso para causar la muerte o lesiones a una persona o daños materiales sustanciales (*Convención sobre la protección física de los materiales nucleares*, firmada en 1980).

En todos ellos se establece la obligación de los Estados parte de conceder la extradición o de proceder al enjuiciamiento de los responsables de tales actos para el caso de que fuera denegada aquella. En lo que a nuestros efectos interesa, no sólo en ninguno de ellos se hace mención alguna al terrorismo, sino que además, tampoco se contiene en la determinación de los actos ilícitos que se hacen merecedores de este trato especial, referencia a elemento subjetivo alguno (con excepción del relativo a la toma de rehenes), con lo que cabe preguntarse los motivos que llevaron a la aprobación de estos textos internacionales. Los cuales, atendiendo a los considerandos de cada uno de ellos, responden en principio a las graves perturbaciones que la comisión de los actos a los que se refieren genera a nivel internacional.

A partir de la *Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, firmado en 1988, complementado por el *Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, que establece el régimen jurídico aplicable a los actos que atentaren contra la seguridad de la navegación marítima internacional, y del *Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental*, firmado en Roma en 1988, la situación cambia y comienza a hacerse referencia expresa al terrorismo. Aunque todavía sin definirlo.

El cambio definitivo tiene lugar a raíz de la firma de tres convenios de la Organización de las Naciones Unidas, a partir de la década

de los 90 del siglo pasado, en todos los cuales se hace alusión al terrorismo internacional y a la insuficiencia de los acuerdos particulares firmados hasta el momento para poner fin a tales actos.

Así, el *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, de 1997, se refiere en su art. 2 a la entrega, colocación, arrojamiento o detonación de un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a personas, o la destrucción significativa de determinadas instalaciones que enumera expresamente. Estableciendo la obligación para los Estados firmantes de hacer que tales actos “*en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar*” (art. 5). En este caso, y pese a ir directamente dirigido a eliminar actos terroristas, no realiza delimitación alguna de los mismos, pues parte de la idea de que no todos los actos delictivos objetivamente descritos tienen por qué ser terrorismo, al existir el derecho de los pueblos a luchar por su libre autodeterminación con cualesquiera medios de los que puedan valerse.

Por su parte, el art. 2 del *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo*, de 1999, califica como delito recolectar “*fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer*”, además de los actos especificados en el resto de acuerdos firmados hasta el momento, “*cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población y obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”.

Finalmente, el *Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*, de 2005, califica como delito en su art. 2, el poseer material radiactivo o fabricar o poseer un dispositivo “i) con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales o graves; o ii) con el propósito de causar daños considerables a los bienes o al medio ambiente”. Así como utilizar en cualquier forma material radiactivo o un dispositivo, o utilizar o dañar una instalación nuclear en forma tal que provoque la emisión o entrañe el riesgo de provocar la emisión de material radiactivo, con los propósitos anteriormente referidos y además, “iii) con el propósito de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto”.

Como puede observarse, se ha avanzado en la técnica empleada, pasando de la simple enumeración de determinados delitos sin especificación alguna (una técnica legislativa eminentemente casuística), a la fijación de los medios y los fines inmediatos y mediatos (sin hacer referencia a los últimamente pretendidos, que pueden revestir cualquier naturaleza). Sin duda, con el objetivo de lograr el acuerdo de los Estados firmantes y excluir de la aplicación de tales convenios a aquellos comportamientos que se configuren como resistencia nacional. La técnica legislativa en el reciente convenio de 2005 (que todavía no ha entrado en vigor, al no haber obtenido la ratificación de un número suficiente de Estados para ello) es la misma que la empleada en el de 1999.

Debe resaltarse que ya no se hace mención al ánimo o al efecto de causar terror en la población, sino exclusivamente al uso de la violencia como mecanismo para obligar a un Estado (o a un sujeto en derecho internacional) a desarrollar el comportamiento deseado por los sujetos activos. Este cambio de criterio supone, a nuestro parecer, un traslado en la definición del terrorismo, del originario efecto creador de terror en el sujeto pasivo contra el que se dirigen tales actuaciones, a su configuración como un mecanismo mafioso de coacción. Tal circunstancia reviste una importancia básica por cuanto que supone un paso más en la configu-

ración del terrorismo como un delito común y no político, a la que ya hemos aludido.

Es cierto que el terrorismo no cabe sólo en los sistemas democráticos (las actuaciones de ETA bajo el régimen autoritario franquista no difieren en su naturaleza de las ejecutadas tras la instauración de nuestra actual democracia). Sin embargo, sí puede afirmarse que la esencia del terrorismo, como violencia política que es, viene caracterizada por suponer una quiebra de las normas procedimentales de participación y de toma de decisión legalmente adoptadas. De ello se deriva que el acento no deba recaer, en una primera aproximación, sobre el concreto fin ulteriormente perseguido, sino precisamente, sobre el modo en que el mismo pretende ser materializado; esto es, el propósito de imponerlo mediante la violencia. Se llega así a la esencia del delito de terrorismo, que no es tanto la voluntad de crear terror en el grupo instrumentalizado (por el contrario esto supone un efecto inevitable, pero colateral), cuanto el obligar por medio de la materialización reiterada de actos gravemente atentatorios contra los bienes jurídicos más básicos y esenciales, como puedan serlo la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, a que tenga lugar aquello que se pretende. Lo que supone una forma de actuar más propia de determinadas clases de organizaciones criminales que de las tradicionales asociaciones políticas ilícitas.

B) MARCO INTERNACIONAL REGIONAL: LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea hemos de referirnos al *Convenio Europeo para la represión del terrorismo* de 1977, firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, el cual procedía en el sentido de los Convenios internacionales firmados en aquella época, limitándose a establecer la no consideración como delito político, así como su naturaleza de delitos por los que cabe la extradición (salvo que existan sospechas de que los mismos se persiguen por motivos de discriminación), de un conjunto de delitos que además coinciden, en gran medida, con los contenidos en

los Convenios internacionales firmados hasta el momento. Con lo que poco (por no decir nada) añade a lo ya establecido en su momento, salvo el hecho de constituir un acuerdo propio de la Unión Europea.

La situación ha cambiado ligeramente en el actual siglo XXI, con la aprobación de dos normas adoptadas por el Consejo de Seguridad, básicas en este ámbito: la Decisión Marco (2002/475/JAI) sobre *la lucha contra el terrorismo*, de 13 de junio de 2002 (DOCE L164 de 22 de junio de 2002, pp. 3 a 7) y la Decisión Marco (2002/584/JAI) *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los estados miembros*, de la misma fecha que la anterior (DOCE L190 de 8 de julio de 2002, pp. 1-12). Con las mismas se logran dos cosas: la elaboración por vez primera de lo que ha de entenderse por delito terrorista en la Unión y la sustitución de los acuerdos de extradición entre los Estados miembro por la orden de detención europea (o euro-orden) respecto de los delitos de terrorismo. En el convencimiento de que la colaboración internacional resulta imprescindible para poder poner fin a este tipo de delitos.

En lo que al concepto de terrorismo se refiere, la técnica empleada consiste en la enumeración de una serie determinada de actos, caracterizados todos ellos por constituir actos graves contra bienes jurídicos básicos (vida, integridad física y libertad de personas), así como la destrucción masiva de instalaciones y medios de transporte, cuando con ello se puedan poner en peligro vidas humanas, haciéndose referencia al uso de armas de fuego, explosivos, armas nucleares y biológicas y químicas, en tanto que por su peligrosidad los mismos “puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional”, cuando sean cometidos para lograr determinados objetivos.

Por tanto, lo que convierte a estos delitos comunes en terroristas es el hecho de que sean cometidos con alguna de las siguientes finalidades: “intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar

gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

Sin embargo, la configuración del terrorismo así realizada no resulta, a nuestro parecer, satisfactoria. Y ello por los siguientes motivos: en primer lugar, los fines se presentan de forma alternativa, no acumulativa, con lo que basta con que concurra uno de ellos para poder configurar a las conductas listadas como constitutivas de terrorismo, de forma que lo esencial en la definición de terrorismo sigue consistiendo en precisar aquellas circunstancias que hacen que un delito común se haga merecedor de ese mayor desvalor jurídico que se le atribuye a los delitos de terrorismo, lo cual sigue sin quedar definido de forma adecuada si las finalidades se analizan de forma individual.

La enumeración alternativa no presentaría problema alguno si no fuera porque se mezclan en esta definición medios y fines, por cuanto que las dos primeras finalidades constituyen los mecanismos a través de los cuales puede llegarse a la última de las enunciadas, todas ellas con un objetivo ulterior que carece de relevancia a efectos jurídicos. Así pues, no parece apropiada la técnica empleada dado que, considerados por separado, carecen de elementos suficientes para configurar aquello por lo que tales conductas merecen ser calificadas como terroristas y por tanto, merecedoras de un trato más gravoso (el más gravoso, de hecho). En efecto, las dos primeras finalidades pueden ser configuradas como propias de la delincuencia organizada común, dejando bien sentado que la primera de ellas, ni siquiera tiene por qué constituir una finalidad buscada, sino un resultado derivado de las actuaciones realizadas.

Mayor precisión tiene la última de las finalidades enumeradas que, en nuestra opinión, es la que realmente debe configurarse como propia de un delito de terrorismo, por cuanto que tal objetivo suele ser lo que se persigue como paso previo para materializar el fin últimamente pretendido. De modo que entonces, si ya se formula una lista de los concretos medios a través de los cuales puede considerarse

materializado el terrorismo, no resulta correcto el añadirle nuevos elementos teleológicos relativos, a su vez, a mecanismos a través de los cuales pretenden hacerse efectivos los resultados. Y no resulta correcto fundamentalmente por el efecto expansivo que esta técnica comporta para el ámbito de aplicación de la norma. Por nuestra parte consideramos que la especificación de los mecanismos concretos mediante los que se lleva a cabo, esto es, las concretas conductas delictivas cometidas, junto con el propósito de desestabilizar gravemente o destruir, como paso necesario para lograr el fin último, constituyen elementos suficientes para configurar aquellos comportamientos que pueden ser calificados de terroristas. Resulta criticable de la redacción dada al precepto, el que al eliminar los criterios distintivos entre la delincuencia terrorista y la delincuencia común grave, se difuminen los motivos en los que fundamentar el trato gravoso que se dispensa a aquella sobre todas las demás y especialmente, entre la delincuencia organizada de carácter común y generalmente grave. Salvo que lo que se pretenda en la actualidad sea la equiparación entre ambas, dispensándoles un mismo tratamiento o cuanto menos similar.

Esta evolución legislativa debe naturalmente inscribirse en su contexto político, que en el caso que nos ocupa transita por dos situaciones estratégicas mundiales muy diferentes. En primer término, un mundo dividido en dos grandes bloques, periodo caracterizado por la descolonización y la llamada “guerra fría” en donde hunden sus raíces diferentes movimientos terroristas, generalmente vinculados a movimientos inspirados en “la lucha de clases” o de raíz nacionalista. Y el actual, de hegemonía norteamericana, salpicado de “nuevas amenazas y riesgos”, de una profunda transformación en los medios de producción, de enormes cambios en todas las áreas, y donde el terrorismo *yihadista, neosalafista o islámico radical*, ha alcanzado el protagonismo internacional.

C) EL TERRORISMO EN LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO

El último ámbito que queda por analizar en este apartado es el de derecho comparado. Así, atendiendo a las soluciones adoptadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados geográfica e ideológicamente más próximos a nosotros, podría afirmarse que la técnica legislativa empleada a tal efecto es casuística, consistiendo en la enumeración de conductas que generalmente integran delitos comunes graves. A partir de aquí pueden distinguirse dos modelos. El primero recibe el nombre de *objetivo*, pues establece el concepto por la pertenencia a una asociación terrorista y a la realización de delitos comunes graves (así por ejemplo, el parágrafo 129 del CP alemán). El segundo sistema, mayoritario en Europa, es denominado *mixto subjetivo-objetivo*, por requerir expresamente una determinada finalidad: intimidar a la población; subvertir el sistema democrático o alterar gravemente el orden público (como son los casos de España, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido). La exigencia de finalidad se justifica en la necesidad de diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos violentos cometidos por grupos organizados. Sin embargo, a la exigencia de una finalidad específica se le han opuesto una serie de críticas a las que aludiremos con posterioridad. En todo caso, encontramos un factor común en ambos modelos: se criminalizan sólo los medios violentos, no las ideas políticas. Tal vez por esta difícil separación entre violencia y política no se haya alcanzado plenamente la autonomía en la definición de las conductas terroristas. En cualquier caso se puede avanzar que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia, esto es, en la comisión de conductas que en sí mismas ya constituyen delito. Desde luego, tampoco por separado los elementos de organización o finalidad son suficientes. Sólo con la combinación de todos ellos se ha pretendido lograr un mínimo de precisión conceptual. La clave de la noción de terrorismo deberá consistir, pues, en la determinación de aquellos elementos que califican a la violencia ejercida y que la distingue de esa misma violencia cuando es producida en otro contexto o con una finalidad distinta.

3. EL CONCEPTO DE TERRORISMO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

A) CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA POLÍTICA CRIMINAL ANTITERRORISTA

La doctrina coincide en fijar el nacimiento del terrorismo (que no del Terror) a finales del siglo XIX. Momento en que la “propaganda por el hecho” comienza a hacerse efectiva mediante el uso de la dinamita. En esta época tienen lugar también entre nosotros, al igual que en el resto de Europa, las actuaciones llevadas a cabo principalmente por los anarquistas, contra los que se dirigieron las primeras normativas destinadas a reprimir esta clase de delincuencia.

Desde entonces, si algo ha caracterizado de forma permanente a nuestra normativa antiterrorista, han sido las notas de especialidad, excepcionalidad y emergencia. Y es que, en mayor o menor medida, estos rasgos se han ido alternando o han sido predicables de manera simultánea respecto de las distintas disposiciones legislativas que han estado dedicadas a afrontar este fenómeno. Fenómeno que, por otra parte, ha estado presente de forma casi continua en nuestra historia reciente y que, por tanto, ha generado una dilatada experiencia legislativa en esta materia.

Como ya puso de manifiesto en su momento BUENO ARÚS, los principios esenciales que han caracterizado y todavía hoy siguen caracterizando nuestra legislación antiterrorista dentro del periodo democrático, son: fijación de unas consecuencias jurídico penales más gravosas que en otras áreas delictivas; la conminación penal de actividades previas a la comisión de los actos terroristas en sí mismos considerados, en particular de figuras vinculadas a una configuración extrema de la apología; su enjuiciamiento por jurisdicciones especiales; la previsión de especialidades procesales que convierten al proceso previsto para este tipo de

delitos en sumario, así como la autorización de medidas cautelares o de investigación especiales; la previsión de medidas preventivas especiales; el establecimiento de toda una serie de acciones a nivel administrativo, como la previsión de un tratamiento penitenciario especial, o la creación de unidades especializadas en la lucha contra el terrorismo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y la creación de centros superiores de coordinación; la previsión de normas beneficiosas para los terroristas arrepentidos o que colaboren con las Autoridades, como mecanismo para fomentar el abandono por parte de estos de sus actividades delictivas; la asunción por parte del Estado de la obligación de satisfacer la responsabilidad civil derivada de la comisión de tales actos y en particular de normas especiales para las víctimas de estos delitos; y finalmente, el establecimiento de los mecanismos necesarios para posibilitar una mayor cooperación internacional en relación a estos delitos.

Es también común en la doctrina que otra de las líneas básicas que han guiado la política criminal en materia antiterrorista, ha sido la tipificación de los delitos de terrorismo en leyes especiales, más accesibles a las modificaciones que se estimara necesario introducir en cada momento. Modificaciones o reformas, por cierto, demasiado frecuentes como para ser consideradas resultado de una política criminal meditada y adecuada, respondiendo más bien, cada una de ellas, a las concretas circunstancias coyunturales que forzaron y fuerzan, una reacción de los poderes públicos, con independencia de cuál sea ésta.

Igualmente, los modelos que se le presentan como posibles al legislador a la hora de tipificar los delitos de terrorismo, son dos: la determinación del terrorismo de forma autónoma, con sus propios elementos; o por el contrario, mediante la referencia a un conjunto más o menos amplio de delitos comunes (generalmente los de naturaleza más grave) a los que se les atribuye una especial significación por la concurrencia de algunas o todas las notas a las que seguidamente nos referiremos. La primera de las técnicas no ha sido empleada nunca por

ninguno de nuestros legisladores. La segunda por el contrario, ha venido variando entre el uso de listados de concretos delitos a los que se les ha añadido una serie de elementos cualitativos, o la especificación, para cada uno de los delitos comunes que han configurado un tipo autónomo, de sus propios caracteres.

B) ELEMENTOS HISTÓRICAMENTE EMPLEADOS EN LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Si se parte de la base de que la ausencia de una noción expresa de terrorismo obliga a que la misma deba ser inferida de los elementos que configuran las distintas infracciones penales calificadas de terroristas, las consideraciones críticas que sobre aquel concepto pretendan hacerse, habrán de ir referidas precisamente a estos elementos.

A este respecto, como señalara en su momento ARROYO ZAPATERO, la noción de terrorismo puede elaborarse atendiendo a los medios empleados, los resultados producidos y la finalidad perseguida con ellos. Estas tres categorías básicas o genéricas pueden ser precisadas de diversas maneras, al igual que también pueden sumarse otros elementos que no quedan englobados en ellas. Elementos todos ellos que han sido empleados, tanto a nivel internacional como nacional y que, en función de cómo sean concretados y alternados, harán variar la concepción de lo que debe entenderse por terrorismo.

a) Bien Jurídico

Entre los primeros ha de hacerse referencia al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En relación al mismo y dado el general entendimiento del terrorismo como delito pluriofensivo, puede hacerse alusión tanto al bien jurídico individual afectado de forma inmediata por el comportamiento desarrollado (básicamente la vida, la salud, la libertad y el patrimonio), como al bien jurídico sobre el que se actúa de manera mediata, el cual ya no

es de carácter individual, sino colectivo (que ha ido variando entre la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, y más recientemente, la seguridad jurídica y el orden democrático).

Partiendo de la concepción procedimental del bien jurídico elaborada por VIVES ANTON, esto es, entendiéndolo como una justificación de la existencia del tipo y no como un elemento constitutivo del mismo, en atención a la evolución legislativa que en relación al terrorismo ha tenido lugar entre nosotros, puede observarse que se ha evolucionado desde el inicial orden público (con la Ley de 10 de julio de 1894, de explosivos y la Ley de 2 de septiembre de 1896, de represión del anarquismo), pasando por la seguridad interior (y en ocasiones incluso la exterior) del Estado, como es el caso de la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941, hasta la actual configuración del mismo como la pervivencia de la propia institución estatal frente a quienes se erigen contra ella.

Igual transición ha tenido lugar en lo relativo al bien jurídico inmediatamente afectado, el cual ha pasado de ser ignorado (por cuanto que se tipificaban como terrorismo conductas de mera actividad que no requerían la producción de resultado alguno) como fueron las referidas leyes de finales del siglo XIX, llegando a ser conformada como una mera circunstancia agravante de la pena a imponer (por ejemplo el Código Penal de 1944), llegando finalmente a estar reconocido de forma expresa, tal y como sucede en la actual legislación.

b) Sujeto activo

El sujeto activo ha constituido otro de los elementos que han servido de base para elaborar jurídicamente la noción de terrorismo. Tan es así, que no sólo en derecho comparado (como es el caso alemán), sino también nuestro legislador, en más de una ocasión, ha hecho depender exclusivamente el delito de terrorismo de este elemento y de la conducta delictiva realizada.

En esta sede se le plantea al legislador una cuestión esencial: si decide otorgar al delito de terrorismo naturaleza común, o por el contrario considera que éste es un delito que no puede ser cometido por cualquiera; con lo que no le queda más remedio que configurarlo como un delito especial. Igualmente deberá decidir si el delito de terrorismo requiere, en cuestión de autoría y participación, unas reglas específicas y propias, al igual que la criminalidad organizada común, por ser un delito plurisubjetivo, o por el contrario es suficiente con las reglas generales establecidas en la parte general. La solución adoptada por nuestro legislador del 95 fue, al menos hasta el 2000 (con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con los cambios incorporados en el art. 577 CP, en atención a los cuales ya no es necesaria la existencia de vinculación alguna a una organización terrorista, quedando sujeto el concepto de terrorismo a dos elementos: los concretos delitos a los que se hace referencia en el mismo, y el elemento subjetivo que se le exige al sujeto activo), la de optar por la exigencia de la concurrencia de una organización terrorista, incorporándose o equiparándose, al menos en lo que a este aspecto se refiere, a la delincuencia organizada común. No en vano, las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas constituyen una modalidad agravada de las asociaciones ilícitas penalmente tipificadas. Modalidad agravada que el Tribunal Supremo justificó en su sentencia núm. 338/1992, de 12 de marzo, en el hecho de que *“la banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocaación del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles. Ello no obstante, en la práctica coinciden*

los procedimientos deleznable utilizados por las bandas y las organizaciones, unidas en una misma finalidad destructiva”.

Así, en relación a este elemento, nuestros sucesivos legisladores han pasado desde tiempos decimonónicos hasta nuestros días por una serie de etapas: una primera en la que se punía la pertenencia a organizaciones dedicadas a la comisión de delitos de terrorismo, sin la exigencia de la concurrencia de la misma para la existencia del delito en sí mismo considerado. Con otras palabras, el delito de terrorismo tenía una fórmula específica en la que no era necesario que fuera cometido por un grupo organizado, siendo este hecho recogido en un delito autónomo. El punto de inflexión vino determinado por las leyes números 42 y 44, de 15 de noviembre de 1971, por las que se reformaban el Código de Justicia Militar y el Código Penal. Como es sabido, tales disposiciones fijaron el criterio determinante del texto legal aplicable y, por tanto, de la jurisdicción competente y del procedimiento que debía seguirse, en el carácter organizado y sistemático de las actuaciones. Elemento que se concretó mediante la existencia o no de asociaciones o grupos organizados, de forma tal que la jurisdicción militar era competente para el enjuiciamiento de aquellas actividades que se produjeran, no de modo episódico e individual, sino como acciones que provinieran de grupos u organizaciones con el carácter de mayor permanencia, en tanto que correspondía a la jurisdicción ordinaria conocer de *“los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables”*. De esta manera, la existencia de un grupo organizado se constituyó en elemento en atención al cual se determinaba la normativa aplicable, pero no la existencia de los delitos de terrorismo, que podían seguir siendo cometidos por personas que actuaran a nivel individual. Con lo que a efectos conceptuales la situación seguía siendo la misma.

Como decimos, estas leyes, aunque no revisaron el paso decisivo en el sentido de la configuración de la existencia de un grupo organizado como elemento típico del delito de terrorismo, sí supusieron el paso previo para la

consolidación de tal modelo legislativo. Modelo que sería implantado con la promulgación de las leyes 56/1978, de 4 de diciembre y la 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, las cuales supusieron la desaparición del *nomen iuris* del terrorismo del Código Penal, al derogar sus artículos 260 a 262 y los preceptos contenidos en su anexo (que eran los relativos al terrorismo contenidos en el Código de Justicia Militar y que habían sido trasladados del texto punitivo castrense al común por el Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo), pasando a configurar legislativamente este delito en atención a la enumeración de una serie de delitos comunes que resultan cualificados por la integración de su responsable en grupos organizados y armados (como fue el caso del Real Decreto-Ley de 30 de junio de 1978). Dicha técnica legislativa (aunque con cambios pues, como ya se ha expresado, desde que tuvo lugar la reforma del art. 577 CP operada por la LO 7/2000, existe un doble rasero para determinar qué ha de considerarse terrorismo. Si se atiende al art. 574 CP, la existencia y vinculación a una banda armada, organización o grupo terrorista, junto con el elemento subjetivo contenido en el art. 571 CP genera que cualquier infracción penal sea considerada terrorismo. En tanto que si no existe esa vinculación a la organización, los criterios sobre los que sustenta la noción de terrorismo son el elemento subjetivo exigido (al que se añade una nueva modalidad) y la comisión de determinadas infracciones que vienen listadas en un sistema de *numerus clausus*. Como se ve, la existencia de una pluralidad organizada de sujetos es el criterio sobre el que se hacen recaer las divergencias en la conceptualización de estos delitos. Divergencias que han sido mantenidas hasta la actualidad.

Este sistema ha generado una consecuencia que debe ser puesta de manifiesto. La pieza clave para determinar cuándo se aprecia un delito de terrorismo o no, se ha hecho depender del elemento organizativo, en cuanto que el mismo resulta adecuado para materializar el carácter sistemático en la comisión de los actos vio-

lentos que se le exige al terrorismo. De ahí que el Tribunal Supremo haya podido afirmar en el fundamento jurídico 46 de su sentencia núm. 1025/2007 de 19 de enero que, en atención a la doctrina constitucional y la propia suya a la que hace referencia previamente, se puede “comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la figuración de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto de terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada, como hace la sentencia recurrida, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida”. Sin embargo, aun admitiendo que el carácter reiterativo y sistemático sea un elemento válido para determinar el concepto de organización terrorista (por cuanto que la continuidad temporal es un factor determinante de la existencia del grupo), no creemos que sea un criterio válido a la hora de definir lo que es terrorismo, pues el mismo ha de atender a lo que constituye un acto terrorista.

Por otro lado, el recurso al elemento organizativo o estructural a la hora de configurar el delito de terrorismo ha supuesto que se haya dedicado más atención a las nociones de banda armada, organización, grupo e incluso elemento terroristas, que del propio terrorismo. Nociones por cierto que tampoco han sido elaboradas legislativamente, sino que tal papel ha sido asumido por la jurisprudencia y la doctrina. Los inconvenientes que se han derivado de esta circunstancia serán tratados, sin embargo, en el último epígrafe baste por el momento con su mera enunciación.

c) Sujeto pasivo

En lo que al sujeto pasivo se refiere, no consideramos oportuno, ni funcional a efectos de tipificación, el incluir en la definición de terro-

rismo al mismo. Y ello por una mera cuestión de adaptación a la realidad. La determinación del sujeto pasivo constituye una técnica jurídica que ha sido empleada especialmente en el plano internacional, ámbito jurídico en el que los sujetos de Derecho son bastante limitados. Sin embargo, si algo ha demostrado respecto del terrorismo la experiencia empírica habida hasta el momento, es que el sistema de elección de las víctimas varía en función de los intereses y circunstancias del momento, habiéndose atentado tanto contra determinados cargos públicos por el valor simbólico que tales actos contenían, como fue el caso del terrorismo anarquista o pudieran serlo las actuaciones de ETA en determinados momentos; como también se han llevado a cabo actos indiscriminados en los que era completamente indiferente quién fuera la víctima, siempre que la hubiera. De hecho, parece que de un tiempo a esta parte lo que prima es rentabilizar en la mayor medida posible cada una de las actuaciones que se lleven a cabo, lo cual implica lograr cuanta repercusión pueda obtenerse. Circunstancia que, a fin de cuentas, se traduce en provocar el mayor número de víctimas posible. Claro ejemplo de esta tendencia son los actos cometidos el 11-S de 2001, el 11-M de 2004 y el 7-J de 2005. Por no mencionar los habidos en países de oriente próximo y medio. Es decir, ya no se busca la generación de la víctima, sino de las víctimas. El que cualquiera, por tanto, pueda ser víctima de un acto de terrorismo, y que desde luego toda la sociedad en el que el mismo tenga lugar se constituya en sujeto pasivo del mismo, hace que las referencias a tal elemento pierdan toda función delimitadora, siendo por tanto su inclusión disfuncional a los efectos pretendidos. De ahí que el Tribunal Supremo haya llegado a afirmar en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia 85/98, de 27 de enero, que para la existencia del delito de terrorismo *“resulta indiferente si la agresión está dirigida contra la generalidad de la población o contra un determinado grupo, colectividad o institución”*.

Más acertado parece el uso que sí ha hecho de este elemento nuestro legislador a la hora de elaborar subtipos agravados.

De la misma manera que hacer referencia al sujeto pasivo como elemento definitorio constituye una opción inadecuada por no añadir nada al mismo, idéntica afirmación cabe realizar en atención al objeto material sobre el que recaigan los actos terroristas. Y ello porque tal decisión tampoco supone ningún valor añadido al concepto que de terrorismo puede darse con el mismo, y porque legislativamente, como ya advirtiera GUTIÉRREZ LANZA respecto del CP de 1944, *“al pretender[se] la plenitud de precisión penal por vías de detalle, introduce en el Texto legal el mismo germen de su impotencia”*.

d) Elemento subjetivo

Otro de los elementos empleados por el legislador para configurar los delitos de terrorismo (y de forma indirecta) para definir al terrorismo, ha sido la exigencia de la concurrencia en el ánimo del sujeto activo de un determinado elemento subjetivo, configurado como la finalidad perseguida a la hora de llevar a cabo tales actos.

Como anunciábamos con anterioridad, este ha sido uno de los elementos más criticados por la doctrina, por la dificultad probatoria que presenta, las equiparaciones entre medios y fines que el legislador ha venido realizando, y por abocar a una suerte de pensamiento tautológico. Ciertamente, la exigencia de este elemento resulta polémica y difícil de determinar. Sin embargo, que los actos terroristas se cometen con un objetivo o un propósito definido, es algo que puede afirmarse si se parte de la consideración del terrorismo como una estrategia de actuación (de entre todas las que se presentan como posibles). Tal elemento no puede, por tanto, ser obviado.

De entre las finalidades que pueden distinguirse en relación al terrorismo cabe distinguir tres: la inmediata, relativa al concreto delito cometido, que sirve como mecanismo de ac-

tuación. Una segunda que reviste un carácter mediato, consistente en el ánimo de quebrar las bases sobre las que se asienta el sistema político instituido, para una vez conseguido eso, lograr el fin ulteriormente perseguido, en atención al cual se realizan todas las actuaciones previas. Esta finalidad perseguida, que constituye la tercera de las clases diferenciadas, puede revestir una naturaleza política, o últimamente incluso religiosa y, como ya se ha dicho, carece a efectos de punición de relevancia típica (aunque no siempre ha sido así, como por ejemplo ocurría con las ya aludidas leyes 42 y 44 de 1971, en las que se hacía referencia *“al fin de atentar contra la seguridad del Estado la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional y el orden público”*, fórmula que iba dirigida a las organizaciones terroristas independentistas). De ahí que el Tribunal Supremo haya podido afirmar en el fundamento jurídico segundo de su sentencia núm. 633/02, de 21 de mayo, que *“la actividad delictiva de ETA tiene por finalidad obtener la independencia de Euskadi, no como opción ideológica, que como tal puede tener cabida en el marco del pluralismo político que es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino como imposición de una opción que excluye las demás y busca el exterminio del pluralismo ideológico mediante los más graves actos de aterrorización social”*.

Para poder dar debida respuesta a la cuestión relativa a si ha de atenderse o no a la finalidad perseguida a la hora de cometer actos terroristas, debe partirse de otra premisa: el terrorismo es violencia política, esto es, el ejercicio de violencia como mecanismo para hacer efectivos unos determinados objetivos políticos o de cualquier otra naturaleza. Cuáles sean esos concretos fines carece de importancia, por cuanto que, como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia núm. 48/2003, de 12 de marzo, *“cualquier proyecto [político] es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales”*. De ahí que pueda llegarse a la

siguiente conclusión: si el terrorismo es violencia común con finalidad política, y esa violencia se manifiesta mediante la comisión de delitos comunes que resultan cualificados precisamente por la finalidad política por la que se han realizado, no puede renunciarse a dicho elemento, ni a la hora de definir el terrorismo, ni a la de plasmarlo legislativamente. Cuestión distinta es la innegable dificultad probatoria que ello conlleva y en qué concreta fórmula típica se plasme. Tal vez ésta sea una cuestión apropiada para dejarla abierta a un debate que tenga en cuenta las circunstancias actuales. Lo que desde luego resulta innegable a nuestro entender, es su necesidad. Nótese que incluso en los sistemas objetivos, en los que no se hace referencia alguna a la necesidad de elemento subjetivo, a los delitos comunes se les añade la existencia de una organización. Es decir, siempre hay algo que sirve de justificación del incremento del desvalor jurídico que se atribuye al terrorismo. Dadas las críticas ya referidas y las que realizaremos más adelante al denominado doctrinalmente elemento estructural, somos más partidarios de esta solución.

A este respecto conviene destacar que el Tribunal Supremo, a la hora de fijar los elementos que determinan la existencia de una banda armada, afirmó en el fundamento jurídico décimo quinto de su sentencia núm. 2/1998, de 29 de julio, que *“por último, se requiere un especial elemento subjetivo de injusto. No basta con que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población a que antes nos hemos referido. Es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 CP vigente: de este modo, se sintetiza lo que venía siendo doctrina de esta Sala. Por ello, son bandas armadas tanto las que se pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1º de la Constitución, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra*

las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental”.

A nuestro entender, las dificultades probatorias no pueden servir de referente a efectos definitorios, pues ambas son cuestiones que se plantean en ámbitos autónomos entre sí. Con lo que no creemos que tal motivo sea una crítica acertada a su uso a efectos conceptuales. En cuanto a las equiparaciones entre medios y fines, las mismas constituyen más un problema legislativo que conceptual, y puede resolverse cambiando la fórmula legislativa empleada. Y, en lo que se refiere a la última de las críticas apuntadas, es decir, a la generación de un pensamiento tautológico, puede evitarse construyendo el mismo, no desde el recurso a una fórmula que lo plasme con la referencia a las actividades y objetivos de los grupos o bandas armadas, sin especificar cuáles son, como ocurría con la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, sino dándole un contenido distinto: el subvertir el orden político constituido —que no tiene por qué ser democrático—. En conclusión, el elemento subjetivo que cualifica e individualiza al terrorismo es el del empleo de la violencia para alterar y romper los mecanismos de regulación social legalmente establecidos, para con ello lograr un específico objetivo. Tal ha de ser por tanto a nuestro parecer, el elemento subjetivo a emplear.

Tanto a nivel nacional como internacional, se ha empleado en ocasiones como elemento subjetivo el ánimo de generar terror en determinados colectivos o grupos sociales. En nuestra opinión tal referencia no es necesaria, pese a que el terrorismo se caracterice precisamente por la generación de ese efecto. Y ello por el siguiente motivo: el que la producción del resultado consistente en generar terror tenga o no

lugar, no puede ser tenido en cuenta en el plano conceptual, pues puede producirse un acto terrorista que por determinadas circunstancias específicas del momento no lo cause (piénsese por ejemplo en el asesinato de una sola persona, tras una campaña reiterada de atentados cometidos mediante explosivos que han generado un elevado número de víctimas).

Pero la anterior consideración atiende al terror configurado como efecto. Si por el contrario se le considera como elemento subjetivo, esto es, como propósito buscado, con la fórmula actualmente exigida en el Código Penal, consistente en “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, puede descartarse este elemento, al poder considerarse al mismo contenido en los dos reseñados, de forma que su enumeración expresa resulta reiterativa, y por ello innecesaria. ¿Qué mejor forma de impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales que generando temor hasta el punto de convertir a cualquier ciudadano en objetivo potencial de un atentado mortal?

e) Conducta típica

De todos los que han sido empleados hasta el momento, el elemento que más puede hacer variar el concepto de terrorismo es el de la conducta. Puesto que es precisamente el mayor o menor número de delitos comunes a los que se haga referencia, lo que hará variar aquello que se entiende por terrorismo. Y, como más adelante se dirá con detalle, el modo de limitar el concepto de terrorismo viene por vía de la determinación de lo que es un acto terrorista, cuya formulación expresara hace ya tiempo VIVES ANTÓN. De forma que por terrorismo deberá entenderse el cometer un acto terrorista, esto es, un acto grave ejecutado por medios especialmente violentos, que comporte cuanto menos un peligro para los bienes jurídicos más básicos, y dirigido a subvertir el orden político constituido. El resto de conductas que se encuentren relacionadas con tales actos podrán ser objeto o no de un mayor desvalor jurídico por su gravedad y relevancia. Eso constituye

una decisión que corresponde adoptar al legislador. Pero no pueden ser considerados terrorismo propiamente dicho.

De ahí que, aun admitiendo que le asiste la razón al Tribunal Supremo cuando en el fundamento jurídico segundo de su sentencia núm. 633/2002, de 21 de mayo, afirma que *“el terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva”*, tal circunstancia no implica que todos los delitos cometidos por terroristas revistan esta naturaleza por el hecho de haber sido cometidos por ellos. Es más, en atención a lo que aquí defendemos, la condición se adquiere única y exclusivamente por la previa comisión de un acto terrorista. Sólo así se consigue no incurrir en un Derecho penal de autor. De hecho, el Tribunal Supremo establece, en su sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, que la ausencia de una definición de terrorismo no sólo no impide, sino que obliga a los jueces y Tribunales a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas. A tal efecto reseña literalmente en el fundamento jurídico quinto de la misma que *“es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es una teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo reduce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política”*.

Íntimamente relacionado con la técnica de tipificación de la conducta son los medios que vienen siendo generalmente empleados para la ejecución de estos hechos y en segundo lugar, los resultados causados. En cuanto a los me-

dios, entendidos como instrumentos, generalmente han ido referidos al uso de medios o aparatos aptos para causar graves estragos, ámbito que con posterioridad ha sido ampliado también a las armas capaces de causar grave daño a la vida (en el plano internacional se ha llegado a hacer referencia incluso a las armas nucleares y bioquímicas). Entre nosotros este elemento se ha centrado siempre en el uso de mecanismos aptos para generar estragos (principalmente sustancias y aparatos explosivos), los cuales han sido en ocasiones (como por ejemplo en la Ley de 11 de octubre de 1934) ampliados al uso de *“armas que normalmente sean susceptibles de causar grave daño en la vida o la integridad física de las personas”*.

Respecto a los resultados causados, se ha pasado de la tipificación de conductas de mera actividad (e incluso de su tentativa) a la exigencia de la producción los mismos. Los resultados, cuando han sido incluidos en el tipo, han aparecido referidos tanto a los efectos psicológicos como físicos, de naturaleza individual o colectiva, pudiendo hacerse mención de nuevo a la generación de un sentimiento de terror, a la destrucción o menoscabo de la vida o la integridad física de personas y bienes materiales, así como a la producción de una notable afectación de la seguridad pública, la paz social y en definitiva, el orden político establecido. Dejando de lado la indudable relevancia que tal aspecto reviste a efectos de tipificación, no lo consideramos imprescindible conceptualmente hablando por cuanto que no creemos que la consecución de los objetivos mediatos y ulteriores perseguidos deban constituir un criterio determinante de lo que debe entenderse por terrorismo.

De todo lo afirmado hasta el momento, puede concluirse que los elementos que resultan indispensables a la hora de la definición del terrorismo son las concretas conductas mediante las cuales puede manifestarse, que deben limitarse a actos violentos graves contra los bienes jurídicos más básicos, las cuales resultan cualificadas por el elemento subjetivo relativo a la finalidad con la que los mismos se realizan. En lo que al bien jurídico se re-

fiere, el mismo es imprescindible a efectos de justificación del delito de terrorismo, pero no es necesario que se encuentre expresamente contenido en la definición. Los dos elementos de carácter objetivo y subjetivo aludidos constituyen, a nuestro parecer, las notas esenciales que no pueden faltar a la hora de definir el terrorismo, pudiendo prescindirse por tanto, de referencias específicas al resto.

C) EL MODELO LEGAL VIGENTE: CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El legislador del 95, al igual que los anteriores, no incorpora a nuestro texto punitivo una definición legal de terrorismo, sino que, por el contrario, lo que viene determinado como tal ha de resultar inferido del análisis conjunto de una serie de preceptos, todos ellos ubicados sistemáticamente en la parte especial, en tanto que varios son los delitos relacionados con este género delictivo.

A nivel jurisprudencial la situación es semejante, pues el Tribunal Constitucional no sólo no ha dado una noción precisa de este fenómeno, habiéndolo considerado como un “desafío a la esencia misma del Estado democrático” (sentencia núm. 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3.c), una “amenaza específica al orden democrático” (sentencia núm. 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3), por cuanto que “se trata de un fenómeno basado en la legitimación del terror y en su carácter sistemático reiterado y organizado” (sentencia núm.11/2006, de 16 de enero, FJ 5), sino que ha señalado en la referida sentencia 89/1993, que la ausencia de tal definición no supone problema alguno de constitucionalidad al existir instrumentos internacionales y una asentada jurisprudencia que permite inferir a qué realidad se refiere el término terrorismo.

Sí lo ha hecho por el contrario el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico sexto de su sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, en la que expone como fórmula definidora del terrorismo, la de ser “*una actividad planificada que, individualmente, o con la cobertura de una*

organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”.

Volviendo al texto punitivo, en atención al contenido de los preceptos ubicados en la Sección II, del Capítulo V, del Título XXII, intitulada “De los delitos de terrorismo” (arts. 571 a 580, ambos inclusive) y de los preceptos 515 y 516 del referido texto punitivo, en los que se califica (apartado 2º) a las “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” como asociación ilícita, tipificándose la integración (diferenciando el puesto jerárquico ocupado dentro de ellas) en las mismas, puede inferirse que el modo en que se configuran los delitos de terrorismo radica en la exigencia de un doble elemento. De forma que sólo cuando concurren los mismos, podrán ser considerados los delitos comunes contenidos en los referidos preceptos como delitos terroristas.

Tales elementos son: uno objetivo, referido al sujeto activo, y uno teleológico configurado como elemento subjetivo del tipo. El elemento objetivo ha sido definido por parte de la doctrina como elemento estructural, interpretándolo como la necesidad de la concurrencia de una estructura organizada. Elemento que se deriva de la fórmula legal empleada en los arts. 571 a 574: “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos”.

El elemento teleológico o finalístico por su parte exige que tales bandas armadas, organizaciones o grupos acabados de referir, tengan por objeto “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

En una primera aproximación podría considerarse que en el Código Penal vigente, en atención a lo dicho, constituye terrorismo la realización de actos graves contra bienes jurídicos básicos realizados por sujetos de alguna manera relacionados con estructuras organizadas que persiguen dos concretos objetivos: destruir el orden constitucional existente, o

alterar gravemente la paz pública. Esto es, el estado en el que la generalidad de los ciudadanos pueden desarrollar con normalidad sus derechos fundamentales y libertades públicas, todo ello como un instrumento para lograr un ulterior objetivo político.

Sin embargo, puede verse que en realidad, y procede ahora referirse al art. 577 CP, el elemento estructural no resulta imprescindible para la configuración de un delito como terrorista por cuanto que en este precepto se califica y pena como tal a los hechos llevados a cabo precisamente, por los que no se encuentren integrados en tales grupos (“los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista”). Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico único, apartado 6, de su sentencia núm. 546/2002, de 20 de marzo, en el que niega que dicho precepto produzca un desplazamiento al derecho penal de autor, por cuanto que “*los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública*”. Como ya se ha dicho, tal elemento deviene por tanto imprescindible en la actualidad para cometer determinados actos terroristas penalmente relevantes, pero no para que el terrorismo tenga lugar. Cuestión distinta es si resulta acertada tal exigencia típica.

Igualmente, este precepto también incluye modificaciones en lo que respecta al elemento teleológico, en cuanto que a los concretos fines anteriormente referidos se añade ahora además el de “contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”, mediante la comisión de los delitos especificados en el precepto. Con lo que vuelve a incorporarse el elemento de la generación del terror en la configuración del terrorismo. Al sistema actualmente contenido en nuestro texto punitivo se le ha objetado (*vid.* LAMARCA PÉREZ), precisamente en atención al referido art. 577, el haber supuesto la pérdida de los elementos que configuran al terrorismo. Si bien es cierto que en efecto este precepto rompe con el sistema que venía establecido en

el Código Penal, ello no implica que dicho sistema fuera el más apropiado, con lo que esa pérdida de referentes no necesariamente tiene por qué ser errónea. Especialmente en lo que al sujeto activo se refiere.

4. CONSIDERACIONES FINALES Y PUNTO DE PARTIDA PARA EL DEBATE

Así pues, analizada la evolución legislativa experimentada, puede observarse que la delimitación que del terrorismo ha venido realizando nuestro legislador no ha consistido en la elaboración de un determinado concepto legal. Sino que, por el contrario, la atribución de este especial régimen jurídico, se ha centrado en la configuración del mismo por medio de la determinación de sus elementos objetivo y subjetivo, de forma autónoma en algunas ocasiones, conjuntamente en otras.

Entre los primeros se han venido conteniendo los medios empleados y los resultados obtenidos con los mismos —en idéntica relación de autonomía o complementariedad—, así como los sujetos que pueden llevarlos a cabo, dependiendo del momento. Los segundos, por su parte, han ido referidos a los que se han venido denominando funciones y fines, esto es, los objetivos inmediatos y mediatos buscados.

El terrorismo, pues, ha pasado, como pone de manifiesto GARCÍA SAN PEDRO, de ser configurado como meros actos de destrucción, a constituir actos de destrucción que persiguen una finalidad política, lo que implicaba la imposibilidad de que los atentados cometidos contra la vida o la integridad física de las personas por medios distintos a los estragos pudieran ser considerados como tal. Efecto al que se puso fin cuando comenzó a calificarse como terrorismo también a estas formas de actuación. Lo cual tuvo lugar precisamente en un momento en el que los elementos subjetivos requeridos adquirieron su máxima extensión haciendo referencia, no sólo a los obje-

tivos mediante los cuales se pretendía lograr un determinado fin político, sino también ese mismo fin político. Instaurado el actual régimen democrático sin embargo, el legislador adoptó la decisión contraria a la habida hasta el momento, eludiendo hacer referencia alguna a ningún elemento subjetivo (como fueron los casos de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo o la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre).

El criterio cualificador pasa, por tanto, del objetivo perseguido, al sujeto que lleva a cabo las actuaciones, que por su parte comienzan a ser contenidas en listados específicos. Sujeto que termina constituyendo el criterio en el que se sustenta el incremento del desvalor, por cuanto que se llega a calificar como terrorismo todo hecho delictivo que sea cometido por sus miembros o por quienes sin serlo actúen en su favor, cuando las actuaciones de todos ellos vayan dirigidas a la consecución del fin perseguido por el grupo o la organización —pues no establecer esta última limitación expandiría en demasía el concepto de terrorismo, hasta desnaturalizarlo—. Sin embargo, ninguna de las distintas fórmulas experimentadas por los diversos legisladores que han ido sucediéndose en el tiempo ha servido, ni sirve, para decir lo que es terrorismo.

En definitiva, el debate acerca del concepto, y como derivado del mismo de un especial régimen jurídico, pasa por dos cuestiones centrales. El primero hace referencia a plantearse la necesidad de abandonar la tradicional definición de los mismos desde la idea de organización o banda. Al respecto hay que recordar el histórico terrorismo individual y la nueva forma de articularse las células o personas en el terrorismo *yihadista*. En este sentido ya se ha defendido en nuestra doctrina la necesidad de definirlo conforme aparece contenido en nuestra Constitución. En efecto, el artículo 13,3 CE dispone que “*Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*”. Idea que queda corroborada en el mismo texto en su artículo 55 al emplear la expresión de “*elementos*

terroristas”. De suerte que su definición constitucional viene ligada a hechos y personas individuales, por lo que no precisa necesariamente, desde el plano conceptual, del requisito organizativo.

También la técnica legislativa empleada sigue esta misma línea, consistente en la enumeración de conductas que generalmente integran delitos comunes graves junto a la exigencia expresa de una finalidad: intimidar a la población; subvertir el sistema democrático o alteración grave del orden público. Es decir, se adscribe dentro del llamado sistema *mixto subjetivo-objetivo*. La exigencia de finalidad ya se ha dicho que se justifica en la necesidad de diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos violentos cometidos por grupos organizados.

Por consiguiente, en el Derecho español, desde la restauración del sistema democrático, las reformas penales han seguido la orientación dominante en el espacio europeo, en el que se recurre a la exigencia de tres notas definitorias: la comisión de delitos comunes; la finalidad de atemorizar a los ciudadanos; y el fin último, tendente a subvertir el orden político.

Ahora bien, en determinados periodos históricos se ha requerido la concurrencia de jerarquía, disciplina, estabilidad, permanencia y objetivos plurales y se ha sostenido su entendimiento desde la noción de la criminalidad organizada, dado que en la inmensa mayoría de casos los actos de terrorismo se han cometido en el seno de *bandas armadas*, en particular los derivados de grupos nacidos durante el periodo de “la guerra fría” y del movimiento descolonizador. Sin embargo, en el presente, estas organizaciones han desaparecido de casi toda Europa, y prácticamente sólo permanece con cierta actividad el fósil de ETA. Por el contrario, la más grave amenaza ya no proviene de esa clase de grupos, sino de la originada en los movimientos radicales islámicos. En concreto, la aparición de *Al Qaeda*, cuya estructura organizativa es muy difusa, supone de nuevo el giro hacia el pasado, hasta reencontrarnos con la legendaria figura del terrorismo anarquista individual, o cuanto menos con la agrupación

pasajera de personas, sin apenas estructura, ni una jerarquía férrea, ni siquiera con una voluntad de permanencia o con la disposición de armas o explosivos totalmente operativos. Quizás ello nos recuerde la cláusula constitucional, anclada en el acto y su distanciamiento con el problemático deslizamiento hacia un derecho penal de autor. Al que siempre acaba conduciendo la idea de pertenencia o integración en una organización.

Por consiguiente, lo esencial debería ser la prueba de la realización de actos de violencia consistentes en la comisión de delitos comunes y que persiguen una finalidad de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente, a efectos de concepto, si se realizan en el seno de una organización, en el marco de un grupo no estructurado ni permanente, o incluso si se cometen individualmente.

En segundo término y para concluir, el deslizamiento doctrinal y jurisprudencial hacia un concepto de terrorismo articulado en la idea de organización, descansa, consciente o inconscientemente, en una estrategia general de adelantamiento de la intervención penal y en la mayor facilidad probatoria. Esta tendencia, expansiva y en aumento, encuentra su epicentro en la figura anglosajona de la conspiración (*conspiracy*) y en la más extendida de la pertenencia o integración en un grupo, célula, banda u organización. Es decir, se inscribe en una clara orientación actual a renovar toda una serie de cláusulas legales de anticipación a fases anteriores a la tentativa o a la realización de actos preparatorios de concretos delitos. Con ello se facilita notablemente la obtención de información, de datos, de pruebas, de confesiones, delaciones y condenas. A este giro hay que sumar la relajación del test de sospecha, que en muchas ocasiones discurre hacia un entendimiento subjetivo y no objetivo del mismo.

En este contexto es indispensable recordar dos aspectos de gran relevancia en el Derecho penal. Nos referimos por una parte a la dificultad de enjuiciar la responsabilidad individual en los comportamientos realizados en el seno

de un grupo. Es decir, nos enfrentamos ante un problema clásico consistente en aislar la responsabilidad de una persona frente a la de otras que intervienen en el hecho o que también *pertenecen* al grupo. Ello a su vez obliga a clarificar el grado de responsabilidad individual por cada acción cometida “por el grupo”, y también concretar qué responsabilidad autónoma cabe atribuir a un individuo por la simple pertenencia a un grupo criminal. A partir de aquí la discusión deriva en un complejo debate acerca de la autoría y la participación en el seno de las actuaciones en grupos. Así ¿en qué condiciones un hecho no cometido por la propia mano puede atribuirse a título de autor, coautor, inductor, cooperador o cómplice? ¿Es suficiente para ser considerado autor el dar una orden de infringir la ley? ¿Y bajo qué título responden los que se limitan a dar traslado de la orden del superior a los ejecutores materiales? ¿Es necesario y conveniente crear un nuevo concepto de responsabilidad criminal para los dirigentes de una organización? La respuesta depende en gran parte del legislador, de las definiciones legales, pero éstas a su vez quedan muy condicionadas por la aplicación de la jurisprudencia. Y ambas finalmente son tributarias de teorías acerca de los conceptos de autoría mediata e inmediata, coautoría, inducción y complicidad.

Baste ahora recordar la discusión existente y parte del nutrido elenco de soluciones propuestas: desde la propuesta nacida en Alemania de ROXIN, conocida como “unidad funcional”: el ejecutor concreto del delito es fungible y no afecta (disminuye o anula) el dominio del hecho que posee el *hombre de atrás*. De suerte que parece haberse optado por un fundamento autónomo de la autoría mediata en casos de dominio de la voluntad. Por ello ha propuesto su castigo como autores mediatos cuando se trata de “aparatos organizados de poder” (criterio del “dominio de la organización”). La crítica más extendida consiste en que esta fórmula supone un cambio en su configuración, pues la autoría mediata siempre se reservaba para supuestos donde el instrumento es inimputable o semiinimputable, pareciendo

contradictorio afirmar a la vez que una misma persona es un instrumento y es plenamente capaz y consciente. Otra crítica derivaba de su aplicación a muy pocos casos, habida cuenta de la extremada restricción de su concepción reservada a estructuras jerárquicas de organización.

Otra solución propuesta ha sido la de considerarlos a todos como coautores, tanto al que decide como al que ejecuta (MUÑOZ CONDE): en cierta manera realiza el delito dada su proximidad, control y capacidad de decisión, aunque no esté presente en la ejecución. Pero también esta tesis supone un cambio en el concepto de autor y coautor, pues admite junto a la ejecución total o parcial, otras formas de realización conjunta en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución. Se trata de justificar en la idea del “dominio funcional del hecho”. Se esgrimen dos grandes críticas: la falta de acuerdo previo indispensable en todos los supuestos de coautoría y sobre todo la inexistencia de ejecución conjunta.

Otras soluciones pasan por calificar la conducta de los dirigentes como una autoría accesorio: autor tras el autor o autor intelectual (BOCKELMANN/VOLK; JOSHI JUBERT; BOLEA BARDÓN). Pero esta categoría no existe como tal en muchos textos legales, de forma que su aplicación comporta una analogía *in malan partem*. De ahí que gran parte de la doctrina siga aferrada a una calificación conforme a las reglas generales, es decir, castigarlos como inductores y cooperadores necesarios (GÓMEZ RIVERO; ULISES PLASENCIA).

Y cabe oponer otra consecuencia todavía más gravosa al hecho de hacer depender los delitos de terrorismo de la concurrencia de una determinada organización. Recientemente, la Audiencia Nacional ha emitido dos pronunciamientos relativos al terrorismo de una enorme repercusión social. Principalmente por la gravedad y relevancia de los hechos enjuiciados en tales resoluciones: la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, núm. 65/2007, de 31 de octubre, en la que se enjuician los atentados ocurridos en Madrid el

11 de marzo de 2004; Y la aun más reciente sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal, núm. 73/2007, de 19 de diciembre, relativa a EKIN. En la primera de las referidas sentencias, continuando la doctrina establecida por el Tribunal Supremo entre otras, en su sentencia núm. 50/2007, de 19 de enero (fundamento jurídico 46), se hace depender la condición de integrante en una organización terrorista de la continuidad en el tiempo de la disponibilidad del sujeto para la organización. De forma que lo que ha realizado de forma puntual pudiera constituir un delito de colaboración con organización terrorista, se convierte, si pasa a ser reiterado, en un delito de integración en organización terrorista. A este respecto afirma expresamente en el fundamento jurídico II.1 que:

“la diferencia entre el delito de pertenencia con banda armada, organización o grupo terrorista del art. 516 CP y la mera colaboración, está en el grado de integración en la organización terrorista.

Por lo tanto, es la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, al servicio de una estructura jerarquizada criminal-terrorista, y la disponibilidad del sujeto en abstracto para la ejecución de los actos criminales que le encomiende la organización lo que determinará la existencia del delito de integración. Por el contrario, el coadyuvar a los fines criminales de los terroristas con actos concretos de forma ocasional, discontinua o episódica, integraría la colaboración sancionada en el art. 576 CP.

La diferencia entre el delito de pertenencia a banda armada y la colaboración no depende del tipo o clase de acto ejecutado, sino de quien lo ejecute y de su vinculación, permanente o episódica, con el grupo terrorista”.

Si por tanto, a la indiferencia a efectos de determinación de la integración en una organización terrorista de los concretos actos cometidos, sumamos la circunstancia de la existencia de organizaciones paralelas a la que se dedica a la ejecución de lo que deben ser considerados actos terroristas propiamente dichos, puede obtenerse la atribución de la condición

de terrorista a quienes nunca han cometido tales actos. De ahí el fijar la piedra angular del sistema en la determinación de lo que constituye acto terrorista. Pues sólo así se logra atribuir la condición de terrorista exclusivamente a quien comete tales actos. Por el contrario, si el acento se pone en el aspecto de la existencia y la pertenencia a una organización terrorista, ello posibilita que todo aquel que realice actos que no necesariamente tienen por qué ser actos de terrorismo, sea calificado como tal. De ahí a condenar colectivos de mayor o menor amplitud, solo hay un paso.

Así pues, si la especialidad de la que se habló al comienzo de este trabajo pasa a justificarse en el sujeto activo, entonces el Derecho penal especial o excepcional deja de aplicarse a determinadas conductas, a determinados actos y pasa a ser predicable respecto de determinadas personas, desconformándose todo el sistema creado y posibilitándose que la reducción de la medida estándar de ciertas garantías constitucionales, por el que se caracteriza este derecho especial, resulte predicable para todos aquellos que se consideren como (en lo que a nosotros interesa) terrorista, produciéndose una difusión en los límites que permite una expansión desmedida en el ámbito de aplicación cuyo límite efectivo y ulterior queda a la discrecionalidad de quien ostente el poder. De ahí que el Tribunal Supremo pudiera afirmar en el fundamento jurídico tercero de su sentencia núm. 33/1993, de 25 de enero que *“el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”*.

Y en efecto, la comprensión del delito de asociación ilícita como delito de preparación y de peligro abstracto, requiere necesariamente su justificación, en la medida que lo aleja del Derecho penal nuclear y comporta un notable adelantamiento de la intervención punitiva con la consecuente restricción de los derechos

fundamentales. De modo que es imprescindible reflexionar sobre su fundamento y legitimación en el seno del Estado de Derecho.

Sin embargo, curiosamente la discusión sobre estos extremos es sensiblemente menor que la existente sobre otras categorías de la parte general. Este escaso cuestionamiento posiblemente se explique porque estamos enjuiciando, al menos aparentemente, infracciones específicas, esto es, comprendidas en la parte especial y por lo tanto su alcance es, también aparentemente, limitado.

Pero justamente en esta afirmación radica el problema. En efecto, es admisible una mayor preocupación en normas generales que en normas especiales. Pero la tipificación como delito autónomo de la asociación para cometer o preparar cualquier otro delito, aunque formalmente se sitúe en la parte especial, más bien parece configurarse como una auténtica norma de parte general. De nuevo insistir en que esta figura permite castigar a los que realizan conductas de fundación o pertenencia a un grupo con fines criminales, lo que significa que puede aplicarse no sólo a la realización de actos preparatorios de concretos delitos, sino incluso también a su planificación, esto es, a la fase previa a la preparación (o sea, a la preparación de la preparación). Esto es lo que motivó que ya en 1984, SCHROEDER los denominara “delitos contra el Derecho penal”. Porque más que a reprimir delitos contra el orden público, estas infracciones parecen no perseguir la tutela de un interés propio, sino que se dirigen a la protección del resto de tipos contenidos en la parte especial. De ahí que esta figura se califique como delito de peligro abstracto para todos esos diferentes intereses (también RUDOLPHI) y no posea una referencia axiológica propia. Es interesante recordar que, junto al tipo de asociación delictiva, igualmente existen otras categorías penales que integran esta clase de “delitos contra el Derecho penal” (por ejemplo suelen citarse la apología para cometer delitos; o el encubrimiento real y personal entre otros).

Por consiguiente, la duda planteada es si verdaderamente estamos ante un delito au-

tónimo, ante una figura de parte especial, o más bien, materialmente nos encontramos ante una auténtica norma de la parte general. Si lo característico de estas últimas es su generalidad, así lo parece, pues va dirigida a todos los tipos de la parte especial. O al menos a un elevado número de ellos. A idéntica conclusión se llega si admitimos que no tutela bienes jurídicos propios sino que indirecta o mediamente tutela los respectivamente contenidos en los concretos delitos. Es por ello que esta clase de normas sean calificadas de “causas de extensión de la tipicidad” mediante las cuales se adelanta ampliamente la intervención punitiva. Así, más que una norma excepcional se configura como una ampliación general de la punibilidad. A ello se suma que a estos delitos autónomos a su vez le son aplicables las reglas de tentativa, actos preparatorios y participación, de suerte que su amplitud entonces resulta extraordinaria.

En este contexto mayoritariamente se ha situado el fundamento del castigo de estas conductas en su mayor peligrosidad. De modo que se considera más peligrosa la criminalidad de grupo que la individual, en la medida que facilita la comisión de delitos, por los siguientes factores. Primero, porque en el seno del grupo se reducen o excluyen las tendencias de inhibi-

ción y los sentimientos de responsabilidad que si actúan en la delincuencia individual. Segundo, porque las asociaciones permiten la organización, es decir, la construcción de estructuras orientadas a la planificación y comisión de delitos, así como la ulterior huida y encubrimiento de los mismos y de sus autores.

Todo ello ya ha sido y es objeto de una considerable polémica doctrinal en el campo del derecho penal sustantivo y procesal. Pero esta discusión debe continuar en la medida que afecta gravemente a nuestros derechos fundamentales y escapa en muchos casos a un auténtico control judicial. Ahora bien, en el otro extremo de la balanza, frente a la amenaza del nuevo terrorismo, a nadie escapa que la mejor estrategia es la anticipación. Anticipación que debe quedar reflejada en procedimientos de investigación e inteligencia formalizados, esto es, sujetos a la ley, dentro de la máxima transparencia posible. Y quizás nada mejor para este fin que cimentar el concepto jurídico de terrorismo sobre los actos, sobre los hechos, y no sobre difusas categorías como pertenencia, integración, o colaboración, que posibilitan una aplicación del Derecho penal difícilmente calculable.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARQUILA, J., y RONFELDT, D., *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime and Militancy*, RAND, Santa Mónica, 2001.
- ARROYO ZAPATERO, L., “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pp. 379-426.
- “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma política y derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional “Menéndez Pelayo”*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 155-210.
- ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidon*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 41-85.
- BAEZA AVALLONE, V., *Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/1987 y 82/1978*, en *Escritos Penales*, 1979, pp. 31-57.
- BARBERO SANTOS, M., “El bandolerismo en la legislación vigente”, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, pp. 211-283.
- “Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el decreto de 21 de septiembre”, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, 1971, pp. 253-286.
- BRET, C. B., “Terrorism, Globalization and the rule of law: the definition of terrorism and the Challenger of relativism”, *27 Cardozo L. Rev.* 1987, 2006.
- BERES, L. R., “The Meaning of Terrorism-Jurisdictional and Definitional Clarifications”, *28 Vand. J. Transnat'l L.* 239, 239, 1995.
- BUENO ARÚS, F., “Aspectos jurídicos del terrorismo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980, pp. 51-89.

- "Principios generales de la legislación antiterrorista", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, pp. 135-145.
- CADALSO, F., *El anarquismo y los medios de represión*, Romero, Madrid, 1896.
- CAMPO MORENO, J. C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COLE, D., *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, The New Press, New York, 2005.
- CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo. Su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- DE PRADA SOLAESA, J. R., "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", en *Jueces para la democracia*, núm. 25, 1996, pp. 73-77.
- DUFFY, H., *The "War on Terror" and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, 2005.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Ley de Partidos Políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- "JARRAI-HAIKA-SEGI: De asociación ilícita a organización terrorista", en *Revista Penal*, núm. 17, enero 2006, pp. 95-109.
- FLETCHER, G. P., "The indefinable concept of terrorism", en *Journal of International Criminal Justice* 4 (5), November 2006, pp 894-911.
- GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo. Aspectos criminológicos y legales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- GARCÍA VALDÉS, C., "La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 293-303.
- GASSER, H-P, "Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law", en *International Review of the Red Cross*, 847, 2002, pp. 547-558.
- GÓMEZ BENITEZ, J. M., "Crítica de la política penal del orden público", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 49-92.
- GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., 2006. "El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas", en GÓMEZ COLOMER, J. L., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Terrorismo y Proceso penal Acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-127.
- "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: el desafío del nuevo terrorismo", en "Retos de la política criminal actual", *Revista Galega de Seguridade Pública (REGASP)*, núm. 9, Xunta de Galicia, 2007, p. 233 a 252.
- GUTIÉRREZ LANZA, G., "Notas sobre los delitos de terrorismo", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, 1975, pp. 35-113.
- HEYMAN, P.B., *Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2003.
- *Terrorism and America: a Commonsense Strategy for a Democratic Society*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- HOFFMAN, B., *Inside terrorism*, Columbia University Press, 2006.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985.
- "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 535-559.
- "La última recepción de la normativa antiterrorista en al legislación común", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 954-988.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.
- LAQUEUR, W., *No end to war: Terrorism in the twenty-first century*, Continuum, New York, 2003.
- MARTÍNEZ GARAY, L., "El Nuevo delito de pertenencia a "organizaciones y grupos criminales" (art. 385 bis) en el proyecto del Código penal", en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, núm. 7, mayo 2007.
- MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, CEF, Madrid, 2005.
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- MURPHY, S.D., "Terrorism and the concept of "armed attack" in article 51 of the U.N. charter", en *Harvard International Law Journal* 43 (1), pp. 41-51.
- NOTEBOOM, A. J., "Terrorism: I Know It When I See It", en *University of Oregon Oregon Law Review*, Summer, 2002, 81 Or. L. Rev. 553
- OTTENHOF, R., "¿Terrorismo o terrorismos?" Diálogo sobre un singular plural", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 947-953.

- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso EKIN)", en *La Ley* 10167/2008.
- PERRY, N. J., "The numerous federal legal definitions of terrorism: the problem of too many grails", en *Journal of Legislation Journal of Legislation*, 2004, 30.
- PORTILLA CONTRERAS, G., "Terrorismo de Estado: Los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)", en VV. AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 2, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pp. 501-530.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 89-126.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en VV. AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 2, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pp. 646-681.
- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Dykinson 2005.
- SCHMID, A., "Terrorism on trial": Terrorism. The definitional problem", *36 Case W. Res. J. Int'l L.* 375, 2004.
- SOLL, G., "Terrorism: The known element no one can define", *11 Willamette J. Int'l L. & Dispute Res.* 123, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tecnos, Madrid, 1988.
- WALDMANN, P., "El terrorismo: concepto, estrategia y alcance", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 1998, pp. 183-208.
- WANDA VON BAEYER, K., "Voz Terrorismo", en *Marxismo y Democracia, Tomo sociología 4*, Madrid, 1975, pp. 132-149.
- WARDLAW, G., "Political Terrorism, theory, tactics, and counter-measures", en *Cambridge University Press*, Second Edition, 1989.
- ZEIDAN, S., "Agreeing to Disagree: Cultural Relativism and the Difficulty of Defining Terrorism in a Post-9/11 World", *29 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 215, 2006.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 12 de marzo de 2008.

RESUMEN

El artículo analiza las repercusiones que sobre algunas libertades políticas tiene el actual discurso de la inseguridad y la emergencia cuando se proyecta sobre la legislación antiterrorista, que es, sin duda, el área criminal de la expansión y la excepcionalidad por antonomasia.

Aquí se pretende advertir una vez más de los riesgos que ello comporta, focalizando la atención sobre el impacto que todo ello puede llegar a tener sobre tres libertades políticas nucleares: la libertad de asociación, la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de expresión, cuyas posibilidades de vulneración resultan hoy acrecentadas, entre otras causas, por la aparición de un nuevo terrorismo con respecto al cual ya son demasiados quienes propugnan un tratamiento diferenciado frente al que se otorga al viejo terrorismo y, por tanto, basado en la doblemente peligrosa idea de que cabe la excepción de la excepción.

PALABRAS CLAVE

TERRORISMO, LIBERTADES POLÍTICAS, LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD RELIGIOSA, LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.

ABSTRACT

This article analyses the consequences that the current discourse on lack of safety and emergency has on certain political freedoms when it is applied to antiterrorist legislation which is, undoubtedly, the criminal area of expansion and exceptionality par excellence. This is an attempt to warn once more against the risks that the above-mentioned idea entails. Attention is drawn to the impact that it all can have on the three fundamental freedoms: freedom of association, freedom of ideology, religion and worship, and freedom of speech. Today, the chances to violate them have increased, among other reasons, because of the emergence of a new form of terrorism in the face of which too many people advocate for a differentiated treatment to that given to the old form of terrorism. Therefore, this treatment is based on the doubly dangerous idea of exception within exception.

KEY WORDS

ANTITERRORIST LEGISLATION, FREEDOM OF IDEOLOGY, RELIGION AND WORSHIP, AND FREEDOM OF SPEECH

TERRORISMO Y LIBERTADES POLÍTICAS

María Luisa Cuerda Arnau

Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

Sumario: 1. Introducción: la generalización del derecho penal de excepción. 2. Las libertades políticas ante el nuevo terrorismo. 3. El derecho de asociación: límites penales y otros mecanismos de control: A) Consideraciones generales sobre el delito de asociación ilícita. B) La ilegalización de formaciones políticas. C) El control de la financiación del terrorismo. Excurso. 4. Límites al ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Planteamiento general. 5. Tratamiento jurídico-penal de las conductas apologeticas: A) La apología como forma de provocación (art. 18.1.2 CP). B) El reclamo público de acciones violentas (art. 170.2 CP). C) El delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP). Algunas repercusiones de la STC 235/2007. D) Delitos de expresión, derechos fundamentales y principios constitucionales: a) Consideraciones acerca del ámbito constitucional de la libertad de expresión. b) Apología del delito y principio de ofensividad. Cuestiones previas. c) Bien jurídico, proporcionalidad y apología. d) El bien jurídico como *prius* lógico del principio de proporcionalidad. La teoría procedimental del bien jurídico de Vives Antón. e) Proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales. f) Apología del delito y principio de legalidad. Nota bibliográfica.

A Tomás S. Vives Antón

1. INTRODUCCIÓN: LA GENERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN*

Ya en un célebre Congreso celebrado del 3 al 6 de octubre de 1999 en la Academia de Ciencias de Berlín, insignes penalistas, alemanes y foráneos, tuvieron ocasión de repasar muy críticamente el estado actual de la llamada Ciencia del derecho penal, cuyas insuficiencias frente a las nuevas realidades se pusieron de manifiesto en la mayoría de las ponencias. El debate no sólo continúa, sino que la necesidad de profundizar en el mismo resulta cada vez

más acuciante porque, como reza el atinado título que los Dres Campo Moreno y González Cussac dieron al curso que dirigieron en la sede madrileña del CGPJ del 11 al 14 de junio de 2007, la excepción empieza a dejar de serlo.

Sin duda, ha aumentado la complejidad del escenario ante el que el derecho penal se enfrenta, donde la efectiva aparición de nuevos riesgos que aumentan exponencialmente en función del progreso técnico convive con la aceleración de los ritmos económicos, con la liberalización de los mercados y, en suma, con cuantas características definen a la globalización, de la que la integración supranacional no es más que un aspecto concreto. Pero junto a eso, la sociedad

* El presente artículo se inscribe en parte en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia con código SEJ 2005-04209

postindustrial es también la encarnación del fracaso del modelo del Estado del bienestar. Al desempleo o a la inestabilidad laboral vienen a sumarse fenómenos tan comprensibles como imparables cual son las migraciones y el conjunto de injustos efectos que de ordinario las acompañan. Exclusión social y enfrentamiento cultural son buena base para que fructifiquen los fanatismos. La irrupción de fundamentalismos nacionalistas o religiosos y el peligro que representa el terrorismo internacional conforman un panorama nada alentador, en el cual junto a nuevas formas delictivas surge también un tipo de criminalidad distinto, caracterizado por las ideas de organización, poder económico y transnacionalidad. La sensación social de inseguridad —se corresponda o no con la existencia objetiva de los riesgos— y las demandas de seguridad (incluyendo a la cognitiva) pueden servir para cerrar el círculo de fuego en el que el derecho penal está llamado a cumplir una función sobre cuyo contenido y alcance existe cada vez menos consenso.

Aun así, entre el desconcierto, el legislador penal sigue inmerso en su tarea y desde luego la desempeña a fondo, impulsando una hasta ahora desconocida expansión del derecho penal cuyas características han hecho saltar todas las alarmas y han motivado un fructífero debate sobre los fundamentos mismos de nuestra disciplina. Sin embargo, el que pueda ser exacto el diagnóstico sobre “la imposible situación del derecho penal”, según la ya clásica colectánea de la Escuela de Frankfurt, no puede llevarnos a desconocer que los retos ante los que se enfrenta exigen algún tipo de respuesta y que algunas de las críticas que los defensores de la llamada modernización del derecho penal han hecho al con sorna denominado discurso de resistencia no son tan insensatas como algunos pretenden presentarlas.

Con todo, el problema sigue siendo el déficit de legitimidad que se advierte en algunas de las alternativas que mayor calado están teniendo en nuestra realidad jurídica precisamente porque son las que mejor responden no ya al aseguramiento de los bienes a costa de la seguridad jurídica, sino, sobre todo, a la necesidad

de gozar de seguridad cognitiva, aunque lo sea a costa de la libertad. Así es como el llamado “derecho penal del enemigo” se pretende alzar como exponente de un derecho penal acorde con los nuevos tiempos. Frente a ello, como ya hiciera Eser en su alocución final en el Congreso berlinés, hay que apelar a la responsabilidad que tiene el “científico” del derecho penal de tomar conciencia de las consecuencias externas de sus postulados. A todos nos corresponde, pues, poner de manifiesto la imposibilidad lógica de que coexistan un derecho penal del ciudadano y una legislación de guerra. Y nos corresponde también oponernos a fabricar construcciones destinadas a convertirse en un instrumento de legitimación de estos modelos cuando no en cómplice servil de sus excesos.

Con ese objetivo, aquí se analizarán algunas de las más claras repercusiones que sobre algunas libertades políticas tiene el discurso de la emergencia cuando se proyecta sobre la legislación antiterrorista, un ámbito donde aquellas ideas, en el fondo no tan nuevas, se dejan sentir con más fuerza. Así ha sido históricamente y así han venido a ratificarlo las últimas reformas, que han llegado al extremo de crear incluso en el marco del derecho penal de menores un subsistema específico, lo cual es tal vez la mejor muestra de que el terrorismo es el área criminal de la expansión y la excepcionalidad por antonomasia. No se trata aquí, sin embargo, de ofrecer una visión general del problema, sino más bien de focalizar la atención sobre el impacto que todo ello puede llegar a tener sobre tres libertades políticas nucleares: la libertad de asociación, la libertad ideológica, religiosa y de culto y la libertad de expresión, cuyas posibilidades de vulneración resultan hoy acrecentadas, entre otras causas, por la aparición de un nuevo terrorismo con respecto al cual ya son demasiados quienes propugnan un tratamiento diferenciado frente al que se otorga al viejo terrorismo y, por tanto, basado en la doblemente peligrosa idea de que cabe la excepción de la excepción.

2. LAS LIBERTADES POLÍTICAS ANTE EL NUEVO TERRORISMO

Resulta una obviedad decir que el tratamiento jurídicopenal del terrorismo siempre ha constituido una amenaza permanente para las libertades políticas. Que esto siga siendo así en la actualidad no representa, pues, novedad alguna. Sin embargo, lo que ya no está tan claro es que la naturaleza e intensidad de la amenaza sea la misma de antaño. La irrupción de un nuevo terrorismo sobre cuyas características estructurales no es momento de detenerse motiva en gran medida un cambio de perspectiva que se proyecta sobre el referido recorte de libertades. Atentados como el 11-S, el 11-M o el acontecido en 2005 en el metro de Londres sitúan a los Estados ante una amenaza global difusa y geográficamente dispersa que, por primera vez en la historia de los fenómenos terroristas, no sólo persigue objetivos políticos y estratégicos que no están limitados a un ámbito territorial determinado, sino que, además, emplea estrategias de ataque distintas a las utilizadas hasta ahora por los grupos terroristas “domésticos”. La utilización de armas con un potencial de destrucción indiscriminado, el empleo de medios informáticos para boicotear los centros neurálgicos de las sociedades modernas (desde las infraestructuras básicas a los sistemas económicos y financieros) o el control de los flujos migratorios con el fin de promover el asentamiento y posterior desarrollo de futuros acólitos son sólo algunos ejemplos de la nueva realidad ante la que nos enfrentamos. Una realidad tristemente marcada por el proyecto de una *yihad* global auspiciado por Al Qaeda y otras organizaciones salafistas violentas que presupone necesariamente acciones de proselitismo activo y apoyo financiero a las que no son ajenas asociaciones de signo muy diverso, de entre las cuales merecen destacarse las mezquitas, escuelas coránicas y otros centros de oración.

Todo ello ha contribuido a la introducción de drásticos cambios en el modelo de lucha contra el terrorismo, con respecto al cual España queda, por fortuna, mucho más acá de lo

que se ha llegado no ya en los Estados Unidos, sino en algunos países de nuestro entorno más cercano

Curiosamente, ese trascendental cambio a que aludía no sólo no ha provocado reacciones contrarias al recorte de libertades, sino que, antes al contrario, fructifica bajo la complaciente mirada de la mayoría de la sociedad, incluidos sectores tradicionalmente críticos con los excesos del poder estatal. En ello ha influido, sin duda, la sensación de mayor vulnerabilidad que todos sentimos frente a atentados indiscriminados y de dimensiones como las que ya conocemos. Esa tendencia es, qué duda cabe, un elemento más de los que singulariza el marco ante el que el legislador actual se sitúa.

A esa novedad, llamémosla sociológica, viene a sumarse otra que es tanto o más preocupante que la anterior por cuanto involucra a quienes en teoría debieran garantizar los derechos y libertades que hoy más que nunca desde que la democracia se instaurara en nuestro país se ningunean sin que a nadie parezca importarle demasiado. En este sentido, el tratamiento jurídico dispensado al asunto Parot o al caso De Juana Chaos por la jurisdicción ordinaria son, tal vez, el mejor ejemplo de lo que digo. Y así es por cuanto ambos trajeron los vientos autoritarios que envuelven a todo derecho penal de autor. Según ese esquema, Parot y De Juana sólo eran despreciables asesinos reincidentes y, por tanto, no debían ser excarcelados. ¿Qué importancia podía tener que para mantener a Parot en prisión fuera preciso vulnerar el principio de legalidad, alterando drásticamente el sentido de lo dispuesto en la regla 2ª del art. 70 CP 1973 y rompiendo con una tradición aplicativa, esto es, con unas prácticas que son, a la postre, lo único capaz de deparar la seguridad jurídica que ni la mejor dogmática está en condiciones de ofrecer? Por lo que a De Juana respecta, ¿por qué no había que buscar motivos que impidieran su libertad inmediata? Lo dijo hasta el ministro de justicia y, desde luego, tan decidido fue el empeño que, como se recordará, la primera petición del fiscal por la autoría de los dos polémicos artículos escritos en el año 2004 ascendía a no-

venta y seis años de prisión. A fin de cuentas, hay figuras delictivas como las amenazas o el enaltecimiento del terrorismo que —como ya en su momento demostró el tipo de colaboración en el asunto de la mesa de HB— son muy flexibles y determinadas interpretaciones de los mismos pueden pasar los filtros de la constitucionalidad que, como es sabido, no alcanzan a cribar interpretaciones simplemente incorrectas. Es por ello que la reciente inadmisión a trámite de la demanda interpuesta por De Juana no puede ser entendida como un refrendo de aquella, a mi modo de ver, sesgada e inadecuada interpretación que en su momento se hiciera de los tipos finalmente aplicados (ATC 9 enero 2008; vid especialmente FJ 4, letra A).

Con todo, tal vez lo más grave no es tanto el que puedan existir resoluciones judiciales discutibles. Eso ha existido y existirá siempre. El verdadero problema es la sin razón que parece haberse apoderado de importantes sectores de la sociedad española, capaces de organizar manifestaciones públicas frente a decisiones a favor de la libertad que les resultan injustas; concepto naturalmente que nada tiene que ver con lo que diga la ley. Una vez más, De Juana volvió a ser protagonista del escándalo con la concesión de un régimen de prisión atenuada que, guste o no, le garantizaba la ley. En ese contexto, se explica que en relación con la STS 197/2006 dictada en el caso Parot se dijera que representaba el triunfo del Estado de Derecho contra el terrorismo de ETA, pese a que como ya entonces subrayó Vives Antón la tan celebrada “interpretación novedosa” no parece una victoria del Estado de Derecho, sino más bien una grave claudicación de éste: una renuncia singular a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables y, también, una renuncia singular de la sumisión de los jueces a la ley (*Tol* 817709). Y es que, sin duda, la ley y la imparcialidad judicial están sufriendo embates a los que resistirse resulta cada vez más difícil. Nada de esto, sin embargo, parece importarles a los movimientos involucionistas, dedicados a hacer declaraciones públicas a favor del establecimiento de regímenes de excep-

ción que —imaginan— nunca les serán aplicados. La cuestión es, sin embargo, si incluso ellos estarían realmente dispuestos a aceptar la existencia no ya de normas excepcionales, sino de normas excepcionales *permanentes*. Esa es una característica estructural del nuevo terrorismo y, por tanto, aquella contradicción en los términos es la paradoja a la que aboca la nueva realidad, pues hoy está más claro de cuanto lo estuvo nunca que la amenaza del terrorismo no es —como, correctamente o no, se predicaba del viejo terrorismo— algo transitorio.

3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN: LÍMITES PENALES Y OTROS MECANISMOS DE CONTROL

A) CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA

Como es bien sabido, la CE introdujo un cambio trascendental en el tratamiento de que venían siendo objeto en el CP las asociaciones ilícitas, configurando el ámbito de lo penalmente sancionable conforme a los principios básicos de un régimen democrático. En su virtud, los límites penales al derecho reconocido en el art. 22 del texto constitucional quedan circunscritos a las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito o bien se trate de asociaciones secretas o de carácter paramilitar, que resultan en todo caso prohibidas (art. 22.5 CE). Por su parte, el CP de 1995 introdujo algunas novedades en la definición de las asociaciones ilícitas, ampliando el catálogo de las mismas al incorporar un numeral que pretende dar entrada a las sectas (art. 515 nº 3) y al enmenchar el ámbito de las que promueven la discriminación, la violencia o el odio contra grupos determinados (art. 515 nº 5), modalidades que, a diferencia de las organizaciones terroristas —también explícitamente incorporadas en 1995—, era más discutible que tuvieran cabida en el texto penal hasta entonces vigente. Por lo demás, la LO 11/2003 incluyó entre las asociaciones ilícitas

del nº 1 las que tengan por objeto la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

Ese es, pues, el marco del delito de asociación ilícita: una figura que, como magistralmente se ha encargado de demostrar García-Pablos, es el instrumento más poderoso que tiene el legislador para luchar contra todo tipo de criminalidad grupal, en la medida en que responde a una técnica de anticipación cuya efectividad a dicho fin no está necesitada de mayor glosa. Ahora bien, como también García-Pablos se encargó de señalar, en dicha técnica radica asimismo el peligro que tipos de esta naturaleza representan para las libertades. Esta circunstancia y el dato incontestable de que esta figura ha servido históricamente para cercenar las más variadas formas de disidencia, impiden bajar la guardia. Esta es una cuestión de la que se han ocupado con detalle ilustres monografistas del tema y, por ende, no es preciso reiterar aquí lo que otros han dicho de manera admirable. La única novedad radica en que ahora hay que ampliar los términos del debate.

En la actualidad, no sólo hay que seguir profundizando en el concepto de organización o grupo terrorista a los efectos, entre otras cosas, de darles entrada en el nº 2 del art. 515 CP, sino que hay que volver los ojos hacia otras modalidades de asociación ilícita que o bien no son de las que cabe calificar como organizaciones terroristas, o bien no pueden ser fácilmente reconducidas al nº 1 del mismo precepto.

En esa dirección, la estructura de funcionamiento del nuevo terrorismo —esencialmente difuso— se aparta sustancialmente de la definición tradicional de organización terrorista, lo cual como ha dicho González Cussac (2007b) obliga a reformular el concepto de organización o grupo terrorista, tradicionalmente asentado en un determinado entendimiento de las notas de jerarquía, disciplina, estabilidad y permanencia. De hecho, como en un video que difundió el Canal Cuatro en 2006 se oía decir a Setmarian —el conocido terrorista sirio español fundador de la primera célula de Al Qaeda en España en los años noventa—

“Al Qaeda no es una organización; tampoco es un grupo, ni queremos que lo sea (...)” y, en efecto, su metodología difiere sustancialmente de lo que hasta ahora conocíamos. El propio Setmarian abogaba por la creación de pequeñísimas células independientes en su conocido manual a favor de la *yihad* mundial, basada más en la afinidad ideológica entre los individuos y los grupos que en la existencia de interdependencia o jerarquía. Ante ese estado de cosas, resulta especialmente trascendente la orientación seguida por la STS nº 50, de 19 de enero de 2007 (*Tol 1042383*) recaída en el asunto Jarrai-Haika-Segi, cuyas conclusiones, como es obvio, no son únicamente extensibles al denominado terrorismo doméstico. Pues bien, como se sabe, la sección cuarta de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional dictó sentencia (SAN 27/05, de 20 de junio) en la cual optaba por calificar a dichas organizaciones como asociaciones ilícitas del nº 1 del art. 515, rechazando, por tanto, su consideración como organizaciones o grupos terroristas. Por el contrario, el TS aun sin olvidar la exigencia constitucional de interpretar los conceptos de organización terrorista y banda armada de manera restrictiva y siempre en conexión con el peligro que representan para el conjunto de las instituciones y el orden democrático (SSTC 199/1987 y 89/1993), se inclinó por subsumirlas en aquel concepto, matizando algunas afirmaciones hechas por la AN y precisando otras cuestiones que son las que ahora interesan. Por una parte, se insiste en considerar que no obsta a la calificación de organización el hecho de que Jarrai, Haika y Segi presenten lo que el TS denomina una estructura “desestructurada” (FJ 44º), del mismo modo que no empece a estimar que concurre la nota de permanencia y estabilidad el hecho de que, como se lee en la STS, se trate de una serie de asociaciones que se han sucedido en el tiempo, pues lo determinante es la identidad sustancial de sus miembros y la continuidad de actividades (FJ 46º). Por último, el TS se aparta del criterio sostenido en la instancia en lo que respecta al carácter armado de las citadas organizaciones y a la supuesta ausencia del elemento subjetivo, elementos que interpreta en la línea defendida

por Fernández Hernández (2006) ya antes de que recayera esta resolución. Así, el TS pone el acento en el hecho de que las tres organizaciones en cuestión complementan la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados, utilizando artefactos explosivos o incendiarios que causan daños, coaccionan y amenazan a los ciudadanos o menoscaban vehículos de transporte público. Dichos actos, concluye el tribunal, son todos ellos de contenido e intención conminatorios y persiguen producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87 o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social. Por último, el TS insiste —y ello es importante— en la irrelevancia a los efectos de estimar concurrente el referido elemento subjetivo el que dicha finalidad concorra con otras lícitas, algunas incluso de contenido social; lo cual, como se dice en la sentencia, responde tanto a un enmascaramiento de los verdaderos objetivos, como a la utilización de todas las reivindicaciones, pretextos y banderines de enganche imaginables para penetrar lo más profundamente posible en el tejido social(FJ 46º)

Junto a lo anterior, la nueva perspectiva desde la que hay que enfocar el viejo problema aconseja, por otra parte, no perder de vista que la figura de la asociación ilícita proyecta de manera inmediata su sombra sobre las asociaciones de naturaleza política y sobre las de carácter religioso, lo que conlleva el riesgo de que pueda ser utilizada para combatir la disidencia ideológica y obliga, en consecuencia, a realizar una llamada a la prudencia ante una indebida aplicación del tipo, máxime cuando lo que esté en juego sea el derecho de asociación que se ejerce a través de los partidos, hipótesis en la que resulta ocioso señalar que el referido derecho cumple una función indiscutiblemente más relevante. De hecho, la absoluta excepcionalidad que debe presidir la injerencia penal en el ejercicio del derecho de asociación política y el dato de que históricamente pueda estimarse concluido el proceso de retirada del

derecho penal de este ámbito no es ajeno al resurgir de otras propuestas de control a las que luego nos referiremos. Por el momento, me interesa subrayar las posibilidades que para hacer frente a las actividades desarrolladas por determinadas agrupaciones religiosas, centros culturales y de reunión o, incluso, por ciertas ONG's de inspiración fundamentalista ofrece lo dispuesto en el nº 5 del art. 515, a cuyo tenor, se reputan ilícitas las asociaciones “que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o *inciten a ello*”. Como es sabido, dicha prescripción tiene su origen en el art. 173.4º del CP 1973 donde se introdujo una modalidad limitada a la provocación a la discriminación que en el CP 1995 se vió ampliada como respuesta frente a determinados grupos de ideología neofascista que promueven la discriminación racial, al tiempo que propugnan el reestablecimiento de regímenes inspirados en el naciismo. A partir de ahí, la redacción que finalmente se ha dado al precepto hace de él un instrumento sumamente —quizá demasiado— maleable, capaz de dar entrada no sólo a las conductas de promoción o incitación a la discriminación, sino también a otras de naturaleza distinta cuya constitucionalidad ha sido seriamente cuestionada (Bernal). Así es desde el momento en que la norma incorpora una genérica referencia a la promoción o incitación a la violencia; lo cual, según un importante sector de la doctrina, no exige ni que se proyecte sobre un acto violento concreto, ni tampoco que aquella sea la actividad programática de la asociación; bastando, pues, con que no se trate de una acción ocasional o aislada. En cuanto a esto, sobra insistir en que lo determinante es la línea de actuación de la asociación en cuestión, toda vez que raramente sus normas internas de funcionamiento consagrarán tal objetivo entre los perseguidos. Por lo demás, qué duda cabe de la mayor flexibilidad inherente a la modalidad consistente en la promoción/incitación al odio, cuya problemática desde la perspectiva

de un derecho penal del hecho obliga, sin embargo, a reduplicar las cautelas que debe presidir cualquier interpretación del numeral que estudiamos y, sin duda, a poner el acento en la peligrosidad de la acción (Laurenzo). En todo caso, la sanción individualizada de actos concretos susceptibles de ser inscritos en preceptos como el art. 510 o el art. 578 podría facilitar el que pudiera prosperar una subsiguiente acción penal por el delito de asociación ilícita con la consiguiente disolución de la misma.

En la misma línea, no puede desconocerse el apoyo financiero y logístico que determinadas organizaciones deparan ya directamente a individuos pertenecientes a grupos terroristas, ya a la organización como tal, coadyuvando con fondos al mantenimiento de su estructura, financiando actividades concretas promovidas por la misma, ostentando formalmente la titularidad de bienes que pertenecen al grupo terrorista, etcétera. Nadie discute que una conducta de esa naturaleza se inscribe sin dificultad en la figura de cooperación con organizaciones terroristas prevista en el art. 576 CP. Sin embargo, las dificultades probatorias inherentes a este tipo de conductas exigen la adopción de estrategias de investigación que aseguren el éxito de una acción penal por aquel concepto. A tal efecto, el control financiero de las referidas organizaciones resulta absolutamente imprescindible.

B) LA ILEGALIZACIÓN DE FORMACIONES POLÍTICAS

Como es bien sabido, los partidos políticos son asociaciones privadas que cumplen una función pública trascendental en nuestro sistema democrático al ser instrumentos de representación política y de formación de la voluntad popular. Esa doble faceta motiva, de un lado, que aquellos gocen de la doble protección que depara el juego combinado de los artículos 6 y 22 CE.; pues si, como ya dijera desde antiguo García-Pablos, sin un efectivo derecho de asociación no puede hablarse de pluralismo político, ¿qué decir cuando ese derecho de asociación se proyecta sobre entes

cuya finalidad es la de incidir directamente en la dirección democrática de los asuntos públicos, contribuir al funcionamiento institucional y provocar mejoras desde el ejercicio del poder político (STC 85/1986, de 25 de junio, FJ 2).?

Ahora bien, precisamente el hecho de tratarse de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones explica también las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone tanto en relación con su estructura interna y funcionamiento como en lo que afecta al respeto a la Constitución y a la Ley. Justamente, su cualificación funcional, sin desvirtuar la naturaleza asociativa que está en su base, eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio (STC 48/2003, FJ 6 y 7).

En consonancia con lo anterior, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP) es el marco que concreta cuáles son esas exigencias constitucionales de organización y funcionamiento democráticos de los partidos, cuya nueva disciplina legal ha sido, sin embargo, objeto de enconados debates. De hecho, como se recordará, el Gobierno Vasco interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la LOPP a la que se objetaba la vulneración del derecho de asociación política, de reunión y manifestación y de participación política, así como de las libertades ideológica y de expresión, entre otras. Y, si bien es cierto que el recurso no prosperó, no lo es menos que el TC dictó una sentencia interpretativa, esto es, una resolución que es, en el fondo, una sentencia de inconstitucionalidad en la medida en que expulsa del ordenamiento determinadas interpretaciones de la LOPP, que, a partir, de la STC 48/2003, de 12 de marzo (*Tol 241992*) debe ser interpretada —aunque algunos lo olviden— en los términos señalados en la misma (cfr. especialmente FJ 10, 11, 12, 13, 16, 20 y 21).

Así las cosas, el carácter interpretativo de la mencionada resolución —sobre cuyo alcance habría mucho que decir— salvó la constitucionalidad de la LOPP pero no pudo aquietar las duras críticas que a la ley y, en parte, a la sentencia han dedicado señeros especialistas en la materia, cuyas extensas consideraciones merecen una lectura detenida y no una reproducción parcial como la que necesariamente habría de producirse aquí (vid por todos Fernández Hernández 2008b). Es más, resultaría alentador poder decir que los acalorados —y, por otra parte, interesados— discursos con que se pretende dar explicaciones a los últimos acontecimientos se ilustran en aquellas fuentes y, compartan o no sus puntos de vista, contribuyen con ello a una reflexión serena sobre los contenidos de la LOPP. Lamentablemente, nada queda más lejos de la realidad.

Como se sabe, el pasado día 25 de enero de 2008, el Consejo de Ministros formalizó la decisión de poner en marcha el proceso de ilegalización de ANV y el PCTV. De conformidad con lo anterior, se han presentado ante la Sala especial del art. 61 LOPJ las correspondientes demandas de ilegalización contra PCTV y ANV, fundadas básicamente en las supuestas vinculaciones de estos dos partidos con la ilegalizada Batasuna y con el entramado de ETA. Concretamente, la ilegalización se articula, entre otras causas, a partir de la existencia de una estrategia económica común entre el PCTV, la formación ANV y Batasuna, sustentada sobre un sistema de caja común única desde el que se realizaban los correspondientes pagos tanto para las necesidades del PCTV y de ANV como para los de la Mesa Nacional de Batasuna, siendo generalizada la contratación por parte del PCTV de personas relevantes de las formaciones ilegalizadas, así como la realización de transferencias desde una de las cuentas del PCTV a diferentes cuentas bancarias localizadas en el extranjero de las que eran titulares significados miembros de Batasuna. Asimismo, se aduce la utilización común de la sede social del PCTV para archivar su contabilidad y la de ANV, además de las facturas de gastos de dirigentes de Batasuna relacionadas

con actos políticos dirigidos a la opinión pública. A raíz de todo ello, el TS [ATS 8 febrero 2008 (*Tol 1244620*)] medidas cautelares tan gravosas como la exclusión de las candidaturas de ANV de las elecciones del 9 de marzo, así como la suspensión de la financiación al PCTV y a ANV, rechazando con buen criterio acordar algunas otras que, sin embargo, sí han sido adoptadas por el Juzgado Central de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en el curso del Sumario 4/2008 que se sigue por el delito de integración en organización terrorista, colaboración con organización terrorista del art. 576 y por asociación ilícita del art. 515.1, así como por un delito de defraudación de subvenciones públicas de los artículos 308 y 309 del Código Penal y/o de malversación de caudales públicos (Autos de 8 de febrero de 2008).

Pese a la indiscutible trascendencia que tiene la posibilidad de que en el proceso de ilegalización se puedan adoptar semejantes medidas, ello no debiera llevar a desconocer que el fundamento legal del actual proceso dista de los que han inspirado algunos otros intentos (cfr., vg. proposición no de ley presentada instando la ilegalización del PCTV por el Grupo parlamentario Popular el 2 de febrero de 2007 o la moción presentada por el mismo grupo parlamentario el 25 de mayo de 2007, por la que se instaba al Gobierno a que solicitara la ilegalización de ANV), cuya característica diferencial frente al que ahora nos ocupa lo constituye el hecho de fundamentar la pretensión de ilegalización en una de las causas de más difícil interpretación por su discutible encaje en nuestro sistema de libertades (art. 9. 3, letra a LOPP). En efecto, es sabido, por ejemplo, que la ya citada proposición no de ley por la que se pretendía que el Gobierno instara la ilegalización del PCTV-EHAK tenía su principal núcleo argumental en la circunstancia de que tal formación política hubiera “expresado su voluntad de negar o evitar la condena de un acto terrorista, con lo que se ha situado en una postura imposible de justificar en un partido democrático”. Sin embargo, los indiscutibles problemas interpretativos que acompañan

a la previsión contenida en el art. 9. 3, letra a) LOPP explican por sí solos los reparos de constitucionalidad que se le han opuesto (Fernández Hernández 2008b). El hecho de que el TC haya expuesto las razones por las que, en determinados casos y bajo ciertas circunstancias, es posible extraer consecuencias jurídicas de un silencio (vid. STC 48/2003, FJ 10; 5/2004, FJ18; 99/2004, FJ 19), no quita el que ésta sea, sin duda, la más endeble de las causas en que apoyar una pretensión de ilegalización, tan endeble que, como el propio TC se ha encargado de precisar, no basta por sí sola para instar la ilegalización. Es, por tanto, obvio que algunas de las comparaciones que algunos establecen hoy entre la reciente demanda de ilegalización del PCTV y de ANV y otros intentos previos de instar la ilegalización carece de todo sentido.

Aún así, no quiero siquiera insinuar con ello que haya que arrinconar las consideraciones de quienes, desde posiciones más sensatas y con argumentos al margen de la diatriba política, advierten del peligro que encierran normas como la LOPP, cuyo supuesto carácter de sanción reparadora y no punitiva resulta, por lo demás, discutible (Vid. STC 48/2003, FJ 9 y cfr. Fernández Hernández). Como podríamos igualmente debatir sobre el alcance que se ha dado a la previsión contenida en el art. 12.1.b) LOPP, toda vez que, a tenor de lo dicho por el propio TC (vid. 85/2003, de 13 de mayo, FJ 23 (*Tol 265132*), 99/2004, de 27 de mayo, FJ 14 (*Tol 409917*) y 68/2005, de 31 de marzo, FJ 10 (*Tol 590595*), es criticable la relevancia que se ha conferido a la coincidencia de representantes o dirigentes a efectos de entender que un partido continúa o sucede la actividad de otro declarado ilegal. (Vid extensamente Fernández Hernández). Habría, pues, que analizar seriamente si y en qué medida se está produciendo una aplicación de la LOPP que va más allá de lo autorizado por el TC.

Una reflexión detenida merece también la dualidad de vías de actuación que posibilita el actual sistema así como los posibles excesos a los que puede conducir el uso del proceso penal contra personas físicas como instrumento

para expulsar del sistema democrático a determinados partidos, con el consiguiente efecto que puede tener para los afiliados la eventual declaración de ilicitud penal de la asociación, extremo sobre el que parece no repararse cuando se apela a las supuestas bondades del proceso penal frente a las del proceso de ilegalización.

En suma, si bien es comprensible que el legislador establezca mecanismos para expulsar del sistema democrático a aquellos que utilicen la violencia para alcanzar sus objetivos, la cuestión es si se ha acertado en la elección del sistema. En cuanto a esto, hay quien ha sostenido que, de un lado, su virtual limitación a ETA y su entorno lo hace ineficaz ante otros riesgos emergentes a los que ya debe hacerse frente y que pudieran exigir la modificación de la LOPP. De otro lado, no hay que olvidar los argumentos de quienes entienden que el ánimo del legislador del 2002 de poner fin a toda costa al apoyo político con el que contaba ETA ha propiciado ciertos excesos que debieran ser corregidos (Fernández Hernández 2008b). En todo caso, antes de abordar precipitadamente ninguna reforma, sería conveniente esperar a conocer la decisión definitiva que en relación con esta materia adopte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de momento, el 11 de diciembre de 2007 acordó la admisibilidad parcial de las demandas interpuestas por Herri Batasuna y Batasuna, Etxebarria y otros y por la agrupación de electores Herritarren Zerrenda contra España, en relación a la libertad de expresión, los derechos de reunión, de asociación y a concurrir libremente a las elecciones.

C) EL CONTROL DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. EXCURSO

Nadie duda de que una faceta prioritaria de la lucha contra el terrorismo lo constituye no sólo el control financiero de las organizaciones terroristas, sino también el que se proyecta sobre los grupos vinculados a las mismas. Las ya comentadas actuaciones judiciales emprendidas en nuestro país a raíz de las investigaciones

que revelan una posible trama financiera entre ETA y su entorno son suficientemente indicativas de los resultados que cabe esperar de una adecuada estrategia en este ámbito.

Ahora bien, para alcanzar algún resultado resulta imprescindible que dicha estrategia tenga, al menos, un doble ámbito de actuación. De un lado, el integrado por el conjunto de técnicas de investigación y sanción clásicas aplicables a organizaciones calificadas previamente como terroristas, así como a grupos vinculados a las mismas (desde organizaciones benéficas o culturales hasta agrupaciones de naturaleza política). Junto a lo anterior, resulta cada vez más evidente la necesidad de mejorar la gestión de las diferentes fuentes de información con el fin, por una parte, de introducir mayor transparencia en un ámbito donde la opacidad es garantía de éxito para el contrario y, por otra, de favorecer la detección de nuevas tácticas y, en general, de posibilitar un mejor conocimiento del entorno ante el que se está llamado a intervenir. Por lo demás, sobra insistir en la indiscutible trascendencia que en toda esa estrategia tiene la cooperación y colaboración internacional, desde todo cuanto afecta al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, hasta el intercambio y aplicación de los recursos de inteligencia económica.

Tan obvio resulta todo lo anterior que lo cierto es que desde los atentados terroristas del 11S, del 11M y del 7J en la mayoría —si no en todos— de los países desarrollados se ha instalado definitivamente en el debate la necesidad de introducir cambios de toda índole en este terreno: desde el establecimiento de un creciente control del sistema bancario hasta la puesta en marcha, entre otras cosas, de numerosas reformas normativas con las que se intenta dar respuesta a la necesidad planteada de detectar y bloquear los canales de financiación de las organizaciones terroristas. A estos efectos, ha sido determinante el impulso representado por la normativa internacional que ya desde la conocida Resolución 1373, adoptada el 28 de septiembre de 2001, impuso a los Estados la obligación de prevenir y reprimir los actos de terrorismo, disponiendo que “congelen sin

dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos” (apartado 1, c). En la misma línea, la Unión Europea ha hecho de esta cuestión una de sus principales prioridades, dictando todo un conjunto de Directivas (vid Larriba, 2007) que, en el caso español, están detrás de disposiciones tan trascendentes como la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo. Bien es cierto, sin embargo, que en ese proceso de armonización es todavía mucho el camino que a nuestro país le queda por recorrer, especialmente en lo que a internacionalización, globalización y armonización del Derecho Penal se refiere. Tengamos presente que a estas alturas la respuesta penal al fenómeno se sustancia en normas de tan escasa proyección como el art. 575 (cfr. Propuesta Alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal a la actual regulación de los delitos de terrorismo) o en otras tan inespecíficas como lo son el art. 576 y el conjunto de las destinadas a la sanción del blanqueo de capitales, cuyas deficiencias, por otra parte, convendría afrontar con prontitud con el fin de que su regulación sea más acorde con un sistema financiero global caracterizado, entre otras cosas, por la opacidad de los mercados financieros y los sistemas alternativos de transferencia de fondos (vid. críticamente Vidales Rodríguez; Blanco Cordero y cfr. con la tímida reforma propuesta por el fenecido Proyecto de Ley de reforma del CP, BOCG, serie A, 15 enero 2007, n 119-1). No mucho mayores son las esperanzas que cabe depositar en otro tipo de instrumentos cuyas carencias convendría empezar a plantearse. El periplo que se ha seguido durante más de cuatro años tras la ilegalización de HB y que ha culminado

en el (no) desmantelamiento del entramado económico de las *Herriko Tabernas* habla por sí sólo. El hecho de que se pueda compartir la idea de que para proceder al embargo se precisa un previo pronunciamiento declarativo en orden a establecer si la titularidad de los bienes corresponde a los partidos ilegalizados, no quita el que debamos interrogarnos, al menos, sobre las causas que se oponían a la previsión de un incidente declarativo en fase de ejecución. [Vid. ATS de 19 de octubre de 2006 (*Tol 999761*). Por el que, en el marco del proceso de liquidación de bienes en ejecución de la STS de 27 de marzo de 2003 (*Tol 248863*), se acordó abrir trámite de audiencia a las partes sobre la procedencia de extender la liquidación patrimonial a las asociaciones y sociedades que regentan las *Herriko Tabernas* y proceder al inventario de sus bienes. (Cfr. ATS 12 diciembre 2007, por el que se acuerda que no procede en ejecución de sentencia ordenar el embargo de los bienes de esas asociaciones, sin perjuicio, obviamente, de que las partes ejecutantes ejerzan las correspondientes acciones en un pleito declarativo).

Es obvio, pues, que ese estado de cosas debe cambiar. Con todo, la cuestión no es tanto abordar con profundidad las necesarias reformas, sino hacerlo con acierto. Para ello, nada mejor que comenzar por evaluar la eficacia o ineficacia que han mostrado muchas de las medidas acogidas por esas políticas criminales impulsadas desde el exterior y seguidas en parte ciegamente por el conjunto de los Estados (vid Larriba, 2008). De igual modo, será inútil afrontar esa tarea si se prescinde del enfoque multidisciplinar que necesariamente ha de darse a un fenómeno de causas tan profundas, frente al cual, la mayoría de las veces, se plantea una respuesta más reactiva que estratégica (vid Larriba, 2008); que, además, suele enfrentarse a la financiación del terrorismo aplicando las mismas técnicas y medidas legislativas que tradicionalmente se han empleado contra otras formas de criminalidad de naturaleza y características distintas, y que —y esto es más grave— encierra el riesgo de afectar a derechos fundamentales sin que, por si lo anterior no

bastara, aumente la eficacia; lo cual es, indudablemente, el peor de los modelos de política criminal posibles. Evitar esos efectos forma parte también del desafío. Muy especialmente, habrá que tener bien presentes los límites constitucionalmente admisibles al derecho a la intimidad, así como los derivados del art. 24.2 CE cuya difícil —diría imposible— compatibilidad con algunas de las presunciones que en estas materias se contenían en la fenecida propuesta de reforma del Código penal me parece indiscutible.

4. LÍMITES AL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA. PLANTEAMIENTO GENERAL

Aunque bien es verdad que algunos aspectos de nuestro terrorismo más clásico sugieren —o aun algo más— la existencia de ciertos vínculos entre la iglesia vasca y los mal llamados movimientos de liberación, lo cierto es que las líneas que siguen no van a ir destinadas a analizar ese fenómeno sociológico, sino a poner de manifiesto algunas de las vinculaciones más claras que hoy se dan entre determinadas ramas del Islam y el terrorismo de nuevo cuño. El objetivo, sin embargo, es bien modesto, pues lo único que se pretende aquí es apuntar sucintamente algunos de los peligros que aquella relación depara al derecho reconocido en el art. 16, sin perjuicio de que la cuestión esté necesitada de un desarrollo más sosegado.

Como premisa, hay que partir de la evidencia de que la referida vinculación no puede establecerse sin más entre el terrorismo y cualquier manifestación del Islam. Ni siquiera sería exacto establecer automatismos en relación con el conjunto de movimientos salafistas, pues si bien es cierto que la doctrina salafista preconizó el retorno a la tradición de los “píos antepasados” (*salaf*), también lo es que ni originariamente se trataba de una doctrina que promoviera la violencia con el mundo occidental, ni incluso hoy puede afirmarse que

ese cariz violento anime a todos los grupos salafistas. Más concretamente, la amenaza la representa el salafismo yihadista, cuya difusión entre las comunidades musulmanas de Europa es lo que, con razón, constituye un motivo de preocupación para todos los Estados.

Especialmente peligrosa se antoja la llamada doctrina *Takfir* —abreviatura de *Takfir wal Hijra* (anatema y exilio)—, nombre con el que se conoce a un grupo dirigido por Shukri Mustafa y surgido en Egipto en los años setenta, con el objetivo de mostrar que la mayoría de los musulmanes eran en el fondo apóstatas que habían renegado del verdadero Islam; lo que equivalía estigmatizar al conjunto de los musulmanes y a propugnar entre sus seguidores el que afrontaran un exilio interior, consistente en el rechazo total de las leyes e instituciones de un Estado impío contra el que finalmente habría que emprender la guerra santa. Con ese bagaje, la doctrina *Takfir* se ha ido asentando en el norte de África y Europa merced en gran parte a las dificultades con que se enfrentan las fuerzas de seguridad a la hora de detectarlos, puesto que, además de que los lugares de reunión suelen ser centros muy pequeños, sus integrantes ocultan su inclinación religiosa e, incluso, acogen costumbres contrarias al Islam con el fin de pasar desapercibidos.

Por su parte, no menos radical resulta ser el movimiento *Tabligh* (*Yamaa Tablig* o Sociedad para la propagación del Islam), una doctrina surgida en la India y muy extendida en Paquistán; extremadamente tradicionalista que persigue la revitalización del islam, especialmente entre los jóvenes, rechazando cualquier género de integración en las sociedades occidentales y, según algunos, vinculada al *wahabismo*, una secta fundamentalista de gran arraigo entre los musulmanes sunnies de Arabia Saudita. Precisamente, en la última gran operación anti-terrorista realizada en Barcelona el pasado día 20 de enero del presente año, la mayoría de los detenidos eran paquistanies o hindues pertenecientes al *Tabligh*; lo cual, por otra parte, ha motivado el que diversas ONG'S cuestionen una actuación que estiman presidida por mo-

tivaciones ideológicas que, de ser confirmadas, la harían intolerable.

En suma, conviene no perder de vista el hecho de que la actual amenaza yihadista sólo proviene de aquellas corrientes de pensamiento islámico que en realidad trascienden el plano de lo puramente ideológico. Más aún, resultaría simplificador equiparar terrorismo e integración en uno de tales movimientos, desde el momento en que no cabe oponer tacha alguna a quienes pertenecen a un grupo que no ha sido declarado ilegal. Se trata, claro está, de garantizar la seguridad, pero también de velar por que ningún derecho fundamental resulte cercenado, pues de esto último depende en parte el éxito a largo plazo de cualquier estrategia que se emprenda, ya que no hay duda de que el concurso de las comunidades musulmanas resulta determinante para encontrar una salida; tarea que devendrá imposible si aquellas acaban por tener la convicción de que lo que Occidente combate es sencillamente su religión o su ideología.

Sentado lo anterior, procede referirse a los principales ámbitos de actuación de las comunidades religiosas y centros asimilados que debieran ser objeto de un minucioso análisis con el fin de clarificar hasta dónde alcanza el derecho fundamental y dónde comienza el terreno de lo punible. A mi modo de ver, los tres grandes espacios que delimitan en líneas generales los términos del problema que nos ocupa son los siguientes: a) las actividades de propaganda; b) la realización y el fomento de actividades de colaboración con grupos terroristas y c) las destinadas directamente a la captación de miembros “combatientes”. A través del proselitismo se persigue prioritariamente difundir el propio mensaje religioso pero no cabe descartar que, al mismo tiempo, se utilice esa vía para atraer al islamismo radical a futuros adeptos que eventualmente pueden contribuir a engrosar el conjunto de fieles comprometidos con el resto de las acciones mencionadas. El segundo género de actividades que eventualmente podrían realizarse al socaire de las relacionadas con el culto es la aportación de fondos económicos o apoyo logístico a los

grupos terroristas. Por último, la tercera de las conductas ilícitas que puede tener lugar al amparo de otras lícitas consiste directamente en el reclutamiento de voluntarios, actividad que puede verse completada con el envío de los mismos a campos de entrenamiento.

Como resulta obvio, el ámbito cuyo tratamiento jurídico está sembrado de dificultades es justamente el primero. Las actividades de colaboración, el apoyo financiero, así como el reclutamiento o entrenamiento de futuros terroristas nada tienen que ver con la libertad religiosa y, por tanto, su sanción penal ni representa un límite a tal derecho, ni tampoco se enfrenta a dificultades distintas a las que de ordinario rodean la investigación y prueba de otros delitos de terrorismo. A mi modo de ver, ni siquiera resultaría comprometido el referido derecho fundamental por el mero establecimiento de un específico sistema de control de las transferencias de fondos que los particulares o entidades colectivas realizan a determinadas organizaciones religiosas, instituciones benéficas o centros análogos. Sin perjuicio de que hubiera que matizar tal afirmación a la luz del contenido y alcance de los citados mecanismos de control, estimo que, pese a lo que se ha sugerido en algunos foros, hay que descartar que ello represente por sí solo una vulneración de lo dispuesto en el art. 16.2 CE. A fin de cuentas, con ello no se obliga a nadie a realizar una declaración que exteriorice un contenido, sino que más bien se impone el deber de tolerar la intervención estatal en un negocio jurídico de realización potestativa y del que resulta un cambio en la titularidad de unos bienes (cfr. *mutatis mutandi* SSTC103/1985, FJ 3; 160/87 FJ 5 letra b); 161/ 1997, FJ 4). Obviamente, habría que precisar con detalle el alcance de dichos controles, cuya oportunidad, sin embargo, está fuera de toda duda, máxime teniendo en cuenta que un buen número de transacciones discurren al amparo de los comúnmente denominados *IVTS* (*Informal Value Transfer System*) o sistemas informales de transferencia.

Más problemas plantea, a mi juicio, una intervención que tenga por objeto las tareas de

proselitismo orientadas a la captación de adeptos para la causa terrorista. En cuanto a esta actividad, la cuestión se suscita en otros términos en la medida en que el derecho a la libertad religiosa aparece directamente involucrado. Concretamente, es la dimensión externa del referido derecho lo que puede resultar comprometido. Como es sabido, dicha dimensión se traduce en el reconocimiento de una esfera de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros; lo que implica la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, una de las cuales es el derecho a divulgar públicamente su credo (SSTC 46/2001, FJ 4; 154/2002, FJ 6; 38/2007, FJ 5, entre otras).

Ahora bien, lo que sucede es que ni siempre es fácil delimitar los contornos del derecho, ni, lamentablemente, la opción más extendida está a favor de la libertad. Baste recordar el clima de general complacencia con que la mayoría —incluido un sector de la minoría penal más ilustrada— recibió la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal nº 3 de Barcelona el día 12 de enero de 2004 (*Tol 338141*), por la que se condenó a una pena de un año y tres meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y multa a un imán declarado responsable de un delito de provocación a la violencia. No se trata ahora ni de reproducir los hechos —tan mal conocidos, por cierto—, ni de rebatir los torpes comentarios jurídicos que aquellos motivaron. Es suficiente con poner de manifiesto cómo tanto en la sentencia cuanto en las glosas que suscitó se menospreciaron las exigencias que principios como el de legalidad, ofensividad o proporcionalidad proyectan sobre la interpretación de los tipos. No pareció importante considerar los buenos argumentos con que se había mostrado la necesidad de rechazar interpretaciones de la norma desvinculadas de la idea de peligro; esto es, del que la concreta conducta represente para generar el que otros realicen las conductas violentas (Laurenzo, García Álvarez, Jericó Ojer).

Menos aún, por tanto, se reparó en la autorizada opinión de quien ha sostenido que, pese a la conmoción que conductas como las descritas en el art. 510 pueden producir en el sentimiento subjetivo de seguridad, ello no basta para fundamentar su castigo en un Estado de Derecho, al menos en tanto se mantengan circunstancias sociales de normalidad; por lo que, fuera de tan excepcional marco, el tipo sólo puede ser visto como una inadmisibles inculpación de la disidencia ideológica o, si se quiere, como un modo coactivo de adhesión a los valores dominantes (Landa Gorostiza, 2000). Nada de todo eso parecía importante, como tampoco lo fue ni la constatación del dolo requerido por el tipo, ni, por supuesto, el hecho de que, como confirma la sentencia, el párrafo en cuestión recogiera las interpretaciones que autores de los siglos XVIII-XX hicieran de textos sagrados. En el fondo, lo determinante era que se trataba de un discurso contrapuesto a los valores dominantes. Así se explica que el juez no tuviese reparo en lamentar la impunidad en que quedaban otras disertaciones del acusado que aparecían incluidas también en la parte de la obra que bajo el título “Cuestiones dudosas” versaba, además de sobre la violencia marital, sobre la poligamia, la herencia, el vestido femenino, la actividad laboral, etc.; y que, según el criterio judicial, “rozan lo intolerable desde el punto de vista penal” (FJ 2º)

Con lo expuesto, sin embargo, no pretendo en modo alguno sostener que lo que procede es la ausencia de toda intervención en un ámbito cuyo potencial dañino no hay que despreciar. Es más, la necesidad de establecer algún mecanismo de control se hace especialmente necesaria en el seno de las cárceles, que es donde, como demuestra la experiencia norteamericana, centran buena parte de sus esfuerzos los radicales islamistas con la excusa de la asistencia religiosa y el asesoramiento a los internos. Obviamente hay que partir de que el derecho de asistencia religiosa asiste a todos los reclusos, sin que pueda establecerse ningún tipo de discriminación o trato jurídico diverso en función de las ideologías o las creencias (STC 24/1982, 13 de mayo, FJ 4, *in fine*). Así

se reconoce en la legislación ordinaria de general aplicación (art. 54 LO 1/1979, General Penitenciaria; art. 2.3 LO 7/1980, de Libertad Religiosa; art. 230 RD 190/1996, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario) y en los diferentes Acuerdos de Cooperación del Estado con las diferentes confesiones. Aquí interesa destacar el Acuerdo aprobado por Ley 26/1992, de 10 de noviembre de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, en cuyo artículo 9 se garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los fieles de dichas confesiones internados en establecimientos penitenciarios, proporcionada por los ministros de culto designados por las iglesias o comunidades respectivas, debidamente autorizados. Justamente para regular el procedimiento de acreditación y autorización de los ministros de culto se dictó el RD 710/2006, de 9 de junio, donde se consignan los requisitos que éstos deben reunir para ser propuestos por la Comisión Islámica para su nombramiento por la Administración Penitenciaria competente. Rige, pues, un sistema de autorregulación que es, probablemente, el modelo que mayores garantías de éxito puede depararnos, por lo que aquí no se comparten las críticas que en algunos foros penitenciarios se han opuesto al mismo. De un lado, como ha vuelto a reconocer recientemente el TC en relación con la impartición de la enseñanza religiosa, ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que asuman el cometido de difundir o enseñar su respectivo credo (STC 38/2007, FJ 5), por lo que hay que descartar cualquier intervención directa del Estado en el nombramiento de los ministros de culto; lo cual nada tiene que ver con la obligación de éstos de respetar el ordenamiento jurídico (art. 16.1 CE) y, por tanto, acatar la CE, compartan o no sus ideales (cfr STC 122/1983, FJ 5º). De otro lado, me atrevería a decir incluso que lo aconsejable sería gestionar con suma prudencia la intervención que ya se reconoce a la Administración Penitenciaria para evitar dar pábulo a las opiniones partidarias de una regulación más estricta del culto islámico. El peligro que tal cosa conlleva sólo es comparable con su más que probable

ineficacia. Nadie está en mejores condiciones que la Comisión Islámica de España, en tanto que legítimo órgano representativo del Islam en nuestro país, para ejercer un control férreo que evite radicalismos y posiciones que acaben por dañar la propia imagen del credo que profesan. Cualquier estrategia que olvide las ventajas que tiene la autorregulación podría, además, producir un efecto perverso entre la comunidad musulmana, radicalizando posiciones o, al menos, dificultando la integración del Islam en el tejido social de nuestro país. No se trata, pues, de preconizar la ausencia de control, sino, una vez más, de intentar buscar la estrategia más adecuada que, en cuanto a esto, exige potenciar las relaciones de la Administración con la Comisión Islámica y sus federaciones a fin de alcanzar un objetivo necesariamente común.

Para terminar, parece claro que, en todo caso, no bastará con centrar la atención en espacios tan determinados como las cárceles, las mezquitas o los centros de estudio u oración. A fin de cuentas, estos lugares representan un peligro menor en comparación con la capacidad de difusión del mensaje violento a través de Internet, desde las proclamas de Bin Laden o Al-Zawahiri exhortando a atacar a los países occidentales o a los musulmanes “esclavos” de Occidente hasta los más varipintos documentos propagandísticos. Por otra parte, ante los constantes controles de que están siendo objeto las mezquitas y centros de oración, proliferan foros restringidos donde los debates son encriptados, y, por si lo anterior no bastase, resulta de casi imposible localización al usuario, toda vez que pese a que una orden judicial pueda obligar al titular del servidor a identificar a la persona conectada, lo cierto es que en la mayoría de los casos la información apunta a un cibercafé donde, lógicamente, ni se archiva la información, ni se conoce con certeza quién haya podido ser el usuario. Por lo demás, los grandes servidores que acogen estas páginas desconocen los contenidos de las mismas y, en la medida en que no están obligados a revisarlos, sólo incurren en responsabilidad si, una vez que los conocen, no proceden a su inmediata

retirada [vid. art. 11 y 13 a 17 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (*Tol 164416*)]. Para entonces, sin embargo, puede que ya sea tarde. El panorama, sin duda, pone de manifiesto, de un lado, la necesidad de incentivar la denominada vigilancia tecnológica como instrumento de análisis de información con fines de carácter estratégico. De otro, habrá que analizar con detalle si las posibilidades que hoy ofrece nuestra legislación para hacer frente a esta nueva realidad no se han quedado ya en parte obsoletas y resulta preciso estrechar el horizonte, imponiendo determinadas obligaciones y ampliando el deber de colaboración de todas las entidades implicadas en la prestación de estos servicios. Sin olvidar los peligros que ello comporta, convendría plantearse, por ejemplo, si son o no adecuados los términos en que actualmente se configura el deber de colaboración de los prestadores de servicios (ISPs) o si, en otro orden de cosas, es posible introducir controles que, pese a afectar directamente a los usuarios, no vulneren derecho subjetivo alguno al haberse adoptado las medidas que impidan que aquél pueda albergar una “expectativa razonable de intimidad” en los términos que establecen las SSTEDH de 25 de junio de 1997 [caso Halford (*Tol 301611*)] y 3 de abril de 2007 [caso Copland (*Tol 1145232*)].

5. TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LAS CONDUCTAS APOLOGÉTICAS

En un contexto de recorte de libertades, nada más armónico que la relación entre el terrorismo y el conjunto de tipos penales de naturaleza apologética, unas figuras que, como bien ha dicho Rawls (1990), son el paradigma del instrumento utilizado por todos los gobiernos para suprimir la crítica y el disenso político; lo que, por otra parte, demuestra la especial significación que, por derecho propio, debe ocupar la libertad de expresión en cualquier esquema que pretenda reflejar cuáles son las libertades básicas.

En efecto, la tradicional vinculación entre el terrorismo y la apología se explica con solo pensar en la utilización que desde posiciones ideológicas distintas se ha hecho de esta figura como instrumento para poner fin a la expresión política discrepante y, muy especialmente, al discurso subversivo. Pero explica también las dificultades ante las que se han tenido que enfrentar sus críticos. El discurso según el cual el terrorismo coloca a los gobiernos ante una especie de estado de necesidad, que legitima la adopción de medidas extraordinarias como reacción frente a un ataque que se considera cualitativamente distinto, tiende a justificar el hecho de restringir o aún suprimir la expresión subversiva. Ese discurso y esa consecuencia no son, por tanto, nada nuevo. Así pues, no deben sorprender las críticas que se dirigen contra preceptos como el art. 170.2 o el art. 578 CP, por cuanto, como contundentemente dijera el Prf. Muñoz Conde en la brillante conferencia inaugural de las ya mencionadas Jornadas sobre la generalización del derecho penal de excepción, son una de las más evidentes manifestaciones del derecho penal del enemigo. Las líneas siguientes se destinarán a tratar de reflejar cuán exacta es la afirmación transcrita y se procurará profundizar sobre algunas de las razones que impiden sancionar *penalmente* la mera heterodoxia ideológica, aunque ésta no resulte por completo inocua.

Para alcanzar tal objetivo, nada mejor que empezar reconociendo la necesidad de articular el discurso atendiendo a la concreta formulación de los tipos, lo que de entrada nos obliga a reconocer la existencia en el Código de una pluralidad de conductas que giran en torno a la noción de apología del terrorismo pero que presentan entre ellas sensibles diferencias. En ese esquema queda, de un lado, la apología como forma de provocación y, de otro, el conjunto de comportamientos apologéticos de los que ni directa, ni indirectamente se exige que supongan una provocación a delinquir. En este último capítulo se inscriben, a mi modo de ver, tanto el art. 578 como el art. 170.2, a los que se dedicará una atención especial.

A) LA APOLOGÍA COMO FORMA DE PROVOCACIÓN (ART. 18.1.2 CP)

La apología consagrada en el apartado segundo del art. 18.1 CP es la culminación de un proceso de depuración del concepto de apología en el que hay determinados hitos que no pueden olvidarse. Uno de ellos es el representado por la STC 159/1986, de 12 de diciembre, que otorgó el amparo al entonces director del diario *Egin*, quien había sido condenado (*Tól 186727*) como autor de dos delitos de apología del terrorismo por insertar en el citado periódico sendos comunicados de la banda terrorista ETA. No menor es la importancia que debe reconocerse a la STC 199/1987, de 16 de diciembre que, como se recordará, resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la LO 9/1984, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, declarando en lo que ahora interesa la inconstitucionalidad del art. 1 de dicha ley en cuanto incluía en el ámbito de aplicación de la misma a quienes hicieren apología de los delitos de terrorismo. Tal cosa, dijo el Tribunal, supone excederse de la habilitación concedida por el art. 55.2 CE, que restringe su esfera a los delitos de terrorismo y, por ende, no se extiende a “la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas”; conducta que no puede ser confundida con las actividades terroristas a que se refiere la autorización constitucional. Como se advierte, en ambos casos el Tribunal barajó argumentos que favorecerían un cambio de perspectiva. En el último de los citados, desvinculando la apología del terrorismo de los delitos que le sirven de referencia y, en el otro, ofreciendo apoyo constitucional a una interpretación restrictiva de la apología que ponía freno a la pretensión de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo de concebir la ley penal como un límite absoluto del derecho a informar; pues, como se dice en la sentencia, condenar con abstracción de que el informador asuma o no comparta la actividad delictiva, representa una limitación del derecho fundamental incompatible con su contenido constitucional (F.J 8º). A partir de

entonces, la apología entró en un periodo deflaccionario que culminó en el Código penal de 1995 [Vives Antón (*Tol 63315*)].

Como es sabido, el artículo. 18.1, apartado 2, del Código penal recoge la apología en el marco general de los actos preparatorios y, más concretamente, a continuación de la definición legal de provocación. Dice así:

"Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalzen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza o circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito"

El legislador ha adoptado, sin duda, una posición singular. Formalmente ha otorgado sustantividad propia a la apología para a renglón seguido negarle cualquier tipo de sustantividad material. Con ello, se ha apartado en un doble sentido de las anteriores propuestas de reforma, pues ni ha renunciado a proporcionar una definición auténtica de la apología como hiciera el Anteproyecto de 1992, ni, ya que la ofrece, la dota —cual hicieron el Proyecto de 1980, la Propuesta de 1983 o el Proyecto de 1994— de un ámbito específico de aplicación distinto del de la provocación. Tal y como aparece configurada, se desvanece cualquier frontera entre la provocación y la apología y, en consecuencia, carece de sentido su regulación separada de aquella. El precepto sólo se explica desde una perspectiva política dirigida a evitar los más que probables desacuerdos parlamentarios que se hubieran producido si se daba la sensación de que la apología restaba impune. Aun así, el hecho de no atender los consejos de quienes advertían de los riesgos que conlleva ofrecer una regulación expresa de la apología abre la puerta a construcciones que la configuran como un delito formal o de peligro abstracto-presunto, cuyo bien jurídico sería un difuso concepto de orden público. Y es que, en efecto, si ha de reunir todos los requisitos de la provocación, no se explica por qué merece una consideración independiente; a menos —y ese es el riesgo— que el hecho de otorgarle sustantividad propia equivalga a

entender que a determinadas conductas apologéticas se les presume, atendidas la naturaleza o circunstancias en que se produzcan, aquella capacidad incitadora, con lo que se estaría ampliando el concepto de provocación. Con todo, hay razones de índole diversa que se oponen a esa última interpretación. De un lado, el tenor literal del precepto no deja, pese a sus carencias técnicas, espacio para la duda y, de hecho, la mayoría de la doctrina reconoce que en su actual configuración no es sino una forma de provocación y que, en consecuencia, debe reunir todos los elementos de aquella. Por otra parte, y aunque tal argumento no sea definitivo, esa es la concepción que mejor se ajusta a la voluntad del legislador (*cf.* *BOCG*, Comisión de Justicia e Interior, n.º 493, 1995, V Legislatura). Por último, aunque no en último lugar, las tradicionales consideraciones que nuestra mejor doctrina hiciera para oponerse a una configuración de la apología como delito de peligro abstracto-presunto serían suficientes por sí solas para rechazar una interpretación que no resulta impuesta por el texto de la ley.

De igual modo, la ley cierra el paso a aquellas concepciones en las que subyacía el entendimiento de la apología como una forma indirecta o encubierta de provocación caracterizada por el hecho de que en ella la llamada a delinquir se realiza a través de la alabanza del delito —ya realizado o como entidad abstracta— o de sus autores, y no de manera explícita. El tenor literal del precepto no apoya tampoco esa conclusión. De un lado, prescribe que solo será delictiva como forma de provocación, para la que se ha recuperado la tradicional exigencia de que sea directa, lo que equivale a exigir la inequívocidad del mensaje incitador y acentúa las afinidades con la inducción. De otro, en el inciso último se insiste nuevamente en la restricción de la punición a los casos en que la apología constituya una incitación directa, de manera que, si bien dicha incitación se singulariza por verificarse mediante el ensalzamiento del crimen o el enaltecimiento de su autor, tal cosa no quita el que deba ser clara y de idéntica eficacia instigadora a la requerida

por la provocación, sin que quepa la sanción de las denominadas “incitaciones en cadena”.

En suma, la única apología sancionada en el apartado segundo del art. 18.1 CP es la que, partiendo de la acepción gramatical de la misma, la limita exigiendo los requisitos siguientes: debe constituir una incitación inequívoca e inmediata a la comisión de un delito concreto sobre cuya penalidad se articulará la imponible al apologeta; asimismo, ésta debe ser idónea para hacer surgir la resolución delictiva, revestir carácter público y proyectarse sobre una generalidad de personas y, por último, el dolo del autor deberá abarcar en todo caso el carácter incitador de su conducta.

Así vino a reconocerlo lisa y llanamente la importante STS de 29 de noviembre de 1997 (*Tol 407742*), por la que, como es sabido, se condenaba a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna (HB) como autores de un delito de colaboración con banda armada a la pena de siete años de prisión mayor, multa y accesorias por la cesión de los espacios electorales gratuitos a miembros de ETA para presentar la llamada “Alternativa Democrática”. En lo que ahora interesa, la citada sentencia hubo de analizar si constituía apología la emisión de dos comunicados difundidos por HB a través de su oficina de prensa (apartado G de la declaración de hechos probados) en los que se presentaban los asesinatos de Múgica y Tomás y Valiente bien “como una respuesta más a la implicación y responsabilidad de determinadas personas en la trama negra del estado español en Euskal Herria”, bien como una “consecuencia directa de la intransigencia y cerrazón del gobierno”. El TS no sólo reitera la doctrina sentada en otras resoluciones anteriores en el sentido de que el delito de la apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, sino que va más allá y taxativamente afirma que:

“la apología prevista en el art. 18 exige que la manifestación apologetica “no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda determinar a otros a la perpetración del delito”(FJ 30º)”

Es difícil predecir lo que hubiera ocurrido de existir entonces el art.170.2 o el art. 578,;pero, en cualquier caso, aquel fue un paso decisivo.

Hasta ese momento, el TS había venido manteniendo una línea difícilmente reconducible a una orientación unitaria, lo que explica contradicciones como las que, a mi modo de ver, se advierten, por ejemplo, entre la STS de 9 de mayo de 1996 (*Tol 6539*) y la de 4 de julio de 1994 (*Tol 403713*). Las citadas resoluciones —que, por añadidura, son ponencias del mismo magistrado— sirven inmejorablemente para poner de manifiesto las posibilidades de aplicación selectiva que suelen acompañar a preceptos del género que nos ocupan. Veámoslo.

En la STS de 4 de julio de 1994 se conoció del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió a los procesados del delito de apología del terrorismo del viejo art. 268 CP por el que venían siendo acusados a raíz de un comunicado con el que se pretendía rendir homenaje a tres militantes de ETA detenidos, a quienes se agradece su “modélica entrega”, su “heroísmo y entereza humanas y su dignidad ética”, razones por las que se les estima merecedores, entre otras cosas, de la “más firme solidaridad” y de una “profunda admiración”. El TS desestima el recurso argumentando que

“el delito de apología delictiva (sc art. 268 CP) requiere que el autor apologetice bien sea hechos delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado. Dicho de otra manera: la acción apologetica presenta al comportamiento desviado del autor y a los daños por éste ocasionados como un valor superior a los del orden jurídico. Consecuentemente este delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes. La razón de esta limitación del contenido del tipo penal —continúa diciendo— se debe llevar a cabo a través de la distinción entre la motivación ideológica y ejecución delictiva de la misma; la apología de la ideología, por lo tanto, no debe ser entendida necesariamente como una apología de

la realización desviada de los fines postulados por la ideología. El delito de apología no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues en tal caso sería contrario al art. 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos. Por lo tanto, la aplicación del art. 268 CP requiere una cuidadosa verificación de los límites de ambas cuestiones, de forma tal que el tipo penal del art. 268 CP pueda ser interpretado y aplicado conforme a la Constitución. Ello presupone, como es sabido, tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles en la determinación de los alcances del tipo penal, es decir, de la prohibición establecida en el art. 268 CP" (FJ único)

A partir de esas consideraciones, el TS concluye entendiendo que no se dan los elementos del tipo de apología entonces vigente por cuanto el comunicado en cuestión "no se refiere a ningún delito concreto".

Lo dicho contrasta, sin embargo, con la doctrina sentada en la citada STS de 9 de mayo de 1996, en la cual se enjuiciaba una conducta que pese a no referirse tampoco a ningún delito concreto resultó calificada con arreglo al mismo tipo delictivo como apología. En este caso, lo enjuiciado era la acción de realizar una pintada en la vía pública con la expresión "ETA jotake" (ETA, adelante). En este caso, el TS entendió que

"El delito del art. 268 CP requiere que la acción se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándoles un valor jurídico superior a los del ordenamiento jurídico vigente. Es decir se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable. En particular, no se debe considerar apología del delito una simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el art. 20 CE.

Sin embargo, en el presente caso es indudable que los acusados han manifestado una aprobación genérica de toda la actividad de una banda armada que, como es público y notorio, se manifiesta ante la opinión pública mediante una persistente actividad delictiva que, por lo demás, afecta a bienes jurídicos de la más alta jerarquía del ordenamiento constitucional (vida, libertad, etcétera). En tales supuestos, una aprobación general que se extiende sin distinciones a toda la actividad de la banda y que no se limita sólo a compartir su ideología o sus ideales implica necesariamente también la aprobación y exaltación de sus delitos, dado que éstos ocupan un lugar preponderante de la actuación de aquélla" (FJ 2º).

Visto lo anterior, queda preguntarse si, en efecto, la distancia entre ambas conductas justificaba la disparidad de pronunciamientos y si, con arreglo a la propia doctrina en que ambas fundan el fallo, puede realmente sostenerse que la primera conducta sea de todo punto ajena a esa "aprobación genérica" de la actividad desarrollada por la banda o al hecho de presentar el comportamiento delictivo de quienes por esa razón resultaron detenidos como modelo de comportamiento aprobable. ¿No hay aprobación general de la actividad delictiva? ¿No presenta el comportamiento como elogioso? No se trata, como es obvio, de pronunciarse a favor de la condena, sino sólo de mostrar, como decía, que las posibilidades de aplicación selectiva no son algo ajeno al tipo de delitos que ahora nos conciernen. En este sentido, tampoco las sentencias de la Audiencia Nacional han sido un modelo de coherencia en la aplicación de estos tipos.

En todo caso, el CP de 1995 vino a poner coto a determinadas interpretaciones incompatibles con la libertad de expresión e incluso a otras que, pese a no incurrir en tal incompatibilidad, quedaban a partir de entonces fuera de la órbita del tipo por no ser provocación. En virtud de esto último, había que predicar la atipicidad de conductas como la enjuiciada en la referida STS de 9 de mayo de 1996 y, en cuanto al resto, es claro que el art. 18.1.2 CP nos ofrece —aunque con una técnica muy defectuosa— un concepto de apología constitucionalmente intachable. Curiosamente, sin embargo, el legislador no ha sido consecuente con la idea que inspiró la redacción del artículo, y en otros lugares del Código ha consagrado otras conductas de naturaleza híbrida y constitucionalidad discutible. A analizar esta cuestión en relación con los artículos 170.2 y 578 CP se destinan las líneas siguientes.

B) EL RECLAMO PÚBLICO DE ACCIONES VIOLENTAS (ART. 170.2 CP)

Dice el art. 170 CP que

“1.Si las amenazas de un mal que consituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior”

2. “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”

Como se recordará, el apartado segundo fue incorporado al Código por LO 2/1998, 15 de junio, (posteriormente fue modificado por LO 15/2003, que incrementó la severidad de la sanción), alegando la necesidad de hacer frente a los altercados que suelen protagonizar personas del entorno ideológico de ETA, vitoreando las actividades terroristas y aprovechando en muchas ocasiones la convocatoria de manifestaciones realizadas por grupos pacifistas como señal de protesta o como apoyo a las víctimas del terrorismo, lo que acaba provocando el natural enfrentamiento entre unos y otros. Ante ello, el legislador pretendió, según dice la Exposición de Motivos, “cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas(...) y la apología que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico”.

Tal vez porque nunca estuvo claro cuál era ese espacio, pronto se vio que el nuevo precepto sería fuente de importantes problemas interpretativos, pues resulta ciertamente difícil delimitar cuál deba ser su ámbito de aplicación. En efecto, nos hallamos ante un tipo caracterizado por la inconcreción y con una singular estructura típica que incorpora tres elementos, a saber: a) el reclamo público a la realización de acciones violentas, b) que ello se haga con la finalidad de atemorizar a un colectivo y c) una gravedad parangonable a la que exige el apartado 1, lo que, según la mayoría, es una (superflua) referencia a la capacidad intimidatoria de la conducta. Es precisamente el primero de esos tres requisitos el que plantea las dudas de mayor alcance, tanto por la ambigüedad inherente a la conducta, cuanto por

las dificultades para diferenciarla de otras sancionadas en preceptos distintos. ¿Qué sentido hay que darle al verbo típico? ¿Qué diferencias hay con respecto al delito de amenazas, cuya finalidad, sin embargo, se comparte? ¿Qué es lo que distancia este delito de la apología clásica o del delito de enaltecimiento? Desde luego, no puede decirse que la conocida sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el asunto “De Juana Chaos” [8-11-2006 (*Tol 1037005*)] haya contribuido en nada —si acaso al contrario— a desvanecer alguna de estas dudas (vid. el confuso FJ 3º)

Con todas las cautelas que exige tan problemática norma, me atrevo, al menos, a descartar ciertas interpretaciones que resultan, a mi modo de ver, insostenibles. Así, entiendo inasumible mantener que en el art. 170.2 tienen cabida tanto las incitaciones indirectas como las directas y, menos aun, aderezar esta última afirmación con el insólito argumento de que en ese ámbito típico coincidente —según esa tesis— con el art. 579 “será de aplicación el apartado segundo del artículo 170 en detrimento de la provocación, pues mientras que ésta no deja de ser un acto previo a la ejecución del delito, aquél es un delito independiente y consumado” (Ruiz Landáburu: 65). Al margen de algunas otras consideraciones que podrían hacerse, es claro, en primer lugar, que el término reclamar —sinónimo de pedir algo o llamar a algo— no equivale a incitar *directamente*; en segundo lugar, creo imprescindible descartar interpretaciones contrarias a las exigencias de la proporcionalidad y aun de la simple lógica. Por un razonamiento en parte similar, hay que huir también de cualesquiera otras que propicien el que se inscriban en el art. 170.2 CP conductas clásicas de amenazas; lo que, en contra de lo pretendido, acabaría por beneficiar a sus autores, tanto si lo aplicable fuera el párrafo 1, como si lo fueran los artículos 572.3º CP o 577 CP. Si se comparte lo anterior, hay que concluir que no tienen cabida en el art. 170.2 CP las conductas apologéticas que por ser una incitación directa haya que inscribir en la provocación. Tampoco las constitutivas de un delito de genuinas amenazas. Si, tratándose de

una amenaza *stricto sensu*, tuviera por objeto atemorizar a un colectivo o conjunto indeterminado de personas, habrá que residenciarlas en el art. 170.1 CP (que, a fin de cuentas, es un supuesto agravado de amenazas), o en el art. 577 CP si se persiguiera con ello contribuir a los fines del terrorismo, según la nueva redacción dada al precepto por la LO7/2000. Esta última conclusión, impuesta por el art. 8 CP, motiva el que haya que dejar fuera del art. 170 las amenazas con fines terroristas, lo cual conduce al sinsentido de sancionar más levemente este tipo de amenazas, que resultan conminadas con la pena del delito común en su mitad superior, mientras que, de aplicarse el art. 170.1, lo serían con la superior en grado.

Por lo que respecta al parentesco que el art. 170.2 pueda tener con el art. 578, la STC 235/2007 obliga a replantearse la tesis de que entre ambos preceptos lo más que existía era un parentesco lejano. Esa era la conclusión a la que obligaba el hecho de sostener —como hacía la mayoría— que el ámbito propio del art. 578 era el de la justificación y la alabanza desconectadas del componente incitador que sí está presente en la conducta consistente en reclamar, pedir o llamar a la realización de acciones violentas. Como veremos, el panorama ha cambiado y, por si algo faltaba, ahora resulta si cabe más difícil deslindar los respectivos ámbitos de aplicación.

Con todo, de cuanto se lleva dicho, resulta que lo que singulariza al tipo que nos ocupa es el hecho de tratarse de una conducta de incitación no directa pero idónea para crear un clima amenazante capaz de afectar al sentimiento colectivo de tranquilidad. Aquí tienen, por tanto, su espacio las llamadas genéricas, indeterminadas e inconcretas a la violencia contra un conjunto indeterminado de personas. Desde el pronunciamiento público de consignas en relación a ataques a posibles objetivos (autobuses, concesionarios, bancos, etc), hasta increpaciones del tipo “ETA, adelante” o “ETA, échalos de Euskadi”, o, incluso, “ETA mátalos”, siempre y cuando, conforme a lo dicho, no aparezca concretado el sujeto pasivo

de la acción, en cuyo caso su sede propia sería la provocación.

Esa interpretación elude algunos de los problemas que el tipo suscita, aunque no por ello resulta ni satisfactorio, ni inocuo. Es más, no hay que descartar el que se aplique a conductas cercanas al simple apoyo ideológico que quieran ser vistas como una llamada velada a la violencia. De momento, no me consta que así haya ocurrido pero no habría que extrañarse por ello si tenemos en cuenta la laxa interpretación que del párrafo primero de ese mismo precepto hiciera el TS en el caso De Juana Chaos [STS de 26 de febrero de 2007 (*Tol 1053735*)] o la que del art. 572.1.3º hiciera la Audiencia Nacional en ese mismo asunto (cit). Por lo demás, este conocido caso sirve para poner una vez más de manifiesto la falta de interpretaciones estables en el seno de la Audiencia Nacional, que tanto parte de la premisa de que las llamadas conductas de señalamiento no son por sí solas penalmente relevantes (paradigmático el atípico auto de la sección 4ª de 13 de junio de 2001, FJ 8, RA 2001/173597) como de la contraria, que, de entrada, las califica como conductas punibles, ya sea a título de amenazas, ya sea a título de colaboración con organización terrorista equiparándolas, sin más, a las labores de información y vigilancia de personas. En aras de la seguridad jurídica sería, sin embargo, conveniente que los encargados de aplicar la ley comenzaran, en primer lugar, por distinguir entre las diversas formas de señalamiento, a fin de incardinar cada una donde proceda, teniendo en cuenta la distancia que media entre “señalamientos” que son auténtica provocación y otros que no son subsumibles en precepto penal alguno sin forzar el texto de la ley. Eso permitiría evitar equiparaciones indebidas entre conductas cuyo contenido de injusto es indiscutiblemente distinto y cuya calificación en una u otra sede sólo debiera estar presidida por los criterios generales de aplicación de la ley. Y es que, en fin, no hay que olvidar que, como bien han dicho Carbonell Mateu y González Cussac (2004: 206) tal vez la consecuencia más grave que conllevan preceptos como el que se comenta es que posibilitan una aplica-

ción policial y judicial imprevisible e incluso selectiva y, cuando eso es así, la pretensión de racionalidad que las normas incorporan salta por la ventana.

C) EL DELITO DE ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO (ART. 578 CP). ALGUNAS REPERCUSIONES DE LA STC 235/2007

La LO 7/2000, de 22 de diciembre introdujo en el Código un tipo que la Exposición de Motivos denominó de exaltación del terrorismo, con el siguiente tenor:

“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los art. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57 de este Código”.

El precepto incorporado al Código no puede decirse, sin embargo, que represente una absoluta novedad, pues ya en la primitiva redacción de tal texto legal se contaba con el art. 607.2, cuyo evidente paralelismo con el que ahora nos ocupa resulta incuestionable. También en este caso, el legislador decidió crear un tipo específico de apología al margen de las prescripciones del art. 18.1 que plantea problemas de gran calado y que, por cierto, no estimo que hayan sido ni completa, ni correctamente abordados en la STC 235/2007, de 7 de noviembre que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el mismo. Resulta, pues, que la semilla de la incoherencia ya estaba plantada y lo que supuso el art. 578 fue un nuevo paso atrás en un momento en que parecía que la cuestión de la apología del terrorismo estaba definitivamente zanjada; razón por la cual el precepto no ha merecido el favor de la doctrina. Con toda evidencia, el art. 578 ha reabierto esa polémica porque si algo parece claro es que, igual que sucede con el art. 607.2, lo que ahí se sanciona no son

conductas de provocación al delito, sino otro tipo de comportamientos sobre cuyo contenido y alcance discrepan jurisprudencia y doctrina.

Dejando de lado la segunda modalidad de conducta (menosprecio y humillación a las víctimas) que suscita problemas de naturaleza distinta y no mantiene vínculo alguno con la apología, y centrando la atención en la conducta de enaltecimiento, comenzaré por referirme a lo que, indiscutiblemente, debe quedar fuera de su ámbito de aplicación. En primer lugar, el respeto al contenido esencial de la libertad de expresión obliga a concluir que no ha de bastar con el simple apoyo al programa *político* de la organización terrorista, pues lo sancionado es la legitimación no de los fines, sino de los delitos que comete o el elogio de sus autores. En segundo lugar, nada autoriza a incluir en el ámbito del precepto las llamadas conductas de legitimación tácita (vg. la ausencia de condena, minimizar la gravedad de los hechos, etc.). Si este otro tipo de comportamientos a los que explícitamente se refiere el art. 9.3 a) de la LO 6/2000, de 27 de junio de Partidos Políticos ya se ha discutido el que irroguen la consecuencia prevista en dicha ley, qué decir de su posible sanción penal, máxime cuando ni a eso obliga el texto de la ley, ni las referidas conductas guardan equivalencia material con las manifestaciones expresas de exaltación. Es por ello que aunque podamos compartir que dicha negativa puede constituir en determinadas circunstancias un apoyo tácito al terrorismo por la “evidente densidad significativa por acumulación” que adquieren estas conductas (SSTC 48/2003, FJ 10º, 5/2004, FJ 18º; vid. asimismo SSTC 99/2004, FJ 19º), y aceptando también que no se trata de manifestaciones inocuas, ello no obliga a inscribir en el tipo penal esta clase de conductas, pues qué duda cabe que justificar es, en sentido estricto, mucho más que no condenar o que apoyar tácitamente. Para cerrar el capítulo de lo que indudablemente queda fuera del art. 578 sólo resta referirse a la obiedad de los casos en que la conducta apologética constituya una incitación directa a la comisión de delitos, que habrá

que residenciarlos en el art. 579, en tanto que provocación

Más allá de lo anterior, comienzan las incertezas, que, paradójicamente, la STC 235/2007 no sólo no ha venido a despejar, sino que ha generado otras. Así es porque con anterioridad a la misma parecía razonable sostener, como hacía un sector, que el precepto no incorporaba un componente incitador. La tesis, sostenida por otro sector, de configurar el art. 578 como una incitación indirecta a delinquir, estaba animada por el loable propósito de restringir el alcance del mismo. Sin embargo, como ya dije hace tiempo, ni se ajustaba al texto de la ley, ni tampoco —aunque esto importe menos— a la voluntad legislativa. Por empezar con esto último, baste recordar cuanto se dice en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000 acerca de la desvinculación del nuevo tipo con el art. 18 y la insistencia en que lo que se pretende castigar es el “refuerzo” o “apoyo” que este tipo de conductas representan. Y, en efecto, nada había en la letra de la ley que autorizase al intérprete a recortar su ámbito de aplicación en el modo indicado. Ello obligaba a entender que lo sancionado eran conductas de exaltación del delito desconectadas de todo componente incitador. A partir de ahí, la conducta podía adoptar una de las dos modalidades a que la norma se refiere: a) el enaltecimiento como equivalente a elogio o alabanza del crimen o sus responsables y b) la justificación, comprensiva de las conductas consistentes en ofrecer razones con las que se pretende legitimar la comisión de los delitos comprendidos entre los arts 571 a 577, entre los cuales, por cierto, no está el de simple pertenencia a la organización terrorista. Claro está que dicha interpretación no impedía tener que incluir en el tipo conductas como la difusión de comunicados justificativos de concretas acciones delictivas o sentidos homenajes a terroristas convictos. Pensemos, por ejemplo, en los comunicados emitidos por HB a través de su oficina de prensa, tratando de justificar los asesinatos de E. Múgica y F. Tomás y Valiente [STS 29 noviembre 1997 apartado G de la declaración de hechos probados (*Tol* 407742)] o, en cuanto a lo segundo, en los conocidos actos

de homenaje a etarras como Argala o Castresana, que ya han motivado alguna condena por este concepto (SAN de 27 de abril de 2006; RA 2006/179, confirmada por STS 578/2007, de 20 de junio (*Tol* 1106874).

El resultado podía no complacernos por diferentes razones, entre las cuales ocupa el principio de prohibición de exceso un lugar de honor. Pero era al que se llegaba sin forzar la letra de la ley. El caso es que ahora, aunque la letra sigue siendo la que siempre fue, la STC 235/2007 nos obliga a replantear la cuestión, toda vez que en relación con una modalidad de conducta prácticamente idéntica —la justificación del delito de genocidio— ha venido a exigir la presencia de un elemento incitador. Concretamente, en relación con el art. 607.2 se dice que “la literalidad del precepto no exige, a primera vista, acciones positivas de proselitismo, ni menos aún la incitación, siquiera indirecta a cometer genocidio” (FJº 6). Esa conclusión, sin embargo, no le resulta satisfactoria al TC y, en consecuencia, decide “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado”, lo que le conduce a entender que —a diferencia (¿) de lo que sucede con el negacionismo— en la conducta consistente en difundir ideas que justifiquen el genocidio “sí resulta posible apreciar el elemento tendencial” capaz de salvar la constitucionalidad de la norma. En su virtud, hay que entender que lo punible es lo que el propio TC denomina, “una modalidad específica de incitación al delito” (FJ 9º *in fine*), caracterizada por operar, según la sentencia, de alguno de los dos modos siguientes: a) como una incitación indirecta a la comisión del delito de genocidio, o b) como una suerte de provocación al odio “de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación” (FJ 9º).

Sin entrar en el complejo debate que rodea a este tipo de sentencias, lo que, sin embargo, no puede dejar de señalarse es que éste se antoja uno de esos casos en que se incurre en una desfiguración del enunciado legal difícilmente compatible con la función asignada al Tribunal

Constitucional. Es más, con las premisas de las que se parte y el desarrollo que se hace de ellas, lo que sorprende es que no se llegue a la misma conclusión en lo que al negacionismo se refiere. En cualquier caso, la constitucionalidad de la modalidad de justificación no resuelve cuál sea el ámbito de aplicación de un precepto, cuya inteligencia es ahora más difícil si se desea que no entre en conflicto con preceptos como el art. 510 o el 170.2. El hecho obvio de que no sea función de esa jurisdicción ni depurar técnicamente las leyes, ni evitar duplicidades no excusa el tomar conciencia de que determinadas interpretaciones —en este caso la propuesta por el alto tribunal— pueden contribuir a aumentar la incerteza, que es, sin duda alguna, uno de los principales enemigos de la libertad.

La anterior advertencia cobra especial sentido si se observa la singular realidad aplicativa que ha venido rodeando a preceptos como el art. 578 CP. Baste recordar una conocida interpretación jurisprudencial empeñada en inscribir en el art. 578 manifestaciones de simple adhesión ideológica que ni podrían ser objeto de sanción penal por manifiesta oposición con el art. 20 CE, ni de hecho lo son en el precepto que se comenta. Me refiero, claro está, a la STS de 26 de febrero de 2007 (*Tol 1053735*) por la que se condena al etarra De Juana Chaos como autor de un delito de enaltecimiento. El asunto —que, sin duda, pasará a la historia de los casos tristemente célebres— permite consideraciones de muy diversa índole, que, no obstante, se dejarán de lado para centrarnos en lo que aquí interesa. Concretamente, el TS enjuicia el contenido de una carta remitida al diario *Gara*, bajo el título “El escudo” y cuyo contenido —reproducido en el relato de hechos de la sentencia— se resume bien en el voto particular del magistrado Giménez García como una crítica de la política penitenciaria efectuada en un estilo romo y grosero. Naturalmente, el etarra se congratula de que ni él ni el resto de presos den signos de resocialización, del mismo modo que, para fortalecer el ánimo de los encarcelados, se jacta de que tienen el escudo invulnerable de la razón. Poco

más ofrece la lectura en términos de exaltación o alabanza. Sin embargo, al TS eso le parece más que suficiente, pues al decir que tienen el escudo de la razón “se está expresando que tienen razón estos presos al haber cometido sus crímenes, lo que constituye una justificación respecto de aquellas conductas por las que fueron condenados quienes han estado o están en prisión por los delitos de ETA” (FJ 5º). Por si lo anterior no bastara, el TS insiste en que cuando se da a entender que esos presos se hallan secuestrados por un sistema autoritario “se está en definitiva diciendo que por esos hechos se encuentran injustamente privados de libertad”, lo cual —concluye— “constituye, por un lado, ensalzar a los presos etarras y, por otro, una justificación de los crímenes por los cuales estos presos han sido condenados” (FJ 5º).

Cuanto se acaba de transcribir resulta tan elocuente que no está precisado de mayor glosa. Como bien dicen los magistrados discrepantes, ni se reivindica ningún delito concreto, ni en puridad de términos se ensalza la *actividad* delictiva de los presos. De hecho, ya la Audiencia Nacional había descartado por esas razones inscribir los hechos en el tipo de enaltecimiento SAN 8 noviembre 2006, FJ 3º (*Tol 1037005*) Lo que hay en ese artículo, como puntualiza el magistrado Andrés Ibáñez, es la expresión de un planteamiento ideológico que se expone con diatribas ajenas a las reglas del discurso racional o, como apunta Giménez García, con el típico maniqueísmo del discurso terrorista. Por otra parte, ese había sido en otros casos el parecer de ese mismo órgano y no había en éste razones solventes para cambiar de criterio. Ejemplo paradigmático de cuanto digo son los analizados en las ya citadas SSTS de 4 de julio de 1994 y 29 de noviembre de 1997. En la primera se absolvió a los responsables del homenaje tributado el 30 de marzo de 1992 por un grupo de concejales de HB a varios etarras en términos tales que convierten las declaraciones de De Juana en una tibia muestra de solidaridad sin importancia. En la segunda, se descartó radicalmente la posibilidad de subsumir en el art. 268, vigente al tiempo de los hechos, los comunicados emi-

tidos por la oficina de prensa de HB tras los asesinatos de E. Múgica y F. Tomás y Valiente; lo cual, sin perjuicio de que a la misma conclusión absolutoria se llegase por aplicación del nuevo Código en tanto que ley más favorable, no resultaba de manera tan pretendidamente evidente de lo dispuesto en aquel precepto, cuyo contenido no difiere sustancialmente de cuanto hoy dispone el art. 578 CP.

Es difícil predecir los efectos que la STC 235/2007 pueda tener en este marasmo de inseguridad y cambios de criterio. Lo que sí puede decirse es que no cabe esperar mucho de una tesis que acaba por configurar la justificación del delito como un “delito de clima”. De momento, no resulta muy esperanzador que el ministerio fiscal haya recurrido el auto de 25 de enero de 2008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 decretando el archivo de las diligencias abiertas contra la alcaldesa de Hernani por las palabras pronunciadas en un acto político de ANV donde se limitaba a agradecer los aplausos con los que había sido recibida y pedía que se entendiera que iban dirigidos “a Igor Portu, Mattin Sarasola y a todos los presos políticos vascos que se encuentran dispersos en las cárceles de Francia y España”. Ahora sólo queda esperar a conocer el resultado final del recurso, lo cual, lamentablemente, resulta absolutamente imprevisible.

D) DELITOS DE EXPRESIÓN, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

a) Consideraciones acerca del ámbito constitucional de la libertad de expresión.

El problema de tipos como los que hemos venido analizando es, sobra decirlo, el problema del recorte de la libertad. Y el alcance real del recorte que comporta la prohibición penal se constata con solo pensar en la incidencia indirecta que tiene en derechos como el de participación política, de reunión y manifestación sobre los que se proyecta la sombra de la penalización de esas formas de expresión

(desde las repercusiones que puede tener en los procesos de ilegalización, hasta los que tiene en sede gubernativa a los efectos del ejercicio del derecho de reunión o manifestación). Eso es algo que conviene no olvidar en los debates acerca de los límites constitucionales al castigo de la apología, el enaltecimiento o conductas similares, sin perjuicio, claro está, de que el eje de los mismos lo constituya el derecho fundamental a la libertad de expresión en tanto en cuanto es el que más directamente puede resultar afectado por una regulación penal de aquella figura que invada el contenido esencial del referido derecho.

Mucho es lo que se ha escrito sobre el alcance del derecho consagrado en el art. 20 CE, de manera que ni voy a reproducir lo que yo misma he dicho en otros lugares, ni lo que otros —a veces, con mejor prosa— también han expuesto al respecto. Me parece que pudiera tener más interés contribuir a poner al descubierto los equívocos que atraviesan esta clase de discursos y que, como tantas veces ha señalado Vives Antón, traen causa del hecho de no deslindar adecuadamente el plano de la libertad de expresión de otros planos distintos; confusión en la que incurrir por igual doctrina y jurisprudencia. La confusión, como es lógico, no se produce en relación con el núcleo intangible de aquella libertad básica. Nadie medianamente capaz cuestionaría siquiera la proscripción constitucional de cualquier regulación de la apología que sancionase la simple expresión pública de coincidencia con un proyecto político. Claro es, por tanto, que no podría pasar ese filtro ninguna regulación que sancione el discurso en sí, la propaganda, pues en un sistema democrático ninguna doctrina puede quedar en virtud de lo dispuesto en el CP fuera de la discusión pública.

Sentado lo anterior, esto es, cuando ya no hablamos sólo de apoyo a la ideología, empiezan los problemas. Así es porque, en el noble empeño de excluir del ámbito penal conductas cuya sanción en esa sede carece de una justificación racional, se argumenta a partir de uno de estos dos errores: ya sea a partir de una concepción constitucionalmente inaceptable

de la libertad de expresión o, segundo error, asumiendo el discurso que erróneamente priva de legitimidad a la previsión penal por la supuesta falta de ofensividad de la conducta sancionada.

Por lo que hace a la primera de las confusiones apuntadas, comenzaré por señalar que es la que subyace en quienes, frente a lo sostenido por la STC 136/1999, quisieron presentar, como ejercicio de la libertad que nos concierne, la cesión que de los espacios electorales hicieron los miembros de la Mesa de HB para difundir un mensaje que, por el modo en que se transmitió, tenía carácter amenazante. Se podrá estar de acuerdo o no en atribuir dicho carácter al mensaje pero es manipular los argumentos sugerir que lo que se incriminó fue la propuesta en sí, la propaganda sin aditamentos, por el simple hecho de ser expresión del pensamiento de la banda terrorista ETA. Bien claro lo dijo ya el Tribunal Supremo cuando afirmaba que para HB “era perfectamente posible y legal proponer en dicho espacio (s.c los espacios electorales gratuitos) y *por sí misma* tal planteamiento como fórmula política o como parte de su programa electoral” (FJ 18º), como de hecho venía haciendo desde 1995 a lo largo y ancho del País Vasco sin que por ello me conste que se hubieran iniciado actuaciones. Decir como dijo alguno que entre ambas cosas no hay diferencias cualitativas y que “o todo es delictivo o nada lo es” me parece una simplificación peligrosa. No hay duda, no puede haberla, de que la propaganda *en sí* pertenece en cuanto difusión de ideas al contenido inatacable de la libertad de expresión. Ni era, pues, posible desterrar del ámbito de los derechos fundamentales el hecho de promocionar una opción política, ni fue eso lo que se desterró. Se desterró la propaganda política amenazante e intimidatoria, que por ser esto último quedaba fuera de las libertades en cuestión y por ser lo primero —esto es expresión de ideas que, además, se manifestaban en un contexto de participación política— exigía de matizaciones cuya sede propia, sin embargo, no era el terreno de la delimitación de los derechos, sino el de la proporcionalidad de la

reacción. Ese es, a mi juicio, uno de los principales méritos de la STC 136/1999, donde resulta nítida la separación de dos parcelas que a menudo aparecen confundidas: el exceso en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal de ese exceso. Al razonar sobre lo primero, esto es, al enjuiciar si nos hallábamos ante un lícito ejercicio de las libertades alegadas, el Tribunal Constitucional se sustrajo a la tentación de manejar la cuestión como un problema de desconocimiento del contenido constitucional del derecho y con ello dió un paso adelante en la tarea de definición de la libertad de expresión. Al mismo tiempo, sentó las bases para la consolidación del principio de prohibición de exceso como verdadero instrumento de control de la proporcionalidad de la ley penal (cuestión distinta es que podamos discrepar de su concreta aplicación al caso o que sea dudoso que la inercia de aquel empuje subsista hasta nuestros días).

No es menor tampoco la confusión en que se incurre cuando se parifica apoyo ideológico con apoyo a la actividad delictiva y se pretende incluir ambas cosas en el contenido intangible de la libertad de expresión. Sin embargo, habría que plantearse seriamente si esa asimilación es correcta o si, por el contrario, hay una sustancial diferencia entre lo que pueda ser una simple expresión de coincidencia con un programa político y una manifestación de aprobación de un acto delictivo concreto. A algunos no debe parecerles procedentes tal distinción, pues sólo así se explica que la mayoría de las voces críticas contra cualquier regulación de la apología prescindan de matizaciones y acaben por reconducir ambas clases de conducta al ámbito intangible de la libertad de expresión y, en su virtud, censuren por idéntica razón tipos penales que, desde la perspectiva del derecho fundamental, no son equiparables. De algún modo, un razonamiento de este género es el que subyace en la tan citada STS de 29 de noviembre de 1997, donde en relación con los comunicados que justificaban los asesinatos de Múgica y Tomás y Valiente se afirma taxativamente que se trata de manifestaciones amparadas en el legítimo ejercicio de la libertad

de expresión (FJ 30 *in fine*), lo cual, pudiendo ser exacto en ese caso concreto, no creo que pueda extrapolarse a cualquier justificación del crimen como medio de alcanzar un fin, cualquiera que éste sea.

Frente a lo anterior, se alza la finura interpretativa de que en este tema ha hecho gala el Tribunal Constitucional español, quien, en su ardua tarea de delimitar el contenido constitucional del derecho fundamental que nos concierne, ha distinguido entre lo que podríamos llamar apología de la ideología y la apología de comportamientos delictivos, situando esta última claramente fuera del ámbito constitucionalmente protegido.

A perfilar paulatinamente el contenido del derecho desde esa perspectiva contribuyó, sin duda, la STC 176/1995, de 11 de diciembre, donde se conoció del recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que condenaba como autor de un delito de injurias a un sujeto que adquirió los derechos de edición y posterior publicación en España del cómic “Hitler-SS”, publicación en la que se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, con alemanes de las Schutz-Staffel y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales, narrándose lo allí acontecido en tono de mofa y sazónándose todo con expresiones insultantes (animales o carroña, entre otras), de manera que —como dice la sentencia— cada viñeta, palabra y dibujo es agresiva por sí sola, y su mensaje, tosco y grosero. Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado por entender que “la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión” (FJ 5º). La referida sentencia da, por tanto, un paso más en el camino que de algún modo inició la ya citada STC 159/1986, de 12 de diciembre, en la que, al tiempo que se subraya la imposibilidad de que la ley penal se alce como un límite absoluto al derecho a la información, se cuida de separar el tratamiento que merece la noticia en sí del

que pueda otorgarse a las manifestaciones apologéticas, sugiriendo ya entonces la posible exclusión del discurso apologético del contenido esencial del derecho afectado (FJ 7º y 8º).

No es menor la importancia que en este orden de cosas tiene la STC 48/2003, de 12 de marzo, llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la LO 6/2002, de partidos políticos. La sentencia, tan discutible en otros aspectos, no sólo reitera lo ya dicho por la STC 136/1999 de que la libertad de expresión no ampara los mensajes amenazantes, sino que se empeña decididamente en dejar clara la diferencia sustancial que existe entre el apoyo ideológico (a programas o ideologías) y el que tiene por objeto apoyar el terrorismo y la violencia como medio de acción política (FJ 10º). En la misma línea, y si cabe de manera más clara, la STC 5/2004, de 16 de enero marcó claramente el rumbo a seguir. Como se sabe, dicha sentencia fue dictada al conocer del recurso de amparo promovido por Batasuna frente a la sentencia de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo que decretó su ilegalización [STS de 27 de marzo de 2003 (*Tol 337395*)] En lo que ahora interesa, la sentencia da cumplida contestación a la pretensión del recurrente de cobijar en los derechos de participación política (art. 22 CE), libertad ideológica (art. 16.1) y libertad de expresión (art. 20.1.a) afirmaciones como la de que las autoridades estatales no podrán pasear con impunidad por Euskal Herria, o las admoniciones hechas a las tres fuerzas políticas integrantes del Gobierno Vasco para que no se les ocurriese utilizar los mecanismos que el Estado le ha otorgado para golpear a Batasuna porque en tal caso se crearía un escenario no deseado [Vid relato de hechos probados STS 27 marzo 2003 (*Tol 337395*)]. La propia demanda se refiere a esas y a otras conductas como un ofrecimiento de “soporte político e ideológico a la acción de organizaciones terroristas” y, ante la claridad de los términos, el Tribunal Constitucional se muestra contundente: sólo a partir de una concepción equivocada y constitucionalmente inaceptable de las libertades que se invocan podría concluirse que apoyar la

actuación de las organizaciones violentas o las conductas intimidatorias pertenecen al ámbito constitucionalmente protegido de los mencionados derechos fundamentales (FJ 19º). En la misma línea ha incidido el TC en la STC 85/2003 (FJ 4º) y en la reciente 110/2007 (FJ 25º) al reiterar que “la libertad ideológica y de expresión no (...) pueden amparar el empleo o aprobación de medios no democráticos y violentos para la consecución de los fines que determinadas formaciones políticas pretenden” Queda, pues, dentro del derecho la apología de la ideología pero no así la apología de la violencia. Y a lo anterior cabría añadir la importante matización que introdujo la STC 5/2004: la interpretación de la conocida regla del “claro e inminente peligro” no puede llevarse a cabo abstracción hecha de las concretas conductas que se enjuician, ni del contexto en el que se enmarca el discurso apologetico. Con ello, por otra parte, sienta las bases que deben conducir a abordar el problema desde una perspectiva parcialmente distinta, que no cuestiona la peligrosidad del discurso político, sino que, dándola por sentada, pretende discurrir acerca de la legitimidad de su sanción penal sirviéndose de parámetros distintos.

b) Apología del delito y principio de ofensividad. Cuestiones previas

Así titula Vives Antón el epígrafe de un artículo ya antiguo aunque recientemente revisado [2005 (*Tól 971904*)] en el que el autor expone con acierto las razones que obligan a articular el rechazo al castigo de la apología a partir de argumentos distintos a la pretendida ausencia de daño social.

Como allí se dice, la doctrina mayoritaria objeta al castigo de las conductas apologeticas que no son provocación el hecho de que con ellas se castigue la simple expresión de ideas y no la producción de un auténtico daño o peligro, por lo que dichas figuras sufrirían un déficit de bien jurídico incompatible con una tutela penal respetuosa del principio de ofensividad. Sin embargo, la idea de que conductas como las que sanciona el art. 578 son inocuas

es una idea equivocada. Incluso sería ingenuo sostener que lo son las conductas de apoyo táctico al terrorismo, pues, como bien dijera la STC 5/2004, ello cristaliza en “apoyo social” en la medida en que ese tipo de comportamientos han prologado un entendimiento del fenómeno terrorista que, cuando menos, lo presenta como reacción inevitable frente a una agresión injusta del Estado (FJ 18º).

Hay que partir, pues, de la premisa de que nos enfrentamos a conductas peligrosas, pero también de esta otra: la protección constitucional no puede quedar limitada a conductas inocuas, de manera que, del mismo modo que es preciso focalizar la atención en algo distinto a una falsa falta de peligrosidad si se desea combatir la sanción penal de estas conductas, también hay que tomar en consideración otros parámetros distintos al daño social para justificar la legitimidad del castigo.

Esto último era algo que parecía definitivamente asentado en la doctrina constitucional, cuya trayectoria en este punto rompe la STC 235/2007 con una inadecuada trasposición de la jurisprudencia del TEDH. En dicha resolución se incurre en una doble confusión: en primer lugar, a la hora de delimitar el contenido del derecho fundamental, y, en segundo término, cuando se pone exclusivamente el acento en la indiscutible dañosidad social de las conductas sancionadas en el art. 607.2 CP. Obsérvese que se dice que “*el problema (...)* es el de si la negación de hechos que pudieran constituir actos de barbarie o su justificación tienen su campo de expresión en el libre debate social garantizado por el art. 20 CE o si, por el contrario, tales opiniones pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar a bienes constitucionalmente protegidos” (FJ 4º). Con tal planteamiento el TC se aparta de sus mejores precedentes y mezcla cosas que son distintas, a saber: el contenido del derecho fundamental afectado y la ofensividad de las conductas cuya constitucionalidad se cuestiona. Sin embargo, es claro que el derecho no puede limitarse a dar cobijo a conductas carentes de ofensividad. De hecho, si así fuera no estaríamos enzarzados en estos debates. Por

tanto, la mayor o menor amplitud del derecho fundamental no puede hacerse depender de la peligrosidad de la expresión. En segundo lugar, la sentencia ofrece una débil fundamentación a la declaración de constitucionalidad al residenciar todo el discurso en la potencialidad dañina de las conductas de justificación. Ese es un parco argumento porque si bien la dañosidad es, por exigencias del principio constitucional de ofensividad, componente ineludible del delito, por sí sola no legitima la intervención penal. Por lo demás, al haber basculado toda la argumentación alrededor de ese componente, eran de esperar los muchos votos discrepantes de los magistrados que, con razón, ven en el negacionismo idéntico o similar peligro.

Y es que la cuestión no es ni que las conductas apoloéticas sean inocuas, ni que evitar la inestabilidad social que genera el llamado “lenguaje del odio o de la violencia” no constituya un valor. El verdadero problema es que para tutelarlos se sancionan penalmente conductas que en algunos casos son ejercicio de la libertad de expresión y en otros están tan cercanos a ella que la sanción penal provoca un efecto de desaliento que, como desde antiguo dijera el Tribunal Supremo Federal Norteamericano, resulta escasamente compatible con el reconocimiento constitucional del derecho fundamental. Es a la vista de eso que hay que preguntarse si esa limitación está constitucionalmente justificada. En lo que sigue me propongo desarrollar esa idea.

c) Bien jurídico, proporcionalidad y apología

Como vengo diciendo, preceptos como el art. 578 CP persiguen evitar conductas que son idóneas para producir cierta alarma e inestabilidad social y que en la mayoría de los casos generan en la opinión pública un sentimiento de justa indignación. El problema es dilucidar si con la tutela penal de tales intereses no se han confundido dos ámbitos bien distintos: el de lo éticamente reprochable y el de lo que penalmente se puede sancionar. De hecho, no es casual que iniciativas legislativas como la

que nos ocupa hayan motivado el que resurja la vieja idea del bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad.

Hasta ahora, sin embargo, parecía existir acuerdo en postular que en un sistema democrático es indispensable la separación entre el derecho y la moral virtud, y que ello no sólo se proyecta sobre los comportamientos sexuales, sino también en el campo de los comportamientos políticos, que es precisamente el terreno donde hoy se libra aquella vieja batalla. Olvidar tal obviedad es tirar por tierra los fundamentos teórico-políticos de la democracia, que tiene en la autonomía ética y en la libertad jurídica dos de sus elementos definidores. No obstante, la realidad se empeña en mostrarnos una cara distinta y ello obliga a profundizar en la reflexión apenas esbozada sobre la idea del bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad

d) El bien jurídico como *prius* lógico del principio de proporcionalidad. La teoría procedimental del bien jurídico de Vives Antón

A partir de la STC 55/1996, queda definitivamente fijada la fórmula que apela al bien jurídico como *prius* lógico del juicio sobre la proporcionalidad de la misma, que, por tanto, pasa a ocupar el frontispicio de la estructura del referido principio. La consideración a que ello responde parece obvia, pues faltando la primera razón justificativa del castigo, éste resulta arbitrario y, por ende, ya no ha lugar a plantearse la proporcionalidad del mismo. Por otra parte, proceder de ese modo tiene la ventaja de alzaprimar la idea —tantas veces subrayada por Vives Antón— del bien jurídico como primer tópico de la argumentación en torno a la validez de la norma.

En efecto, como señala este autor, decir que el bien jurídico es un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad implica renunciar a concebir aquél en términos de objeto y, a partir de ahí, es obligado rechazar las concepciones que prefiguran el bien jurídico, homogeneizan la categoría y,

en consecuencia, olvidan que la justificación del castigo habrá de acometerse caso por caso, siendo, por ende incompatible con esa pretendida nivelación conceptual. El bien jurídico, entendido como conjunto de razones primarias que justifican el castigo ni es una idealidad prejurídica que el ordenamiento encuentra ya configurada, ni puede ser aceptado, sin más, como el fruto de una opción legislativa. Precisamente por eso, desde la concepción que se comenta, no puede bastar con que determinadas conductas produzcan de hecho un daño social. Es preciso, además, que el ordenamiento pueda racionalmente considerarlas lesivas, lo que trasladado al tema que nos ocupa se traduce en la necesidad de enjuiciar si determinadas regulaciones de la apología tienen o no una justificación racional.

Llegados a este punto, no parece que esté necesitada de extensas argumentaciones la idea de que un ordenamiento que reconozca la libertad de expresión entre las libertades básicas y que asuma las buenas razones que existen para aceptar la prioridad de las libertades básicas, no puede considerar jurídicamente dañosa una conducta que sea legítimo ejercicio de un derecho fundamental, por más que pueda resultar socialmente perniciosa y moralmente condenable. Eso es algo que parece obvio cuando nos enfrentamos ante conductas que pertenecen al ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. El paso siguiente ha de consistir en proyectar cuanto acaba de apuntarse sobre conductas que, por el contrario, quedan más allá de la libertad que nos concierne. Siendo así, las referidas conductas entran, como dijera la STC 185/2003, dentro del ámbito de lo potencialmente punible. Sin embargo, ese no es, en modo alguno, un ámbito exento y, de hecho, el conjunto de exigencias inherentes al principio de prohibición de exceso planean sobre el mismo cuando se intenta profundizar en ese proceso de justificación racional. En las líneas siguientes apuntaré cuál puede ser el alcance y función dogmática del efecto de desaliento en tanto que criterio decisivo para enjuiciar la proporcionalidad de las limitaciones penales impuestas a la libertad

de expresión cuando éstas se proyectan sobre conductas que, pese a no ser ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa, guardan singular cercanía con el mismo. Esa es la posición que, a mi juicio, ocupan las conductas sancionadas por el art. 578 CP

e) Proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales

Como todo el mundo sabe, la doctrina del efecto de desaliento (*chilling effect*) hunde sus raíces en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que se ha servido de ella fundamentalmente en materia de libertad de expresión y, en su virtud, ha declarado inconstitucionales normas que sancionaban conductas que, sin constituir ejercicio legítimo del derecho protegido en la Primera Enmienda, sin embargo pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido. Estas circunstancias, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano, incrementan el desaliento que de suyo genera cualquier prohibición y, por tanto, obligan al legislador a respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, a buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*).

Esta doctrina, seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por otros muchos tribunales europeos, no es algo que resulte ajeno a nuestra jurisprudencia constitucional, pues no son pocas las resoluciones que se hacen eco de la misma. En otro lugar me he ocupado con detalle de los precedentes en nuestra jurisprudencia constitucional, así como de analizar la función dogmática que la doctrina del desaliento debe tener en el proceso de tipificación e interpretación de los tipos (2007). Ahora me limitaré a reiterar el papel que le corresponde como criterio de cierre para enjuiciar la constitucionalidad de una sanción penal, pues, como desde antiguo expresara el

magistrado Vives Antón en diversos votos particulares, carece de justificación constitucional sancionar penalmente los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión cuando nos encontramos ante conductas demasiado cercanas al lícito ejercicio de aquella.

En resumen: la doctrina del efecto de desaliento pretende tutelar los derechos fundamentales frente a ingerencias del *ius puniendi* estatal incompatibles con las exigencias materiales de aquéllos y, por tanto, prohíbe que la eficacia intimidatoria de la pena se extienda a conductas que son limítrofes con el legítimo ejercicio de aquellos derechos, ya que, de hacerse así, ello podría desanimar a los ciudadanos de ejercer sus derechos constitucionales. Excluir al derecho penal como factor de desaliento es la propuesta de esa doctrina, que, como es obvio, no busca, cual alguno ha sugerido, proteger a “eventuales coautores, cómplices o encubridores terroristas”. Estos y otros argumentos demagógicos debieran desterrarse de un discurso argumental que parece olvidar la función última de los principios garantistas y, en su virtud, la diferencia de buen criterio que existe entre traspasar los límites en el ejercicio de un derecho y la relevancia penal de ese exceso. Por esta misma razón aquí no puede compararse que servirse de tal criterio en derecho penal sea afirmar una cosa y su contraria, pues decir que no es constitucionalmente aceptable que el derecho penal —en sí mismo o en tal medida— provoque aquel efecto nada obsta a seguir reconociendo que la conducta en cuestión carece de protección constitucional y, por ende, puede ser combatida con medidas no penales o, de ser penales, concebidas de manera que eviten el desaliento. En definitiva, la conducta no está protegida constitucionalmente pero los derechos fundamentales a los que, disuadiendo su ejercicio, afecta la sanción —o tanta sanción— penal no dejan por ello de estarlo. Si eso se olvida, se posterga el propio derecho fundamental.

En efecto, cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación porque si, como es obvio, todo

delito implica limitación de derechos fundamentales, tanto en virtud de la pena, como en virtud de la restricción que para la libertad general de acción representa la conducta tipificada, en aquellos casos resulta que, además, lo castigado es el ejercicio abusivo de un derecho fundamental, que es, como digo, un abuso pero que en la medida en que se relaciona con su ámbito de acción requiere la toma en consideración de elementos de legitimación adicionales por los efectos asociados a su sanción. La proscripción del desaliento forma parte, *a contrario*, de ese discurso, y proyecta su sombra sobre el legislador, primero, y sobre el intérprete después, obligándoles a hacer efectiva la función primaria del desaliento como criterio de proporcionalidad que interviene en el proceso de justificación de la sanción.

Esa es la reflexión a que, a mi modo de ver, debiera someterse la tipificación de conductas apologéticas como las recogidas en el art. 578 CP. Y, con mayor motivo, el legislador debe reparar en el dislate que representa equiparar valorativamente la apología del terrorismo con los delitos de terrorismo. Eso es lo que, sin embargo, ha hecho en un ámbito tan sensible como es la delincuencia de menores. Concretamente, el art. 2.3 de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo en la LO 5/2000 la disposición adicional 4ª, por cuya virtud se sometía a los responsables de delitos comprendidos entre los arts 571 a 580 CP a un régimen singular tanto en materia de competencia, cuanto en lo referente a los criterios de aplicación y duración de las medidas, al tiempo que ya se impedía la posibilidad entonces vigente de aplicar la ley a los jóvenes de entre 18 y 21 años responsables de los referidos delitos, sin consideración a la muy distinta gravedad que de hecho tienen los comprendidos entre tales preceptos. Por su parte, la actual redacción dada a la LORPM por LO 8/2006, de 4 de diciembre ha consagrado definitivamente ese modelo de excepción (cfr. arts. 10.2 y 3, 11.2, 15.1º, entre otros). El sinsentido mayúsculo que todo ello representa obliga a recordar que, como bien sugiriera la STC 199/1987, de 16 de diciembre y expresamente dijera el ATS

23 de mayo de 2002 la apología no es, pese a su ubicación sistemática, un delito de terrorismo, sino “un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto o delito objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse” (Causa especial 29/2002, RA 2002/4727).

Y si esas son las exigencias mínimas que se proyectan sobre la labor legislativa, por lo que a la tarea interpretativa se refiere, en el frontispicio de todas ellas debe situarse, como dice la STC 110/2000, “la necesidad de que se deje un amplio espacio, es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que [la libertad de expresión] pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor” (FJ 5º *in fine*). No basta, pues, con estimar justificadas las conductas que sean ejercicio legítimo de tal derecho. Eso es un *prius* respecto a estos otros requerimientos derivados del efecto de desaliento que ahora estamos considerando. Precisamente por eso, la función dogmática del efecto de desaliento no puede desplegarse en sede de justificación toda vez que aquél opera en relación con conductas que no representan el ejercicio de un derecho fundamental; pues, si lo representaran, habría que excluir *ab initio* la sanción, sin necesidad de recurrir a la proscripción del desaliento. En ese espacio extramuros del derecho es donde proyecta su sombra el efecto de desaliento: de un lado, en la tipicidad, orientando la subsunción jurídica y, de otro, en la penalidad, guiando la determinación de la pena.

Centrándonos en el momento de la subsunción típica, lo que singulariza al efecto de desaliento como exigencia adicional de justificación es el hecho de robustecer las exigencias clásicas de legalidad, que resultan más reforzadas en estos casos por su conexión con el derecho fundamental. Dicho de otro modo: la doctrina del desaliento pasa a formar parte del análisis global que debe preceder a la decisión judicial, un análisis en el que se entrelazan de modo indisoluble las exigencias de legalidad y las derivadas directamente del necesario respeto y efectividad de los derechos fundamentales. En su virtud, no basta con que el juez se ajuste al tenor literal de la ley y, por tanto, elimine de

la órbita del tipo las conductas que claramente están fuera de la zona indudable de exclusión. Es, además, preciso que su interpretación no sea incompatible con el reconocimiento constitucional del derecho. Es decir, cuando el tipo penal se conecta con el ejercicio de derechos fundamentales, no basta con razonar a partir de la literalidad del precepto penal, sino que resulta necesario hacerlo a la luz del derecho fundamental afectado, cuyo legítimo ejercicio no puede resultar desalentado por una interpretación del tipo ajena a las exigencias de la proporcionalidad penal. La proporcionalidad, que no cabe frente a la ley, se inserta en ella para garantizar que la interpretación judicial de la misma no es contraria a la efectividad del derecho fundamental afectado.

f) Apología del delito y principio de legalidad

Retomo este epígrafe con la última de las consideraciones con que concluí el anterior: ninguna interpretación puede sobreponerse a lo que dice la ley.

Acto seguido, hay que advertir de los peligros que acechan tras determinadas interpretaciones *secundum constitutionem*, una fórmula que a veces acaba convertida en un subterfugio que sirve para ocultar un uso perverso del principio de proporcionalidad que, como está sucediendo en otros ámbitos, se utiliza por el juez ordinario para revisar el criterio legislativo o, lo que es lo mismo, se usa contra la ley. Sin embargo, es tan obvio que frente a ésta no cabe ponderación alguna que casi sobra decir que, tanto si el juzgador estima que el legislador ha invadido el ámbito constitucional inatacable del derecho a la libertad de expresión, como si considera que, pese a no invadirlo, ha reaccionado desproporcionadamente y no es posible corregir dicha desproporción sin vulnerar las exigencias de la legalidad, a aquél sólo le queda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, única vía legítima para alzar su voz frente a la ley.

Pese a tal evidencia, la historia jurisprudencial de los delitos de naturaleza apologética se

caracteriza por los vaivenes que ha sufrido la aplicación de estas figuras; lo cual resulta ciertamente insólito si se piensa que, dado el reducidísimo número de sentencias que versan sobre este particular, no hay dificultad alguna en conocer el precedente.

Al margen de otros casos a que ya se ha hecho alusión, nada mejor para ilustrar lo dicho que el rumbo (?) que se ha seguido en un conocido procedimiento seguido por un presunto delito de enaltecimiento contra A. Otegi, Jon Salaberría y Aritz Zubimendi, si bien esta última fue juzgada finalmente en causa separada y absuelta al retirar el ministerio público la acusación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 19 julio 2005, RA 2006/273644).

En lo que a Otegi atañe, los hechos, sustancialmente expuestos, son los siguientes:

El día día 30 de julio de 2001 se celebró en Polloe el entierro de la etarra Olaia Castresana, muerta mientras colocaba un explosivo. Al acto, presidido por una gran pancarta en la que se podía ver una foto de la fallecida junto al texto: «Del mismo tronco que tu surgiste, nacerán otros. La lucha es el camino», asistieron cientos de personas y se corearon gritos a favor de ETA. Entre los asistentes, estaba Otegi, quien, además de portar el féretro, realizó, entre otras, las siguientes declaraciones: «Nuestro aplauso más caluroso a todos los gudaris que han caído en esa larga lucha por la autodeterminación». De igual modo, por referencia a la fallecida dijo «Se nos ha ido, a sus veintidós años, como tantos gudaris de ETA, con la dignidad silenciosa y la suerte solitaria». Poco después, afirmaba que «es la generación nacida en el Estatuto la que se adhiere a la lucha armada para expresar su compromiso político» (...) «lo que demuestra que generación tras generación y aunque la lucha siga siendo muy dura, ésta pasa de mano en mano»

A raíz de esas declaraciones, el Ministerio Fiscal presentó querrela por un supuesto delito de enaltecimiento del terrorismo que fue desestimada por auto de 14 de marzo de 2002 al entender la instructora que dichas declaraciones “no guardaban relación alguna” con el tipo alegado y eran, sin más, ejercicio legítimo de la libertad de expresión y del derecho a la participación política. No se lo pareció así al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, órgano que por sentencia de 31 de marzo de

2004 (RA 2004/154) absolvió a Salaberría por limitarse a portar el féretro; pero condenó a Otegi como autor de enaltecimiento del terrorismo por estimar que se ajustaban al tipo previsto en el art. 578 CP “las encomiásticas alusiones a quienes optan por la pertenencia a grupos del tipo de los que define el art. 571 o por el ejercicio de la que encarecidamente denomina el acusado «lucha armada» (FJ 3º, *in fine*). Contra dicha sentencia interpuso el acusado recurso de casación, alegando entre otros motivos la falta de imparcialidad de dos de los magistrados que habían concurrido a dictarla, siendo estimado dicho recurso por STS de 19 de enero de 2006 (*Tol 809376*) que ordenaba la retroacción de actuaciones al comienzo del juicio oral. Sucedió que, entretanto, el acusado perdió su condición de aforado y así fue como el asunto llegó a la Audiencia Nacional, donde dicho tribunal adoptó el insólito acuerdo de abrir el juicio oral no sólo contra Otegi, sino también contra Salaberría, en su momento absuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Aquí dejaré de lado las consideraciones que merecería semejante despropósito para centrarme en lo que ahora interesa que son las razones que llevaron a la Fiscalía de la Audiencia Nacional a retirar la acusación tras la práctica de la prueba. A juicio de ese órgano, las declaraciones del acusado no pasaban de ser el elogio de una ideología, lo que, unido a las dudas que siempre han rodeado la figura por su posible incompatibilidad con derechos fundamentales, le aconsejaba actuar en el sentido indicado. Así las cosas, la Audiencia Nacional dictó sentencia el 23 de marzo de 2007, absolviendo al acusado pero dejando bien claro que, a la vista de la prueba, los hechos “podrían constituir un delito de enaltecimiento terrorista” sin perjuicio de que el fallo hubiera de ser absolutorio por así imponerlo el principio acusatorio. La perplejidad que genera una sentencia de esta naturaleza sirve inmejorablemente como broche de oro de lo que, con razón, se ha considerado un encadenamiento de errores sobre cuya trascendencia no parecen reparar ninguno de los órganos implicados.

Cierto es que la interpretación de los tipos dista de ser una ciencia exacta desde el momento en que el legislador opera con palabras y, además, se le reconoce la posibilidad de que, dentro de ciertos límites, pueda potenciar la consustancial labilidad del lenguaje para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (SSTC 62/1982, 53/1994 o 137/1997). Ahora bien, el que, desde una perspectiva lógica, haya que renunciar a una inasequible aspiración a la plena certeza, no puede ser, sin más, sinónimo de absoluta libertad interpretativa. ¿Cómo explicar esa actitud de la Fiscalía cuando, poco antes, había sostenido la acusación ante ese mismo órgano judicial y contra el mismo acusado por hechos similares acontecidos con ocasión del homenaje tributado a Argala? Cumple recordar que por este último caso Otegi resultó condenado por la Audiencia Nacional acogiendo íntegramente la petición de quince meses de prisión que hiciera el Ministerio Fiscal (SAN de 27 de abril de 2006, RA 2006/179); sentencia que, como se sabe, resultó confirmada por la STS de 20 de junio de 2007 (*Tól 1106874*) que desestimó el recurso de casación interpuesto por el condenado. Más recientemente, sorprende el nuevo cambio de criterio de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que ahora empeña sus esfuerzos en reabrir

el procedimiento por enaltecimiento contra la alcaldesa de Hernani por hechos mucho menos significativos que los protagonizados por Otegi. En cualquier caso, no se trata de debatir acerca de la mayor o menor coherencia de los órganos intervinientes, ni tampoco de cargar las tintas en ese asunto. Hay muchos otros ejemplos y en órganos jurisdiccionales que no son la polémica Audiencia Nacional. Baste recordar algunas de las resoluciones de las que ya nos hemos hecho eco y en las que se condenaba por proferir gritos de “Gora ETA” o por expresar que “la lucha armada de ETA responde a la defensa de derechos legítimos que tiene el pueblo vasco”. En realidad, de lo que se trata más bien es de reflexionar acerca de la confusión conceptual y de otro conjunto de desaciertos que, como he tratado de apuntar a lo largo del trabajo, rodea a las conductas apoloéticas. Confusión en lo que afecta al ámbito propio de los derechos fundamentales que de ordinario se invocan; errores que versan sobre la pretendida inocuidad de las conductas; desacertados planteamientos que postergan el importante papel que la prohibición de exceso está en condiciones de desempeñar para racionalizar el castigo y, por si lo anterior no bastara, desprecio por la legalidad y los procedimientos como método para alcanzar el resultado que cada uno estima materialmente justo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

A continuación se ofrece al lector una selección de trabajos relativos a los aspectos centrales tratados en el texto, clasificados en función de la materia sobre la que versan y procurando seguir el orden en que resultan expuestos.

Al epígrafe I

Sobre el **derecho penal del enemigo y la expansión de la excepcionalidad**, vid. entre otros muchos: Cancio Meliá, M., “De nuevo ¿ Derecho penal del enemigo?”, en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 85 y ss; Cancio/Gómez Jara (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Edisofer/Euros Editores S.R.L./B de F Ltda., Buenos Aires, 2006, González Cussac, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de derecho: la doctrina del derecho penal enemigo”, en *Revista penal*, nº 19, enero 2007a p. 52 y ss; Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; del mismo, “El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo”, Asúa Batarrita, A. “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal. Delitos de terrorismo, finalidades terroristas y conductas periféricas”, en Cancio/Gómez Jara, *Derecho penal...*, op. cit., p. 252 y ss; Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía/Akal, Madrid, 2005, p. 167 y ss. Más recientemente, vid. una inteligente disección del problema y una decidida toma de postura a favor de las libertades, en Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007. Asimismo, Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, ed. Comares, Granada, 2007; Faraldo Cabana, P. (ed) *Derecho*

penal de excepción. Terrorismo e inmigración, ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; muy sugerentes las aportaciones a la obra colectiva que encabeza Nicolás García Rivas, *El derecho penal frente a la inseguridad global*, ed. Bomarzo, Albacete, 2007; de especial interés, la recentísima obra colectiva coordinada por Campo Moreno, JC/González Cussac, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, n.º 128, Madrid, 2007.

Al epígrafe II

Sobre el tradicional **tratamiento jurídico del terrorismo** y el recorte de libertades vid., además de las obras seleccionadas en el epígrafe anterior, y, entre otras muchas:

Cuerda Arnau, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995; Gómez Colomer, J.L./González Cussac, J.L.,(coord) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; Lamarca Pérez, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia Madrid, 1985; Mestre Delgado, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia Madrid, 1987, Terradillos Basoco, J., *Terrorismo y derecho*, ed. Tecnos, Madrid, 1988, Vercher Noguera, A., *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, PPU, Barcelona, 1991. Muy recientemente, vid. la Propuesta alternativa del Grupo de Estudios de Política Criminal a la actual regulación en materia de terrorismo (disponible en la web del GEPC, www.gepc.es)

Sobre el **nuevo terrorismo**, vid con ulteriores referencias:

De la Corte Ibañez, L /Jordán, J., *La yihad terrorista*, ed. Síntesis, Madrid, 2007; Jordán, J (ed.), *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; del mismo, “La evolución del yihadismo en España: un reto para los servicios de inteligencia”, en Navarro Bonilla/Esteban Navarro, M.A, *Terrorismo global*, ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2007, p. 33 y ss; Aristegui, G., *La yihad en España*, ed. La esfera de los libros, Madrid, 2007; Blanco, A/Del Águila, r./Sabucedo, J.M, Madrid 11-M un análisis del mal y sus consecuencias, ed. Trotta, Madrid, 2005; Reinares, F. *El nuevo terrorismo islamista: del 11S al 11M*, Madrid, 2004.

Una reflexión jurídica sobre el reto que todo ello representa en González Cussac (2007b) “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo”, en Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade Publica, n.º 9, p. 233 y ss

El artículo del Prf. Vives a que se alude es el titulado “Una sentencia discutible: sobre la STS 197/2006” (*Tol 817709*)

Al epígrafe III

Sobre el **delito de asociación ilícita**

Vid. muy especialmente y con ulteriores referencias García Pablos de Molina, A. *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1977. Del mismo, *Asociaciones ilícitas y terroristas en el derecho penal del estado democrático*, en *Comentarios a la legislación penal*, T.II, Edersa, madrid, 1983, p. 103 y ss. De interés, Carbonell Mateu, JC, “Observaciones en torno al Proyecto de Ley sobre la reforma del Código penal en relación a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión, reunión y asociación”, *CPC*, n.º 5, 1978. Asimismo, vid. las interesantes reflexiones que hace G. Quintero Olivares acerca de la actual función del delito de asociación ilícita, en “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en Ferre Olivé, JC y Anarte Borraloo, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p. 177 y ss. Vid una interesante reflexión sobre la condena como organización criminal de los grupos de apoyo a ETA, en Fernández Hernández, A., “Jarrai-Haika-Segi: de asociación ilícita a organización terrorista”, *La ley*, enero 2006, p.95 y ss

Sobre las asociaciones que promueven la **discriminación**, el odio o la violencia contra colectivos y, en general sobre la polémica que rodea a la tutela penal del derecho a no ser discriminado, vid. García-Pablos De Molina, “Asociaciones ilícitas. Discriminación racial”, en Cobo (dir.) *Comentarios a la legislación penal*, T. V, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1985; Rodríguez Ramos, Discriminación punible, *Comentarios a la legislación penal* vol. II, 1985, Laurenzo Copello, P. “Marco jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia”, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos del CGPJ, Madrid, 1996, especialmente p. 269 a 271; Con carácter general y ulteriores referencias, Bernal del Castillo, J, *La discriminación en derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 1998, Borja Jiménez, E., *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del derecho penal*, ed. Comares, Granada, 1999. García Álvarez, P., *El derecho penal y la discriminación*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; más recientemente, Rodríguez Yagüe, A.C., *La tutela penal del derecho a no ser discriminado*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007

En todo caso sobre este particular los trabajos de J. Landa Gorostiza siguen siendo la obra de referencia: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, ed. Comares, Granada, 1999; del mismo, *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Universidad del País Vasco, 2000.

Sobre la **ilegalización de partidos** políticos, vid. por todos con ulteriores referencias, la obra de Antonio Fernández Hernández, de cuyas valiosas sugerencias es tributario el epígrafe. Realmente ha sido un privilegio haber podido con-

tar con la opinión de quien se ha convertido por méritos propios en el primer monografista sobre la ley de partidos políticos, materia que constituyó el objeto de la tesis doctoral que defendió en el curso académico 2006-2007 en la Universidad Jaume I obteniendo la máxima calificación. La obra ha aparecido bajo el título *Ley de partidos políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008b Del mismo, “La rehabilitación de los partidos políticos judicialmente ilegalizados. A propósito de Batasuna”, en González Cussac, J.L. (dir.)/Fernández Hernández (coord.), *Fuerzas armadas y seguridad pública. Consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, publicaciones Universitat Jaume I, Castellón, 2007a, p. 175 y ss

Sobre **control de la financiación** del terrorismo, lo primero que debo decir es que en realidad la redacción de este epígrafe es tributaria de los debates académicos que sobre el particular he mantenido con mi querida discípula la Dra. Beatriz Larriba. Ella es realmente la que ha estudiado esta cuestión con la profundidad necesaria, de manera que me permito remitir al lector a sus trabajos y por ello me limito a hacer una serie de consideraciones generales sobre la desorientada política criminal que marca el rumbo (?) en esta materia.

Vid. con ulteriores referencias, Larriba Hinojar, B., “La lucha contra la financiación del terrorismo en el Marco de la Unión Europea: Cuestiones y Perspectivas”, en González Cussac, J.L., (dir), *Fuerzas armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, Castellón 2007; de la misma, “Respuestas legales a la financiación como estrategia de lucha contra el terrorismo”, en prensa

Sobre blanqueo de capitales, con ulteriores referencias: Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 2º ed., Cizur Menor (Navarra) Aranzadi, 2002; Vidales Rodríguez, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; de la misma, *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, publicaciones del Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, 1998

Al epígrafe IV

Sobre **libertad religiosa y provocación**

Ferreiro Galgera, J., “La libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imán de Fuengirola”, *Revista del Poder Judicial*, nº 72, 2003, p. 221 y ss; Jericó Ojer, L., “El caso del imán de Fuengirola: auténtica comisión del delito de provocación a la violencia (art. 510.1 CP)?”, *Revista penal*, nº 18, julio 2006, p. 153 y ss; Llanera Conde, P. “El caso del imán de Fuengirola”, *La ley penal*, nº 15, año II, abril 2005, p. 79 y ss. Vid asimismo las obras ya citadas sobre tutela penal de la discriminación

Sobre las corrientes y movimientos de islamismo radical que se citan en el texto, vid.entre otros Labévière, R. *La trastienda del terror*, Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, Barcelona, 2004; Jordán, J (Profetas del miedo, EUNSA, Pamplona, 2004), y Gustavo De Aristegui (El islamismo contra el Islam, Ediciones B, Barcelona, 2004).

Al epígrafe V

Sobre los **delitos de naturaleza apologetica** y las implicaciones del binomio **libertad de expresión-sistema democrático**, vid. con ulteriores referencias de derecho comparado.

Belloch Julbe, J.A., “Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo: la apología del terrorismo”, en *Estudios jurídicos en honor de J.Gabaldón López*, Madrid, 1990, p.31 y ss; Campo Moreno, J. C., “El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o justificación de los delitos terroristas o de sus autores”, en La Ley, núm.1, 2001, p. 1751 y ss; Catalá i Bas, A.H., “¿Tolerancia frente a la intolerancia? El respeto a los valores y principios democráticos como límite a la libertad de expresión”, *Cuadernos de derecho público*, nº 14, septiembre-diciembre 2001, 131 y ss; Cuerda Arnau, M.L.”Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, nº 1757, p.5254; de la misma, “El denominado delito de apología del genocidio: consideraciones constitucionales”, *Revista del Poder Judicial*, nº 56, 1999, p. 63 y ss; de la misma, “El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión”, en Campo Moreno, JC/González Cussac, J.L., *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Colección de Estudios de derecho judicial, nº 128, Madrid, 2007; Del Rosal Blasco, B., “La apología delictiva en el nuevo Código penal de 1995”, en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte general)*, Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 189 y ss; Feijoo Sánchez, B., “Reflexiones sobre los delitos de genocidio”, La ley, martes 15 de diciembre de 1998, p. 1 y ss; Lamarca Pérez, C., “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, en *La Ley penal*, nº 28, junio 2006, p. 41 y ss; Mira Benavent, J. “El caso del diario *Egín*: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986”, ADPCP, 1987, p. 505 y ss; asimismo, Maqueda Abreu, M.L.”Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología”) *Poder Judicial*, nº 9, 1988, p.9 y ss; Rebollo Vargas R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*, Barcelona, 1992, p. 91 y ss; del mismo, *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Sánchez-Ostiz, P. “La tipificación de conductas de apología del delito y el derecho

penal del enemigo”, en Cancio/Gómez Jara *Derecho penal.*, op. cit., p. 893 y ss; Silva Sánchez, J., *El nuevo Código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 156; Vives Antón, T.S., “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión, en L. López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (*Tol 63315*); del mismo, “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, *Estudios penales y criminológicos*, XXV (2005), p. 399 y ss (*Tol 971904*)

Sobre **proporcionalidad, efecto de desaliento y derechos fundamentales**

Vid. Cuerda Arnau, M^a L., Proporcionalidad y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, en Justel.com, *Revista General de Derecho penal*, n.º 8, noviembre 2007

Sobre **bien jurídico y apología**

Por lo que respecta a la concepción procedimental del bien jurídico de Vives Antón, lo cierto es que el autor la ha expuesto en lugares y momentos muy diversos desde que la pergeñara a finales de los años ochenta y nos la expusiera a quienes tuvimos el honor de poder asistir a sus cursos de doctorado. Ello dificulta concretar la fuente exacta de donde se toman las ideas que se exponen, de las que, sin embargo, me atrevo a asegurar que reflejan fielmente su pensamiento. En todo caso, vid. Vives Antón, T.S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo, *Estudios penales y criminológicos*, XXV (2005), p. 399 y ss (*Tol 971904*); *Fundamentos del sistema penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 484; *Derecho penal. Parte General*, 5º ed. ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 317 y ss.

En relación con otras de las cuestiones centrales que sobre este particular se abordan en el texto, resultan de interés algunas de las reflexiones contenidas en la obra coordinada por Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007. Muy especialmente, además de la presentación del Prf. Gimbernat Ordeig (p. 11 ss), las consideraciones que hace T. Hörnle bajo el título “La protección de sentimientos en el StGB” (p. 382 y ss)

Fecha de la recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de la aceptación de originales: 12 de marzo de 2008.

RESUMEN

Este artículo analiza de forma muy crítica la preocupante realidad legislativa y doctrinal surgida en el contexto de la lucha contra el terrorismo, a partir de la existencia de mínimos infranqueables del sistema: la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes. Y, con este punto de partida, se analiza el fenómeno de la tortura, su prohibición absoluta, su existencia real también en los modernos Estados democráticos y el deber de los Estados de investigar las denuncias, castigar a los culpables e impedir que las pruebas obtenidas bajo tortura puedan ser utilizadas en el proceso, como instrumentos eficaces para erradicar su práctica y proteger a las personas privadas de libertad contra ella.

PALABRAS CLAVE

GUERRA CONTRA EL TERRORISMO, ENEMIGOS, DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS, TORTURA.

ABSTRACT

This work is a critical study of the legal and scientific situation in the war on terror, keeping in mind some bases of our legal system: dignity and human rights. From this perspective, the author analyses torture, its absolute prohibition in international law, its real existence also in modern democratic states and the duty of states to investigate cases, to punish the agents and to avoid the use of evidences obtained by torture, in order to provide effective protection to persons deprived of their liberty against torture.

KEY WORDS

WAR ON TERROR, ENEMIES, DIGNITY AND HUMAN RIGHTS, TORTURE.

TERRORISMO, ENEMIGOS Y TORTURA

Teresa Rodríguez Montañés

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá
Letrada del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. Introducción. 2. Un excursus acerca del Derecho penal del enemigo. 3. Los mínimos infranqueables del sistema: la dignidad humana y los derechos fundamentales. 4. La prohibición de tortura y las consecuencias de ella derivadas: A) La prohibición absoluta de tortura. B) La innegable realidad de su existencia. C) El deber de investigación del Estado. D) La prohibición de utilizar pruebas obtenidas bajo tortura. 5. Una reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del derecho penal y procesal penal de excepción surge fundamentalmente en el contexto de la lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, agudizándose especialmente en los últimos años, a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Y es en el ámbito de la legislación antiterrorista donde, como en ningún otro, se ponen de relieve las quiebras entre los principios generales del sistema (que parte del reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales de todos, también del sospechoso de terrorismo, en tanto en cuanto éste sigue teniendo en nuestro Ordenamiento la consideración de persona y sujeto de derechos y libertades) y una realidad difícilmente compatible con los mismos.

Tan preocupante como la existencia de esa realidad, que los Estados de Derecho tienen —hoy por hoy— mecanismos para contrarrestar (fundamentalmente, la declaración de la inconstitucionalidad de las leyes y los sistemas de recursos, singularmente el de amparo, para anular las resoluciones judiciales contrarias al contenido de los derechos fundamentales) resulta la forma acrítica con que ciertos sectores

doctrinales la abordan, el sorprendente conformismo o resignación de muchos ante esa ausencia de límites en la represión de ciertos sectores de delincuencia y la aparición de una justificación doctrinal, tendente a dotarle de legitimación, que defiende la necesidad de que los enemigos (entre los que singularmente se encuentran los terroristas) queden al margen del sistema de garantías y derechos. Quienes así actúan no pueden obviar, amparados en la pretendida científicidad de sus planteamientos, que con ello están poniendo en cuestión el propio sistema, al negar sus valores esenciales, a partir del primario, la dignidad de la persona, de cualquier persona, condición que los juristas que las defienden parecen haber olvidado que comparten con aquellos a quienes pretenden negársela. Y que sus construcciones pueden acabar convirtiéndose en una base teórica para bloquear los mecanismos de control y los límites del sistema del Estado de Derecho y, de facto, hacerlo desaparecer, al menos y de momento, para ciertos sectores de delincuencia.

El objeto del presente trabajo es denunciar tanto la existencia en nuestros Ordenamientos de situaciones incompatibles con el marco

constitucional de un Estado democrático de Derecho, como lo intolerable de su pretendida justificación científica, y los riesgos que representan para la propia supervivencia del sistema. Y hacerlo a propósito de una cuestión —la tortura— cuyo planteamiento puede resultar sorprendente, pues a nivel de principios no parece haber mucho de qué hablar. Sin embargo, el que en estos momentos vuelva a ser necesario recordar que la prohibición de tortura es absoluta, ante realidades como Guantánamo, Abu Ghraib y otras más cercanas, resulta muy ilustrativo del punto al que han llegado las cosas.

2. UN EXCURSO ACERCA DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

1. Creo que en este momento son suficientemente conocidas las tesis de Jakobs, pues han generado ríos de tinta. Tomando como punto de partida fundamentos filosóficos previos al constitucionalismo (Rousseau, Fichte, Hobbes, Kant), Jakobs niega al enemigo la condición de persona, aceptando la abolición de sus derechos, sobre la base de que quienes se han apartado de modo decidido y duradero del Derecho “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”.

Y continúo citando literalmente a Jakobs: “El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa a ser una reacción de la sociedad ... contra un enemigo”. En el Derecho penal de enemigos se trata de la defensa no sólo ante una agresión actual, sino también frente a agresiones futuras, de la eliminación de un peligro, por lo que se rige por reglas distintas a las del Derecho penal del ciudadano: se adelanta ampliamente la punibilidad hacia el ámbito de la preparación, cambiando la perspectiva

del hecho producido por la del hecho que se va a producir (por ejemplo, creando tipos relativos a la creación de organizaciones criminales, o terroristas o bandas organizadas); no se produce una reducción de la pena proporcional a dicho adelantamiento; se pasa de la legislación ordinaria a la legislación de lucha para combatir la delincuencia, y se suprimen las garantías procesales, siendo la incomunicación del procesado el ejemplo clásico. “Con este lenguaje —adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales— el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”, que son quienes en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, organizada y especialmente tráfico de drogas) o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente la delincuencia asociada a las drogas), de forma duradera han abandonado el Derecho y, por consiguiente, ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal.

A partir de aquí, y con una referencia expresa a los hechos del 11 de septiembre de 2001, Jakobs afirma que hay que preguntarse “si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura —precisamente la necesidad de respetar al autor como persona— que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos guerra y proceso penal. De nuevo en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a actos meramente preparatorios; respeto de la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere

sucumbir; es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada”.

Estas mismas consideraciones se proyectan sobre el Derecho procesal penal, legitimándose la abolición de los derechos y garantías del imputado respecto del enemigo, especialmente en relación con las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas que se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. Y en este punto, hace referencia tanto a la incomunicación, como caso extremo regulado por el Derecho, y a lo que sucede al margen de un proceso penal ordenado: un procedimiento de guerra en el que busca “destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros —¿delinquentes? ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra”.

2. Son muchas las críticas vertidas contra Jakobs y su derecho penal del enemigo. Críticas a sus fundamentos filosóficos —poniendo de relieve su proximidad con los planteamientos de Carl Schmitt y Mezger, y, por lo tanto, con el nazismo—; críticas intrasistémicas; y fundamentalmente críticas a su falta de legitimidad jurídico-constitucional, a su radical incompatibilidad con las exigencias de los Estados democráticos de Derecho.

Es en este punto en el que me interesa detenerme, no tanto para ahondar en la crítica a la construcción de Jakobs —cuya incompatibilidad con las bases del sistema jurídico-constitucional de los Estados democráticos de Derecho es radical y fácilmente demostrable—, sino fundamentalmente para poner de relieve —ya al margen de esa construcción— que existen límites marcados por el propio sistema constitucional tanto al legislador y al aplicador del Derecho penal, como a las posibilidades de interpretación y justificación dogmática de la actuación del legislador y de los jueces.

3. LOS MÍNIMOS INFRANQUEABLES DEL SISTEMA: LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. En palabras de Ferrajoli, “la razón jurídica del Estado de Derecho no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes. No admite excepciones a las reglas sino como hechos extra o antijurídicos, dado que las reglas —si se toman en serio como reglas, y no como simples técnicas— no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Contraponer al desafío del terrorismo la alternativa del derecho y de la razón es esencial para salvaguardar no sólo los principios de garantía del correcto proceso, sino también el futuro de la democracia”.

Resulta obvio afirmar que lo que permite a un Estado democrático de Derecho considerarse tal es el respeto a las reglas básicas del sistema, y que en los ordenamientos constitucionales contemporáneos éstas se encuentran consagradas fundamentalmente en la Constitución, cuya primacía sobre el resto de las leyes forma parte esencial del sistema de principios del Estado de Derecho. Por ello, resulta imprescindible introducir en el debate una serie de referencias constitucionales, a partir de la declaración contenida en el art. 53.1 CE, conforme a la cual las libertades y derechos fundamentales consagrados en el Capítulo Segundo del Título primero “vinculan a todos los poderes públicos” y “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. Es desde la Constitución, y no desde el Derecho penal, desde el contenido esencial de los derechos fundamentales en ella consagrados que toda ley ha de respetar, desde donde deben elaborarse y definirse los límites infranqueables al legislador, el aplicador y el intérprete del Derecho. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, “como elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de Derecho, los derechos fundamentales adquier-

ren una dimensión procedimental: Son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2).

Se me podría objetar que tales consideraciones “de estricta constitucionalidad” son ajenas al Derecho penal, o que tal pretensión supone sobrevalorar el papel de la Constitución, que no constituye sino el marco delimitador de las posibilidades de construcción dogmática y político criminal. Ciertamente, la Constitución constituye tan sólo un marco respecto de las posibilidades de construcción dogmática y las opciones político-criminales, un marco en el que caben —como no podría ser de otro modo en un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político, junto a la libertad y la igualdad— diversidad de construcciones dogmáticas y de opciones político-criminales. Todas aquellas que respondan y respeten el sistema de valores y principios contenidos en su texto. Y a partir de su aceptabilidad desde la perspectiva constitucional pueden defenderse unas u otras concepciones con consideraciones estrictamente penales. Pero lo que aquí planteo es otra cosa y hace referencia precisamente a las exigencias impuestas por ese marco, al control de constitucionalidad que debe superar cualquier ley penal y cualquier construcción dogmática o político-criminal para ser aceptable dentro del sistema, pues el ejercicio del *ius puniendi* del Estado no es un espacio exento al control de constitucionalidad. Y, en ese momento previo, no cabe argumentar con principios o esquemas propios del Derecho penal, sino desde la Constitución.

2. Todas las Constituciones modernas de nuestro entorno y las declaraciones de Derechos Humanos —surgidas precisamente tras la Segunda Guerra Mundial y como reacción ante los horrores del nazismo— reconocen la dignidad inherente a todo ser humano como un valor fundamental, al que se asocian una serie de derechos y libertades básicas, articu-

ladas esencialmente como garantías y límites frente a los excesos del poder estatal, a las que se denomina derechos humanos o derechos fundamentales.

En concreto, el art. 10.1 de la Constitución española señala: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”. El art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en libertad y derechos”. El Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos toma como punto de partida que “conforme a los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. La cita podría ser interminable.

Es más, tanto las Constituciones como los Pactos Internacionales prevén situaciones de excepción en las que pueden suspenderse ciertos derechos fundamentales. Pero ni siquiera en esos supuestos se prevé la negación de la condición de persona, ni se autoriza la suspensión de algunos derechos fundamentales, que constituyen el núcleo duro más apegado a la dignidad de la persona (baste citar el art. 55 CE; el 4 del PIDCP y el art. 15 del Convenio Europeo).

En ese sentido, la reciente STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3, recuerda que la dignidad de la persona “obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”. Y, si bien se continúa afirmando que ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como “marco de coincidencias” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), ha de tenerse en

cuenta que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Por eso, el Tribunal concluye que la dignidad de la persona, concebida como un sujeto de derecho y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos, e interpretada a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 CE, constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular los derechos y libertades. Y recuerda también, con cita de la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, que la decisión del constituyente plasmada en el art. 10.2 CE “expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”.

3. El mero enunciado de este presupuesto como base del sistema excluye la tesis de Jakobs —y la legitimación que a través de teorías como la suya pretende darse a ciertas actuaciones del legislador penal— de que el enemigo no es persona y, por tanto, no goza de derechos fundamentales. Una concepción tal no cabe en el sistema, y al negar sus mínimos infranqueables resulta tan destructiva para el mismo como los enemigos a los que se pretende combatir. Una breve mirada a la historia excusa de mayor argumentación al respecto.

Escribe Habermas que “las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan sin las iniciativas de una población habituada a la libertad. La espontaneidad de esta población no es algo que precisamente el derecho pueda forzar; se regenera a partir de tradiciones que mantengan vivo el sentido de la libertad y que promuevan el ejercicio de la libertad, y se mantiene viva en el tejido asociativo de una cultura política liberal”. Estoy de acuerdo. Como creo también que la aceptación acrítica de políticas y leyes, desde el miedo que el terrorismo infunde en la sociedad, provoca la

deshabitación del ejercicio de la libertad y progresivamente la extinción de la misma. De modo que al defender la condición de personas y la titularidad de derechos fundamentales de los terroristas defendemos no sólo sus derechos, sino también nuestra libertad.

Desde esta perspectiva, cuyas posibilidades constructivas exceden con mucho los límites de este trabajo, pretendo abordar en este momento tan solo una cuestión, como antes anticipé: la relativa a la prohibición de tortura y las exigencias que la efectividad de tal prohibición impone.

4. LA PROHIBICIÓN DE TORTURA Y LAS CONSECUENCIAS DE ELLA DERIVADAS.

A) LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE TORTURA

1.1. Sin intención de profundizar sobre qué sea la tortura, y con la mera finalidad de fijar un concepto de referencia, me limitaré a recordar que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 19 de octubre de 1987), define la tortura como «todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otros, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia» (art. 1.1). Esta Convención extiende, además, sus garantías a «otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1».

Partiendo de esta definición, y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos iniciada en la STEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda c. el Reino Unido, § 167, el Tribunal Constitucional vienen afirmando que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos y al margen de la intensidad del sufrimiento causado, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 9; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 215/1994, de 14 de julio, FJ 5; ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5).

Obviamente, para entender que un maltrato se halla bajo el ámbito de cobertura del art. 15 CE ha de superar un umbral mínimo de gravedad cuya apreciación es, por su propia naturaleza, relativa y depende de las circunstancias del caso concreto (ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5; STC 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3).

1.2. Dado que la tortura constituye un atentado radical a la dignidad humana, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas, conectado con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. Así lo han declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8; 32/2003, de 13 de febrero, FJ 7; 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido, § 88; de 30 de octubre de 1991, Vilvarajah y otros c. Reino Unido, § 108; de 15 de noviembre de 1996, Chahal c. Reino Unido, § 79; de 17 de diciembre de 1996, Ahmed c. Austria, § 40; de 29 de abril de 1997, H.L.R. c. Francia, § 35; de 28 de julio de 1999, Selmouni c. Francia, § 95; de 11 de abril de 2000, Sevtap Veznedaroglu c. Turquía, § 28; de 16 de diciembre de 2003, Kmetty c. Hungría, § 32; de 2 de

noviembre de 2004, Martínez Sala y otros c. España, § 120).

En palabras de la STC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, “la dignidad de la persona constituye una cualidad insita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el art. 15 CE; bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo. Nuestra ya mencionada STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, ha sentado el criterio —que después se ha repetido en varias resoluciones— de que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos fundamentales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

Por ello, la prohibición de la tortura se configura en la Constitución española y en los Tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta, en un doble sentido: porque está proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas; y porque no admite ponderación ni justificación alguna con otros derechos o bienes constitucionales.

Así, el art. 15 CE establece que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Como se destaca en el ATC 333/1997, de 13 de octubre, FJ 5, es palmario que “se trata de unas prohibiciones delimitadoras del ámbito constitucionalmente protegido investidas de un carácter absoluto («en ningún caso»), razón por la cual la sola constatación de que han sido transgredidas revelará ya inmediata e inequívocamente la vulneración del

derecho fundamental a la integridad física y moral”, y “como correlato lógico del carácter absoluto de las prohibiciones que nos ocupan, no ha de perderse de perspectiva que, al efectuar dicho enjuiciamiento, en modo alguno puede ser determinante la mayor o menor bondad o legitimidad de la finalidad pretendida con la medida objeto de control”.

Tajante es también el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, que proclama “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por su parte, impide expresamente la derogación de la prohibición de la tortura del artículo 3 en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación (artículo 15. 2). En la interpretación de estos artículos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “incluso las circunstancias más difíciles, la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones, en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de sus Protocolos, y según el artículo 15 no sufre ninguna derogación, ni siquiera en el caso de peligro público que amenace la vida de la nación (sentencias *Selmouni c. Francia* y *Assenov c. Bulgaria* de 28 de octubre de 1998). La prohibición de la tortura o de las penas y tratos inhumanos o degradantes es absoluta, cualesquiera que sean las actuaciones imputadas a la víctima (Sentencia *Chacal c. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996)” (SSTEDH de 2 de noviembre de 2004, caso *Martínez Sala* y otros contra España, §129; también STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, §28).

B) LA INNEGABLE REALIDAD DE SU EXISTENCIA

Pese a lo absoluto de la prohibición, lo cierto es que la legislación excepcional antiterrorista (arts. 520 bis y 527 LECRim.), en la medida en que permite aumentar el periodo de detención previa a la puesta a disposición judicial y la incomunicación de los detenidos, con la consiguiente restricción de sus derechos fundamentales (no tendrá derecho a ser asistido por un abogado de confianza, sino que el abogado siempre será de oficio; no tendrá derecho a comunicar su detención, ni a entrevistarse con su abogado para que le asista en las diligencias policiales) incrementa el riesgo de torturas y malos tratos al detenido incomunicado, habiéndose multiplicado las denuncias de casos de tortura en estos casos. Téngase en cuenta que los derechos restringidos al detenido incomunicado lo sitúan en una especial situación de vulnerabilidad frente a actos de tortura.

En este sentido, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha venido poniendo de manifiesto reiteradamente, en sus informes sobre España, que la mayoría de las quejas se refieren a torturas infligidas durante el periodo de detención en régimen de incomunicación, así como la relación existente entre el referido régimen y la práctica de la tortura. De hecho el Comité ha reiterado la conveniencia de suprimir dicho régimen y las restricciones que el mismo implica, invitando a España a utilizar ciertas medidas de precaución en caso de detención incomunicada, como la grabación en vídeo de los interrogatorios policiales y el reconocimiento llevado a cabo por un médico forense y otro elegido por el detenido.

También el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura viene señalando, desde su 2º Informe General, la gran importancia que para la prevención de la tortura tienen tres derechos que deben reconocerse a las personas detenidas: derecho a informar de su detención a un tercero de su elección; derecho a tener acceso a un abogado y derecho a solicitar un examen por un médico de su elección (además

del efectuado por el médico llamado por las autoridades policiales). Derechos que constituyen garantías fundamentales contra los malos tratos de las personas detenidas y que deberían aplicarse desde el primer momento de la privación de libertad. En el 12º Informe General, el Comité vuelve a insistir en la importancia de la garantía de estos tres derechos, recomendando además la grabación electrónica de los interrogatorios, como garantía adicional, ya que suministra un informe completo y auténtico del interrogatorio y facilita la investigación en caso de alegaciones de malos tratos.

Por otra parte, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, en sus informes sobre la aplicación de la Convención en España, ha manifestado su extrañeza ante el hecho de que por parte de España se niegue la existencia de la práctica de la tortura, excepto casos aislados, y las informaciones obtenidas de fuentes no gubernamentales acerca de la persistencia de casos de torturas. También ha puesto de manifiesto la lentitud de las investigaciones judiciales ante las investigaciones de tortura, que el impulso de la investigación se deja exclusivamente en manos de las víctimas, la levedad de las penas que se imponen, generalmente con suspensión de su aplicación, y la sensación de aparente impunidad de que gozan los torturadores.

C) EL DEBER DE INVESTIGACIÓN DEL ESTADO

3.1. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el TEDH, la prohibición absoluta de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz sin una “investigación oficial efectiva” en aquellos casos en que se denuncia su existencia.

Ha de tenerse en cuenta que este tipo de prácticas se cometen habitualmente en una situación de clandestinidad y que sus autores son miembros de un poder público (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), por lo que contarán potencialmente con algunos de los resortes de dicho poder para potenciar esa opa-

cidad. A las dificultades probatorias que ello supone para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas ha de sumarse la existencia de técnicas de infligir sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, y la peculiar situación psicológica de inferioridad, de humillación y de desesperanza que dificulta la denuncia del maltrato. Por todo ello, la erradicación de la tortura y la eficacia de esa prohibición absoluta de la misma sólo es posible si, ante las denuncias de torturas, los órganos judiciales realizan investigaciones suficientemente intensas, si se condena penalmente a los autores y si no se les otorgan medidas de gracia una vez condenados.

Respondiendo a esa preocupación, los textos internacionales en la materia consagran la obligación de los Estados parte de adoptar medidas eficaces para impedir los actos de tortura, así como la obligación de garantizar una investigación eficaz cuando haya motivos fundados para creer que se han cometido actos de tortura.

Así, el art. 2.1 de la Convención contra la Tortura establece: “Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”, y enfatiza después que “todo Estado parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial” (artículo 12). Además, en el artículo 13 se establece que “todo Estado parte velará porque toda persona que alega haber sido sometido a tortura en cualquier territorio de su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronto e imparcialmente examinado por las autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado” (artículo 13).

En su interpretación de los artículos de la Convención, el Comité contra la Tortura observa que “las autoridades tienen la obligación

de iniciar una investigación de oficio siempre que haya motivos razonables para creer que actos de tortura o malos tratos han sido cometidos, sin que tenga mayor relevancia el origen de la sospecha”, y que el artículo 13 “no exige la presentación formal de una denuncia por tortura formulada según el procedimiento previsto en la legislación interna, ni requiere expresa declaración de la voluntad de ejercer y sostener la acción penal que emana del delito, sino que es suficiente la simple manifestación de la víctima que pone los hechos en conocimiento de una autoridad del Estado para que surja para éste la obligación de considerarla como tática pero inequívoca expresión de su deseo de que ellos sean pronta imparcialmente investigados” (Dictamen de 14 de mayo de 1998, comunicación 59/1996; también, Dictamen de 2 de mayo de 1995, comunicación 6/1990).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando sistemáticamente los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reiteradamente vincula la apreciación de violaciones del art. 3 al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996 (caso Aksoy c. Turquía), el Tribunal señala que cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación del art. 3 CEDH. En la Sentencia de 25 de septiembre de 1997 (caso Aydin c. Turquía) se insiste en que la naturaleza del derecho garantizado en el art. 3 del Convenio tiene implicaciones con el art. 13, de forma que, en tanto que un individuo alega razonablemente haber sufrido tortura a manos de los agentes públicos, la noción de “recurso efectivo” implica investigaciones efectivas y adecuadas para conducir a la identificación y sanción de los responsables. En la misma lí-

nea, las SSTEDH de 11 de abril de 2000 (caso Sevtaş Veznedaroglu c. Turquía); 11 de julio de 2000 (caso Dikme c. Turquía); 21 de diciembre de 2000 (caso Büyükdağ c. Turquía); 1 de marzo de 2001 (caso Berktaş c. Turquía). Por el contrario, la STEDH de 20 de julio de 2000 (caso Caloc c. Francia), rechaza la violación del art. 3 del Convenio ante la falta de prueba del carácter excesivo o vejatorio de la actuación policial y la no constatación de falta de diligencia en la investigación, dado que existieron numerosas actuaciones en relación con la instrucción de la causa.

3.2. En ese contexto me gustaría destacar dos decisiones relativamente recientes en las que por parte de organismos internacionales se declara la vulneración por España de sus compromisos internacionales en esta materia, al no promover adecuadamente la investigación y el castigo de la tortura.

a) En primer lugar, mencionaré la STEDH de 2 de noviembre de 2004 (caso Martínez Sala y otros contra España). En esta Sentencia, el Tribunal analiza, en primer lugar, si a la vista de las pruebas practicadas se puede determinar, más allá de toda duda razonable, si los malos tratos alegados fueron efectivamente infligidos, llegando a la conclusión de que los elementos de prueba aportados por los demandantes no eran suficientes y que no hubo por ello violación del artículo 3 del Convenio. Afirmado lo cual, analiza si la investigación llevada a cabo por las autoridades españolas fue suficiente, entendiendo que no lo fue y que la ausencia de una investigación profunda y efectiva de las alegaciones defendidas por los demandantes implica una violación del artículo 3 del Convenio (§ 160).

El Tribunal señala que cuando un individuo afirma “de manera defendible” que ha sufrido malos tratos graves a manos de la policía o de otros servicios equivalentes del Estado, el deber del Estado recogido en el artículo 1 del Convenio de reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades decididos en el mismo, requiere que exista una “investigación oficial efectiva” (§ 156). Y la Corte estima que en el caso las investiga-

ciones (que se limitaron a la solicitud de un informe detallado del médico forense que les examinó durante la detención precisando dónde y cómo se habían efectuado los exámenes médicos, si se habían quejado de malos tratos y si había constatado eventuales signos de maltrato, así como de los informes médicos individualizados emitidos por el mismo forense) no han sido suficientemente profundas y efectivas, destacándose en el § 159 que las autoridades judiciales rechazaron todas las pruebas solicitadas por los demandantes (no fueron oídos por el Juez Instructor; se rechazó la incorporación al sumario de las declaraciones que los agentes de policía encargados de la investigación realizaron ante la Audiencia Nacional, así como de los dictámenes periciales presentados en el marco de dicho procedimiento; y se lamenta muy especialmente de que las autoridades responsables de la investigación hubiesen podido oír a los agentes que trasladaron a los demandantes a Madrid y a los que les custodiaron durante la detención) privándoles así de posibilidades razonables de esclarecer los hechos denunciados.

Es importante destacar que en este caso, de los informes del médico forense se desprendería la existencia de evidencias físicas de maltrato (pequeños hematomas, inflamación de los pabellones auriculares, erosiones, esquilmosis, contusiones...) en muchos de los detenidos (se trataba de 15 demandantes), lo cual constituyó un dato relevante para apreciar la concurrencia del presupuesto de aplicación de esta doctrina, esto es, que la existencia de malos tratos se afirme “de manera defendible”. Y que, ante tales evidencias, las investigaciones se limitaron al análisis de los informes médicos, rechazando todas las zonas propuestas por la parte y que hubiera podido, razonablemente, a juicio del Tribunal, esclarecer los hechos.

b) Con posterioridad a esta Sentencia del TEDH, el Comité contra la Tortura adoptó una Decisión de fecha 24 de mayo de 2005, relativa a la Comunicación 212/2002, en la que de nuevo se reprochaba a España la infracción de sus obligaciones de prevenir y sancionar los actos de tortura. En este caso, se denunciaba

que tres guardias civiles, condenados como autores de un delito de torturas (inicialmente a una pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión cada uno; rebajada posteriormente por el Tribunal Supremo a un año de prisión) fueron posteriormente indultados.

El Comité, tras recordar que los tribunales que juzgaron el caso calificaron los hechos como actos de tortura y condenaron por ellos a tres personas, considera que “en las circunstancias del caso concreto del actor, las medidas adoptadas por el Estado parte son contrarias a la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención según la cual el Estado Parte debe tomar medidas eficaces para impedir los actos de tortura, y en consecuencia, concluye que dichos actos constituyen una violación del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención. Asimismo, el Comité concluye que la falta de un castigo apropiado es incompatible con el deber de prevenir actos de tortura”.

Igualmente se considera violada la obligación de imponer penas adecuadas a las personas responsables de la comisión de actos de tortura. “El Comité considera que, en las circunstancias del presente caso, la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto a los guardias civiles condenados, son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas. El Comité observa asimismo que los guardias civiles no quedaron sujetos a un proceso disciplinario durante el transcurso del proceso penal, pese a que la gravedad de las imputaciones en su contra ameritaba la apertura de una investigación disciplinaria. En consecuencia, el Comité considera que se ha violado el párrafo 2 del artículo 4 de la Convención”.

Y en cuanto a la violación del art. 14, pese a que el Estado alega que el actor recibió la cantidad íntegra de la indemnización establecida por la sentencia de primera instancia, el Comité declara también vulnerado este precepto, precisando que el mismo “no sólo reconoce el derecho a una indemnización justa y adecuada, sino que impone a los Estados parte el deber de garantizar la reparación de la víctima de un acto de tortura que incluye, entre otras

medidas, la restitución, indemnización y la rehabilitación de la víctima”.

3.3. ¿Cómo se explican estas recientes condenas a España?

Un análisis de la casuística relativa a las denuncias de tortura pone de manifiesto que, salvo en casos excepcionales y gravísimos, ante la denuncia de torturas —especialmente si estas provienen de personas acusadas de colaboración o integración en organizaciones terroristas— suelen abrirse diligencias previas que se archivan sin ni siquiera tomar declaración al denunciante y denegando cuantas diligencias probatorias éste solicita, conformándose por toda investigación con la aportación de la causa de los informes médico-forenses elaborados durante el período de detención e incomunicación. Las razones que suelen esgrimir los órganos judiciales para justificar el archivo de la causa se articulan en torno a la falta de verosimilitud de la denuncia, ante la inexistencia de corroboraciones periféricas externas (limitándose para ello, en el mejor de los casos, a analizar la inexistencia de huellas físicas de maltrato en los informes médicos) y de credibilidad de la misma, sin ni siquiera oír personalmente al denunciante.

Y ese archivo de las diligencias penales, si es recurrido en amparo, suele ser inadmitido. Para ello se invoca la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales y el derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE (por todas, SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4; 176/2006, de 5 de junio, FJ 2). Y también se recuerda que el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con

un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 85/1997, de 22 de abril, FJ 3; 224/2007, de 22 de octubre, FJ 3). La parte acusadora no tiene derecho a que el órgano judicial lleve a cabo una actividad investigadora exhaustiva o ilimitada, sino que, una vez constatado que los hechos que se investigan no son subsumibles en ningún tipo penal, el deber del Juez de Instrucción no es agotar las posibilidades de investigación, sino no alargar innecesariamente el proceso, para salvaguardar los derechos del posible implicado (SSTC 89/1986, de 1 de julio, FJ 3; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 8; 232/1998, de 1 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 176/2006, de 5 de junio, FJ 4).

Ahora bien, los casos en que se denuncian torturas sufridas durante la detención no pueden abordarse sin tener en cuenta el derecho fundamental que está en juego (art. 15 CE). Y ello porque, incluso desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que, cuando está en juego un derecho fundamental, las exigencias derivadas del derecho a tutela judicial efectiva se ven “reforzadas”, y especialmente cuando “la tutela judicial efectiva se interpela para la defensa de un derecho sustantivo fundamental”(entre otras, SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ3; 203/2002 de 28 de octubre, FJ3; 51/2003 de 17 de marzo, FJ4; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ3; 74/2005, de cuatro de abril, FJ2). Por tanto, para entender que en los supuestos en que se denuncia la existencia de torturas se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz por parte de los órganos judiciales, no resulta suficiente con que se dicten resoluciones motivadas y fundadas en derecho, sino que las mismas han de ser en su contenido conformes con el contenido del derecho fundamental a no sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes.

A partir de esta exigencia de motivación reforzada en las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo, en la reciente STC 224/2007, de 22 de octubre*, parece haber un punto de inflexión en el enjuiciamiento constitucional de los archivos de denuncias de torturas, pues el Tribunal Constitucional afirma en su FJ Tercero:

«En concreto, respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral. En este sentido —como recordamos en la STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 2— la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio europeo), vincula reiteradamente la apreciación de violaciones de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 2 de noviembre de 2004 (caso Martínez Sala y otros c. España), se recuerda que, cuando un individuo afirma de forma defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios

del Estado, graves sevicias contrarias al artículo 3 CEDH, dicha disposición requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz que debe poder llegar a identificar y castigar a los responsables. En concreto, considera que al rechazar todas las peticiones de diligencias presentadas por quienes denuncian unos malos tratos policiales se les puede privar de una posibilidad razonable de esclarecer los hechos denunciados por ausencia de una investigación profunda y efectiva. En el mismo sentido pueden citarse las SSTEDH de 25 de septiembre de 1997 (caso Aydin c. Turquía); 11 de abril de 2000 (caso Sevtaç Veznedaroglu c. Turquía); 11 de julio de 2000 (caso Dikme c. Turquía); 21 de diciembre de 2000 (caso Büyükdag c. Turquía); 1 de marzo de 2001 (caso Berktaç c. Turquía).

De ese modo cabe apreciar la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el art. 15 CE cuando, rechazando las alegaciones y peticiones de diligencias presentadas, los órganos judiciales no investigan suficientemente unos malos tratos supuestamente infligidos con ocasión de la custodia policial de una persona. Al efecto resulta necesario, en primer lugar, que las sevicias denunciadas sean graves y resulten aparentemente verosímiles, en el sentido de que se refieran a un maltrato. Junto a ello debe constar que con motivo de las diligencias de investigación, la parte que alega la vulneración de su derecho haya propuesto la práctica de alguna que razonablemente resulte adecuada para esclarecer los hechos. Sólo cuando el órgano judicial deniegue la práctica de tales investigaciones de manera inmotivada o carente de razonabilidad, en el sentido de no tomar en cuenta el valor especial del reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y moral en los términos del art. 15 CE, sin argumentación suficiente en orden a la posibilidad efectiva de que las investigaciones

* Con posterioridad se ha dictado la STC 34/2008, de 25 de febrero, que —en la misma línea de la STC 224/2007 y con mayor desarrollo argumental— parece confirmar el cambio del rumbo del Tribunal en el enjuiciamiento de estos supuestos. Esta Sentencia no ha podido ser analizada en el presente trabajo, por ser posterior su aprobación a la fecha de entrega del mismo.

suplementarias solicitadas puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, podremos constatar la existencia de lesión del derecho contenido en el art. 24.1 CE».

Esta Sentencia, con todas sus insuficiencias, supone un indudable avance respecto de la situación anterior, fundamentalmente porque vincula por primera vez los arts. 24.1 y 15 CE, dejando claro que la tutela judicial de quien denuncia haber sido víctima de torturas durante la custodia policial es una tutela reforzada, por cuanto se pide tutela frente a la vulneración de un derecho fundamental de carácter absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de esa tutela. Lo que implica que hay que “agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos”.

Ello no significa que deba sustanciarse plenamente el procedimiento, ni que los órganos judiciales tengan el deber de continuar la investigación, incluso cuando la denuncia carezca de verosimilitud y no exista indicio alguno de criminalidad, o que estén obligados a practicar cuantas diligencias de investigación sean posibles o se les propongan. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles, en perjuicio de los intereses de los imputados y de la Administración de Justicia. De la Sentencia lo que se desprende es que sólo concurrirá tal deber reforzado de investigación cuando los hechos que se denuncian tengan suficiente gravedad y apariencia de verosimilitud, y siempre y cuando se pueda practicar alguna diligencia de investigación que resulte razonablemente adecuada para esclarecerlos.

Pero en todos aquellos casos en que se puede apreciar que exista una sospecha razonable de la existencia de torturas o malos tratos a la vista de lo denunciado, de los elementos de convicción aportados junto a la denuncia o de las diligencias practicadas (lo que constituiría el presupuesto de la existencia de una investigación más profunda: la verosimilitud de la denuncia; la evidencia de maltrato, o que lo alegado sea “defendible” en la terminología del TEDH), el deber del órgano judicial es profundizar en la investigación, practicando cuantas diligencias entienda necesarias para el

esclarecimiento de los hechos, algo que sólo se puede decidir a la luz de las circunstancias de cada caso concreto.

Obviamente, quedan muchas cuestiones por resolver, que irán complementando esa línea jurisprudencial al hilo de la resolución de casos concretos. Por ejemplo, cuándo puede hablarse de una denuncia verosímil. Desde luego lo será en aquellos supuestos (como el resuelto por la STC 224/2007), en que el detenido presente lesiones tras su detención, inexistentes antes de la misma, porque esas lesiones son atribuibles —en principio— a las personas encargadas de su custodia y deben investigarse. Pero entiendo que también, por poner sólo algunos ejemplos, que cuando el detenido se autolesiona gravemente debe investigarse si tal conducta es debida a su propia voluntad, movida por la finalidad de imputar falsamente torturas a los agentes que le custodian, o la existencia de un maltrato físico o psicológico. E igualmente debe investigarse cuando el detenido necesita de asistencia hospitalaria en el periodo de detención, por trastornos psíquicos o físicos. O cuando no existe constancia de todos los informes médicos que han de practicarse diariamente. En todos estos casos, existen elementos indiciarios idóneos para sustentar la razonabilidad de la sospecha, la verosimilitud de lo denunciado.

También habrá que reflexionar acerca de qué diligencias pueden resultar razonablemente adecuadas para esclarecer los hechos. Pero parecería razonable, como primera medida y ante cualquier denuncia con visos de verosimilitud, tomar declaración inmediata al denunciante, puesto que el testimonio de la víctima puede constituir prueba de cargo, para valorar su credibilidad desde la percepción directa por el órgano judicial. Una segunda diligencia que, en principio, puede resultar útil es solicitar informes complementarios o tomar declaración a los médicos forenses que le asistieron en la detención; y al abogado de oficio, en su caso. Y también puede resultar necesaria la práctica de periciales psicológicas. Si las sospechas siguen teniendo solidez, habrá que tomar declaración a los encargados de la custodia a quienes se

imputan las lesiones, articulando los mecanismos de protección de su identidad que resulten indispensables para protegerles sin merma de las garantías del proceso. Y todo ello debe hacerse con la máxima diligencia por parte de los órganos judiciales, pues de lo contrario, si pasan años entre la denuncia y la práctica de las diligencias de investigación, las mismas vendrían inútiles.

Y, si practicadas las diligencias oportunas se consolida la imputación, el procedimiento habrá de continuarse, enjuiciarse a los acusados y condenarles si hubiera prueba para ello. Pues sólo de este modo se da cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España y se dota de efectividad a la prohibición de tortura contenida en el ar. 15 CE.

D) LA PROHIBICIÓN DE UTILIZAR PRUEBAS OBTENIDAS BAJO TORTURA

Entre las obligaciones previstas en la Convención de Naciones Unidas contra la tortura, se encuentra la de asegurarse de que “ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de la persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” (art. 15).

Obviamente, la prueba obtenida directamente bajo tortura es nula, por ser prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Y desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 C.E.) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo” debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984,

de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26).

Ahora bien, el que la declaración policial obtenida bajo torturas no pueda ser utilizada como prueba de cargo resulta insuficiente para garantizar la ineficacia de la tortura desde la perspectiva de la virtualidad probatoria de los elementos de convicción así obtenidos. En concreto, si se declara nula la declaración policial prestada en situación de detención incomunicada —porque la misma esté viciada por la práctica de tortura—, pero se admite el valor probatorio de la declaración judicial prestada de forma inmediata al levantamiento de la incomunicación, sobre la base de que el Juez no ejerce violencia ni coacción alguna, se corre el riesgo de que tales declaraciones, pese a gozar de todas las garantías formales que habitualmente permitirían afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas, estén materialmente viciadas por la tortura previa, pues el efecto de la violencia sobre la libertad y posibilidades de autodeterminación de un individuo no deja de producirse automáticamente en el momento en que cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir y normalmente lo hará. Y si así fuera, la prohibición inicial de utilizar como prueba de cargo las declaraciones directamente obtenidas bajo tortura, podría verse burlada por la vía de poner al detenido incomunicado a disposición judicial y tomarle declaración sobre los mismos hechos acerca de los que ha sido interrogado bajo tortura, sin que —dado el régimen actual de incomunicación— haya podido previamente entrevistarse con ninguna persona de su confianza, ni con su abogado.

Este es el supuesto de hecho que aborda la STC 7/2004, de 9 de febrero, en la que se declara la nulidad no sólo de la prueba obtenida bajo tortura, sino también de la declaración judicial inmediatamente posterior a la tortura. La importancia de esta Sentencia respecto del tema que nos ocupa (la articulación de medidas eficaces para la erradicación de la tortura) merece una reproducción de buena parte de la literalidad de su FJ 8.

Comienza el Tribunal destacando que la declaración judicial de los inculpados se realizó formalmente con todas las garantías constitucionales frente a la autoincriminación. «*Esas garantías formales —y en particular los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable— se articulan como “medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima” (SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.b; 8/2000, de 17 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, SSTEDH, de 25 de febrero de 1993, caso Funke c. Francia; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68-69; de 20 de octubre de 1997, caso Servès c. Francia, § 46; de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64), es decir, son un instrumento de garantía de la libertad del detenido al prestar su declaración. En este sentido, hemos establecido que al imputado, en cuanto sujeto del proceso penal, “ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones” (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6). Así, la libertad de quien declara como imputado en un proceso penal constituye, por tanto, el presupuesto material de su validez como prueba de cargo. Por tanto, la misma debe ser efectivamente garantizada pues, de lo contrario, las declaraciones no pueden considerarse prueba válida para enervar la presunción de inocencia».*

Ahora bien, a continuación se ocupa de marcar las diferencias entre esa doctrina general y casos como el enjuiciado, manifestando lo siguiente:

«Ciertamente, en supuestos muy diferentes del aquí enjuiciado, hemos declarado que “las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.b; en el mismo sentido STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 10). Pero también hemos destacado que la validez de la confesión dependerá “de las condiciones externas y objetivas de su obtención”, debiendo tenerse en cuenta para determinar si se ha producido en condiciones de ser aceptada y de basar en ella la condena penal “los factores concurrentes en

cada caso” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4 y, citándola, STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.c).

Pues bien, en los casos decididos por estas Sentencias, no sólo se habían respetado formalmente las garantías, sino que de las actuaciones no se desprendería indicio alguno de la existencia de coacción o violencia por parte de las fuerzas policiales actuantes para que se efectuaran declaraciones en ningún sentido, por lo que las circunstancias concurrentes permitían apreciar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración a partir de la constatación del respeto de las garantías formales. Por el contrario, en el presente caso, desde el momento inicial se denuncia por parte de los recurrentes la existencia de malos tratos y torturas durante el tiempo de permanencia en las dependencias policiales. Una denuncia que no cabe calificar de infundada, pues aparece reflejada en los informes emitidos diariamente por el médico forense durante el periodo de incomunicación, en los que se hace referencia a las lesiones apreciadas, se reitera ante el Juez Central de Instrucción y al comienzo del juicio oral y durante el desarrollo del mismo, se considera verosímil por la Sala al dictar Sentencia (que reconoce su posible existencia “ante las abundantes manifestaciones, todas ellas detalladas, efectuadas no sólo por los procesados, sino por parte de los testigos propuestos”), y se confirma posteriormente, en algunos casos, en los correspondientes procedimientos penales abiertos para la investigación de los malos tratos denunciados.

Por tanto, en el momento de dictar Sentencia, la Audiencia Nacional contaba con una serie de datos que le permitieron concluir la verosimilitud de la existencia de torturas durante el periodo de permanencia en dependencias policiales, lo que le lleva a expulsar del acervo probatorio las declaraciones prestadas ante los funcionarios policiales, por hallarse viciadas. Sin embargo, respecto de las declaraciones judiciales inmediatamente posteriores al levantamiento de la incomunicación, afirma la Sala sentenciadora que las mismas no están viciadas y son plenamente valorables, al haber sido prestadas voluntariamente, con todas las garantías y sin ningún tipo de coacción o amenaza, siéndoles leídos sus derechos, conociendo la autoridad ante la que prestaban declaración y asistidos por Letrados de su confianza, dos de ellos los mismos que los defendieron en el acto de la vista oral, que no hicieron constar protesta alguna ni circunstancia invalidante de la declaración prestada».

Y, marcadas las diferencias, se concluye declarando la nulidad también de la declaración judicial prestada de forma inmediata a la finalización de la incomunicación, por entender que la misma no se ha practicado con las suficientes garantías materiales y estaba igualmente viciada por la tortura previamente practicada, con la siguiente argumentación:

«Pues bien, es cierto —como afirma la Sentencia— que la declaración judicial en sí misma se practicó formalmente con todas las garantías y, desde luego, no se imputa al Juez instructor el ejercicio de violencia o coacción alguna. No obstante, en las circunstancias que acaban de relatarse, no puede afirmarse que con ello quede materialmente garantizada la libertad de actuación de quienes durante cinco días habían sido sometidos a torturas y malos tratos, en régimen de incomunicación y, sin solución de continuidad, sin haber podido entrevistarse con ninguna persona de su confianza, ni tampoco con el Abogado que les asistía, son llevados a presencia judicial para declarar sobre los mismos hechos acerca de los que han sido interrogados policialmente bajo tortura. Pues el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquélla y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva.

Así, pues, el cumplimiento de las garantías formales legalmente previstas —que en circunstancias normales permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración sin mayores indagaciones, como anteriormente se señaló—, en las presentes circunstancias excepcionales, no puede llevarnos a la misma conclusión. En tales circunstancias, hubiera sido necesario eliminar la sospecha de falta de libertad (en la declaración judicial) mediante algún tipo de actuación del órgano judicial, orientada a obtener garantías materiales de la existencia de la misma, es decir, de la no influencia anímica de las torturas y malos tratos en ese momento posterior (por ejemplo: retrasar suficientemente la toma de declaración; permitir la entrevista previa con los Abogados o recabar algún tipo de informe médico o psicológico adicional sobre ese extremo concreto). Esa diligencia reforzada del órgano judicial en la tutela de los derechos fundamentales de los recurrentes, más allá de las garantías formales legalmente previstas, resultaba exigible en el caso concreto a la vista de los derechos fundamentales en juego, de la gravedad de la vulneración y de la absoluta necesidad de tutela de los mismos en ese contexto.

Por tanto, debemos concluir que las declaraciones prestadas ante el Juez Central de Instrucción, inmediatamente posteriores al cese de la incomunicación, están también viciadas por la tortura previamente ejercida sobre los imputados declarantes, en la medida en que su efecto coactivo podía seguir incidiendo en la libertad de éstos, y sin que ello se viese eficazmente contrarrestado por la obtención por el Juez de garantías materiales. No se trata, como plantean los recurrentes, de un problema de prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, cuya nulidad derivaría de su co-

nexión con la anterior, sino de una prueba nula en sí misma al no haber sido practicada con las suficientes garantías materiales, lo que la invalidaría para su consideración como prueba de cargo».

El Tribunal, por tanto, no sustenta su declaración de nulidad de las declaraciones judiciales y la prohibición de valoración de las mismas en la aplicación de su doctrina de la prueba derivada de otra ilícitamente obtenida, constatando la existencia de una conexión causal y de antijuridicidad con las declaraciones policiales obtenidas bajo tortura (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 6; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 7). El Tribunal va más allá y declara que las declaraciones así obtenidas son nulas no por su conexión con otra prueba nula, sino en sí mismas y por su conexión directa con las torturas previamente ejercidas, en la medida en que la existencia de éstas impide considerar materialmente garantizada la libertad de actuación y las posibilidades de autodeterminación del declarante. Ello supone considerar también estas declaraciones judiciales una materialización directa de la tortura y, por tanto, pruebas directamente obtenidas con vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE. Una consideración que refuerza indudablemente la tutela del derecho, y garantiza su efectividad, al impedir —como exige el art. 15 de la Convención contra la Tortura— que ninguna declaración realizada como resultado de la tortura pueda ser invocada como prueba.

Sería altamente deseable que el Tribunal Constitucional continuara en la línea de esta Sentencia y la anteriormente citada y promoviera, sin titubeos, tanto la persecución eficaz de los actos de tortura, como la anulación de toda prueba que pudiera estar viciada por la práctica de torturas o malos tratos, como instrumentos indispensables para dotar de eficacia real la prohibición absoluta de tortura.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Vuelvo al punto de partida, aunque tras haber realizado un difícil recorrido por una realidad a la que no podemos volver la espalda, porque nos va en ello la supervivencia como Estado de Derecho y como sociedades democráticas libres. Nadie pone en cuestión el

modo en que el terrorismo amenaza nuestra paz, nuestra seguridad y nuestra libertad. Pero si para combatirlo entramos en guerra contra los enemigos y en una guerra sin límites, sin reglas, sin principios, ¿qué nos diferencia? ¿qué legitimidad podemos invocar para defender un sistema cuyas bases destruimos nosotros mismos?

NOTA BIBLIOGRAFICA

Ad. I

-Dada la índole de este trabajo, no he considerado necesario analizar exhaustivamente la legislación antiterrorista vigente para ejemplificar el modo en que la misma restringe derechos fundamentales. Existen, por lo demás, múltiples trabajos al respecto. Cfr., por todos, Martínez Cuevas, “La suspensión de derechos y libertades por terrorismo en el Reino Unido, Italia, Francia, Alemania y España: su incorporación a la legislación ordinaria con carácter permanente”, en: *LH a Luis Portero*, Granada, 2001, 551-571; Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*, Jueces para la Democracia 44 (2002), 19-26; Portilla Contreras, *El Derecho penal y procesal penal del “enemigo”. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, en: *LH a Bacigalupo*, Madrid, 2004, 693-720; González Cussac, *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, en: Gómez Colomer/González Cussac, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, 57-127.

-A propósito de la necesidad de legitimación de las construcciones dogmáticas y de los riesgos de lo contrario, ya Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, 160, advertía: “Pero la dogmática es una ciencia neutra. Lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen”.

En esa misma línea, Muñoz Conde, *El nuevo derecho penal autoritario*, en: *LH a Ruiz Antón*, 2004, 815, tras poner de relieve la necesidad de analizar la compatibilidad de la legislación con el marco constitucional de un Estado de Derecho, afirma: “Una visión puramente tecnocrática, funcionalista o descriptiva de un sistema jurídico convierte al jurista en simple notario que constata una realidad, pero que ni la aprueba, ni la desapueba”.

Resulta muy interesante al respecto el recuerdo de la realidad histórica del Derecho penal nazi y del modo en que un relevante penalista alemán contribuyó a dotarle de bases dogmáticas. Así lo expone Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3ª ed., Valencia, 2002, 358:

«Mezger también entre 1933 y 1945 hizo Dogmática, es decir, sintetizó y racionalizó para su interpretación y aplicación el Derecho penal positivo, pero esforzándose en todo momento en adaptarla y seguir los postulados ideológicos nacionalsocialistas. Así, por ejemplo, admitió por la vía de la interpretación teleológica, admitió sin problemas la analogía como fuente de creación de Derecho penal, “conforme al sano sentimiento del pueblo alemán”, cuya interpretación correspondía en última instancia al Führer. Del mismo modo, fundamentó el concepto de antijuridicidad material, entendiendo que el delito era ante todo un acto dañino al pueblo y a la raza alemana, pero también una traición al pacto que existía entre el Führer y la “comunidad del pueblo”. Desarrolló su teoría sobre la “ceguera jurídica” para fundamentar la aplicación de la pena del delito doloso en caso de desconocimiento de la antijuridicidad del hecho, por la forma culpable en que el sujeto había conducido su vida, en delitos como el “ultraje de la raza”. Con la nebulosa denominación de “delincuente por tendencia” justificaba la reclusión por tiempo indeterminado o el internamiento en campos de concentración de los “incurables”; y con la de “inútiles” fundamentó también el castigo de los asociales, prostitutas, alcohólicos, mendigos, “extraños a la comunidad”. Y, finalmente, una muy peculiar concepción de la teoría de los fines de la pena le llevó a decir que entre ellos estaba también “la eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza”».

Cfr. también Muñoz Conde, *El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los «Extraños a la comunidad»*, en *LH a Cerezo*, Madrid, 2002, 487-509, trabajo cuyo objetivo (503) es ayudar “a cuestionar la aparente neutralidad de cualquier actividad teórica o práctica, sea la Dogmática jurídicopenal, sea la Criminología, que tenga como objeto algo tan poco neutral e inofensivo como es el Derecho que decide qué comportamientos deben ser considerados delitos, y las penas y otras sanciones similares que deben ser aplicadas a los autores de los mismos (o puedan llegar a serlo en el futuro)”.

Ad. II

-En cuanto a las tesis de Jakobs acerca del derecho penal del enemigo, paradigma de las construcciones doctrinales que aquí se critican, sin remontarnos a los antecedentes, en la formulación más reciente que ha dado lugar al reciente debate doctrinal, cfr., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, 47ss. (= La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente, en: Estudios de Derecho Judicial 20, Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999, 121ss.); *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, en: Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 19ss.; *Individuum und Person*, ZSTW 117 (2005), 247ss.; *Terroristen als Personen im Recht*, ZStW 117 (2005), 839ss.

-Las citas literales que aparecen en el texto proceden de las traducciones españolas: Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 40ss., y de Jakobs, en: *Estudios de Derecho Judicial 20*, Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999, 138-139.

-Acerca de la discusión generada al respecto, por citar sólo algunas referencias, cfr., en Alemania, Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, passim; Schulz, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ZStW 112 (2000), 653 ss.; Schneider, *Bellum Justum gegen Feind im Inneren?*, ZStW 113 (2001), 499ss.; Schünemann, *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, GA 2001, 205, 210ss; Hefendehl, *Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind- oder Täterstrafrecht?*, StV 2005, 156ss.; Hörnle, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs Feindstrafrecht*, GA 2006, 80ss. Y en español, cfr., entre otros muchos, Cancio, en: Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 57ss.; el mismo, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo*, Jueces para la Democracia 44/2002, 19ss.; Muñoz Conde, *El nuevo derecho penal autoritario*, en: LH a Ruiz Antón, 2004, 803-823; Portilla, *El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos*, en: LH a Bacigalupo, 2004, 693ss.; el mismo, *Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del derecho penal*, LH a Rodríguez Mourullo, 2005, 851ss.; Zaffaroni, *¿Es posible un derecho penal del enemigo no autoritario?*, en: LH a Rodríguez Mourullo, 2005, 1077ss.; Cancio/Gómez-Jara Díez (coordinadores): *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006; Ferrajoli, *El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho*, Jueces para la Democracia 57, 2006, 3ss.

Ad III

-La cita de Ferrajoli proviene de su artículo, *El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho*, Jueces para la Democracia 57, 2006, 10.

-Acerca del papel esencial que en la articulación de un discurso democrático que merezca ese nombre tiene el sistema de derechos, cfr. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, 147ss.

Una perspectiva muy próxima es la de Vives, *Defensa de un pedazo de papel*, en: LH Rodríguez Mourullo, Madrid, 2005, 2215, quien sostiene que “sin los derechos fundamentales liberales (y aquellos derechos sociales que garantizan un mínimo de igualdad real) la democracia como procedimiento sería un fraude, pues en modo alguno podría afirmarse que los sujetos privados de tales derechos pudieran gobernarse según su voluntad autónoma”.

-Más ampliamente, acerca del papel de los derechos humanos en la guerra contra el terror, cfr. Ashby Wilson (ed.), *Human Rights in the War of Terror*, Cambridge University Press, 2005, passim; Hol/Vervaele (eds.), *Security and Civil Liberties: The case of Terrorism*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

-Relativizando el papel de la Constitución en la búsqueda de las fuentes de las premisas valorativas del sistema dogmático, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, 103ss. Tras afirmar que ha de tomarse como referencia básica el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución (111), en cuanto máxima expresión del consenso axiológico alcanzado en las sociedades democráticas contemporáneas, afirma que no puede sobrevalorarse el papel de la Constitución, porque constituye un mero marco “relativamente abierto” tanto para la construcción dogmática como para la definición de los fines y límites que regulan el ejercicio legítimo del “ius puniendi”.

-Sobre la necesidad de sometimiento del Derecho penal a la Constitución, por todos, Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, 2003, 261ss., 295; Díez Ripollés, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, REDC 75, 2005, 59ss.; Vives Antón, *El ius puniendi y sus límites constitucionales*, Tirant On Line, 2006.

-La cita de Habermas es de su libro *Facticidad y validez*, Madrid, 1998, 197.

Ad. IV

-Acerca de la tortura y los delitos de tortura, desde la perspectiva de su tipificación penal, que aquí no se aborda, cfr. De la Cuesta Arzamendi, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990; Díaz Pita, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, EPCrim XX, 1997, 25-102; Grima Lizandra, *Los delitos de tortura y de tratos degradantes por funcionarios públicos*, Valencia, 1998; Rodríguez Mesa, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000.

-Aunque tanto en la Constitución española como en los textos internacionales a los que se hace referencia el carácter absoluto de la prohibición resulta evidente, en los últimos tiempos se ha reabierto el debate acerca de la posible legitimidad

de la legitimidad de la tortura, especialmente ante casos de terrorismo y con argumentos utilitaristas, que apelan a los derechos y a la dignidad de las víctimas. Así, por ejemplo, Wittreck, *Menschenwürde und Folterverbot - Zum Dogma von der ausnahmslosen Unabwägbarkeit des Art. 1 Abs. 1 GG*, DÖV 2003, 873-882. Cfr. Sobre el debate, Callewaert, *L'article 3 de la Convention Européenne: Une norme relativement absolue ou absolument relative?*, en: Liber Amicorum Marc-André Eiusen, 1995, 13-38; Brugger, *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, Der Staat, núm.1, 1996, 67-97; Evans/Morgan, *Preventing Torture*, Oxford, 1998; Lüderssen, *Die Folter bleibt Tabu- Kein Paradigmenwechsel ist geboten*, FS für Rudolphi, 2004, 691-712.

Próximo a este debate está el de la legitimidad de la intervención estatal para salvar vidas ante una amenaza de atentado a costa de otras vidas inocentes, surgido a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006, sobre el art. 14.3 la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar un avión secuestrado para cometer un atentado terrorista. El Tribunal alemán declaró inconstitucional y nulo por contrario al derecho a la vida, en relación con la garantía de la dignidad de la persona, sobre la base de que la dignidad de la persona impide que se trate a cualquier ser humano como simple objeto o medio de la acción estatal. Acerca de este debate, cfr. Rodríguez Santiago, *Una cuestión de principios*, REDC 77, 2006, 257-272; Domenech Pascual, *¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado Kamikaze?*, RAP núm. 170, 2006, 389-425.

-Acerca de la situación de la tortura, los textos internacionales y la jurisprudencia internacional, cfr. Quel López/Fernández de Casadevante, *La lucha contra la tortura: aspectos de derecho internacional y de derecho interno español*, Oñati, 1991; Borrego Borrego, *La jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en aplicación del art. 3 del Convenio Europeo*, Cuadernos de Derecho Judicial 11, 1993, 27-45; Fourteau, *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne des états membres: l'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants*, Paris, 1996; Evans/Morgan, *Preventing Torture. A Study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford, 1998; Cruz Ros, *El Comité para la prevención de la tortura: fijación de los estándares para mejorar la protección de las personas privadas de libertad*, Valencia, 2001; Kolb, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, RUDH 2003, 254-287; Dutheil-Warolin, *La Cour Européenne des Droits de L'homme aux prises avec la preuve de violations du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture: entre théorie classique aménagée et innovation européenne*, Rev.trim. dr.h. 62/2005, 333-347; Ruiloba Alvaríño, *El Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España*, Madrid, 2005; AA.VV., *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*, Colección Jornadas sobre derechos humanos, Ararteko, 2003; Rodley/Pollard, *Criminalisation of torture: State obligations under the United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, European Human Rights Law Review, núm. 2 (2006), 115-141; Fernández de Casadevante Romani, "Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura I y II", en: Fernández de Casadevante (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 3ª ed., Madrid, 2007, 299-367.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008

Fecha de aceptación de originales: 11 de marzo de 2008.

RESUMEN

El artículo trata de los límites jurídicos que debe tener la lucha contra el terrorismo. Se analizan y comentan las Sentencias de la Corte Suprema norteamericana en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, y en el caso Hamdan, en las que se reconoce a algunos detenidos en Guantánamo el derecho al *habeas corpus* y a ser juzgados por tribunales ordinarios con las garantías requeridas internacionalmente. En el artículo también se denuncian los casos de tortura y malos tratos a que son sometidos los presos en Guantánamo y algunas teorías jurídicas que justifican o asumen la impunidad de estas prácticas.

PALABRAS CLAVE

LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *HABEAS CORPUS*, COMISIONES MILITARES, TORTURA, IMPUNIDAD.

ABSTRACT

This article is about legal limits on the war on terror. First it comments decisions of the Supreme Court USA in cases Rasul, Hamdi and Padilla, and in case Hamdan about the rights of the detainees in Guantánamo to Habeas corpus and to a due process. The article takes as well a critical look at torture as a form of policy and at certain legal theories that justify political and military officials implicated in torture and abuse of those prisoners.

KEY WORDS

WAR ON TERROR, SUPREME COURT USA, *HABEAS CORPUS*, MILITARY COMMISSIONS, TORTURE, IMPUNITY.

LA SITUACIÓN DE LOS PRESOS DE GUANTÁNAMO: ENTRE LA TORTURA Y EL ESTADO DE DERECHO

Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavida, Sevilla

1 El Derecho penal del Estado de Derecho se caracteriza ante todo por limitar y admitir sólo en casos excepcionales el empleo de la violencia por parte de los particulares. Únicamente, dentro de los estrechos márgenes de la legítima defensa y en algunos supuestos excepcionales de estado de necesidad, pueden éstos emplear la violencia para defender o proteger sus derechos, y ello siempre dentro de los límites que imponen el principio de proporcionalidad y la necesidad del empleo de la violencia cuando no caben medios menos lesivos para proteger derechos fundamentales en inminente peligro de destrucción.

Fuera de estos casos, sólo el Estado tiene el monopolio de la violencia, pero este monopolio tampoco concede un derecho absoluto o ilimitado para ejercer todo tipo de violencia, sino igualmente, y siempre en casos excepcionales, dentro de los límites previamente reglamentados y de acuerdo también con los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando prohibiciones absolutas de ejercicio de la violencia como la imposición de la pena de muerte¹ y de tratos inhumanos y degradantes (Art.15 CE).

Además, tanto los particulares como el Estado están obligados respetar la prohibición absoluta del empleo de la violencia entendida como tortura; es decir, como provocación de dolor físico o psíquico para intimidar, para conseguir pruebas o declaraciones y confesiones forzadas, o constreñir de cualquier otro modo la voluntad del torturado con cualquier finalidad o motivación, o simplemente con el ánimo de hacerlo sufrir, castigarlo o provocar su humillación.

El empleo de la violencia por parte de los particulares fuera de los casos excepcionales en que legalmente se justifica carece, pues, de legitimidad, cualquiera que sea la finalidad o motivación con la que se realice. Y si se realiza de forma sistemática y en grupo con finalidad o motivación políticas, dará lugar al fenómeno que conocemos como terrorismo, y que como tal es considerado tanto a nivel nacional, como internacional como uno de los delitos más graves contra los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Igualmente, el empleo de la violencia por parte del Estado o de los que actúen en su nombre cuando se realiza fuera de los cauces

previstos legalmente es ilegítimo, y si se emplea de forma sistemática y como instrumento de una determinada concepción política, racista, social, religiosa, etc, constituye terrorismo de Estado, que no tiene una definición legal precisa pero que igualmente constituye un gravísimo delito, bien en forma de delitos singulares como el asesinato, homicidio, lesiones, secuestros, etc, o en la de los más modernos delitos contra el Derecho internacional, como el Genocidio o los Crímenes contra la Humanidad.

Pero a diferencia de lo que sucede con la violencia ilegítima realizada por los particulares, los límites de la violencia ilegítima empleada por el Estado son más oscuros y difíciles de marcar, y esta oscuridad y dificultad es aprovechada por muchos para justificar, con diversos argumentos, su empleo, sobre todo cuando se trata de fortalecer el sistema, que a su vez puede ser también ilegítimo (por ejemplo, una dictadura), frente a sus adversarios. Eso ha hecho también que mientras que al terrorismo contra el Estado, como empleo de la violencia para atacar el sistema político, social y jurídico vigente, se le han dedicado, sobre todo en los últimos años, muchas páginas y normalmente casi todas de condena, al terrorismo desde el Estado se le haya dedicado mucho menor atención, haya sido mirado con mayor benevolencia o incluso justificado como una forma eficaz que tiene el Estado para luchar contra sus enemigos, sean estos interiores o exteriores, terroristas o enemigos combatientes de una potencia extranjera con la que se está en guerra. Frases como “no hay mejor terrorista que el terrorista muerto”, “al enemigo ni agua”, *vae victis*, “en la guerra todos los medios son lícitos con tal de ganarla”, etc, demuestran hasta qué punto existe un doble rasero o una doble moral para juzgar de forma distinta la violencia ilegítima contra el Estado, y la violencia igualmente ilegítima cometida desde o en nombre del Estado.

Sin embargo, cualquiera que conozca el marco constitucional de un Estado de Derecho y los principios y Declaraciones internacionales de reconocimiento de los Derechos

humanos en los que se apoya, comprenderá inmediatamente, sea jurista o no, que la lucha contra el terrorismo, o contra cualquier tipo de delincuencia, sea o no violenta, tiene que tener también sus límites y ser llevada con los medios y formas que permite ese marco constitucional y las Declaraciones universales de Derechos humanos. Y del mismo modo debe admitir que incluso en las guerras, declaradas oficialmente o no, deben respetarse determinados principios del Derecho internacional de Guerra y del Derecho humanitario, recogidos en las Convenciones internacionales como la de la Haya o las de Ginebra, en el trato de los enemigos combatientes y de la población civil.

Naturalmente, tanto en el pasado, como en el presente, como también en el futuro se han dado, se dan y se darán violaciones de estos principios y reglas básicas del Estado de Derecho y del Derecho internacional; pero entonces la labor del jurista debe ser ante todo, si se trata de un jurista teórico, desenmascarar las razones que se aleguen para justificar, de un modo u otro, esas violaciones; y si es un jurista práctico, procurar que esas violaciones no queden impunes, llevando antes los Tribunales de Justicia, nacionales o internacionales, a los responsables individuales de las mismas, para que sean juzgados y en su caso condenados.

Desde la perspectiva de un Estado de Derecho y del actual Derecho internacional parece esto tan evidente que ni siquiera habría que decirlo o recordarlo. Pero, como todavía hoy se encuentran a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, decisiones u opiniones que no coinciden plenamente con estos postulados, no parece ocioso ocuparse siquiera brevemente de los aspectos más controvertidos que se plantean en relación con la lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho y en la Comunidad internacional.

En los últimos años se han planteado problemas de este tipo en relación, por ejemplo, con la legitimidad de la intervención anticipada del Derecho penal en estadios aún muy alejados de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criminalizando la apología o el

enaltecimiento de actos o grupos terroristas o la colaboración con los mismos². También se ha planteado la licitud de algunos medios técnicos como los audiovisuales o el control de las escuchas telefónicas, de forma indiscriminada y sin control judicial, para obtener información y pruebas de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada etc³. Pero donde se ha suscitado últimamente mayor discusión ha sido en relación con la situación jurídica y penitenciaria de los presos afganos y de diversas nacionalidades internados en la base americana de Guantánamo (Cuba) tras la Guerra de Afganistán a raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001, y los malos tratos e incluso torturas que se les han infligido, tanto como forma de castigo o humillación, como también como forma de obtener de ellos información sobre atentados terroristas pasados o que puedan volver a cometerse en el futuro. Estos hechos, unidos a otros concomitantes como la existencia de secuestros policiales de presuntos implicados en actividades terroristas y su traslado forzoso a otros países en vuelos secretos, utilizando las bases de terceros países cuyos Gobiernos lo sabían, pero que hacían como si no lo supieran, o la misma existencia de cárceles secretas de la CIA donde se ha retenido o se está reteniendo a estas personas por tiempo indefinido y sin ningún tipo de información sobre su paradero, han provocado a nivel internacional una gran conmoción y una ola de protestas, aun mayor que en otros casos, en la medida en que los responsables de estos hechos han actuado en nombre y representación del país militarmente más poderoso del mundo, los Estados Unidos de América, y con la impunidad que les procura la protección de ese mismo país.

Dada la importancia y gravedad de estos hechos, seguidamente me voy a ocupar de dos cuestiones puntuales muy relacionadas entre sí, como son, por un lado (infra 2. a) y b)), la situación jurídica de los presos de Guantánamo, y la conceptualización jurídica que merecen las llamadas “Comisiones militares” creadas *ad hoc* para juzgarlos; y, por otro (infra 3.), la utilización de ciertos tipos de tortura, no ya sólo

como trato degradante e inhumano que en sí mismo constituye la forma de vida a la que están sometidos los detenidos en dicha Base, o que pueda provenir de los abusos o excesos que a título particular cometan algunos de sus guardianes, sino de la pretendida “validez” y legitimidad jurídica que se le quiere dar por algunos a los actos de tortura que se practican por los funcionarios y autoridades oficiales de los Servicios secretos americanos en los interrogatorios a los que se somete a estos sospechosos al objeto de obtener de ellos información y pruebas de actos terroristas pasados, o para prevenir otros futuros.

2. Dentro de la polémica que ha suscitado la tesis patrocinada por algunos autores sobre la necesidad de asumir que en el Ordenamiento jurídico hay que hacer una exclusión de prácticamente todos los derechos que se reconocen en la Constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados sujetos que se consideran como “enemigos”⁴, parece especialmente interesante ocuparse de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos recluidos en la base militar norteamericana de Guantánamo. A este respecto comentaré, en primer lugar, las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004 en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, por la Corte Suprema estadounidense⁵.

a) Como es de sobra sabido, a partir de noviembre del 2001 se empezó a internar a un gran número de detenidos en la Guerra de Afganistán en la Base militar norteamericana de Guantánamo, radicada en Cuba. Desde entonces unos 800 detenidos, algunos incluso menores de 18 años en el momento de su detención, han pasado por dicha Base, en la que han permanecido privados de prácticamente todos sus derechos no sólo como ciudadanos, sino casi como seres humanos, sometidos a tratos inhumanos y degradantes, sin respetar las reglas mínimas aprobadas en Convenciones internacionales sobre el trato a los prisioneros de guerra. Según los Informes de organismos internacionales, como Amnistía Internacional, a finales del 2007 aún se encontraban reclui-

dos allí unos 275 detenidos, 100 de los cuales son de origen yemení. Muchas de las liberaciones se han debido a gestiones de países de los que procedían algunos de los detenidos, como Inglaterra o Australia, o también a algunos recursos presentados por abogados de los detenidos exigiendo su liberación o, por lo menos, su paso a prisiones ordinarias y que se les juzgue por tribunales ordinarios, a través del correspondiente recurso de *habeas corpus*. Algunos de estos recursos han prosperado y han motivado decisiones de la Corte Suprema estadounidense que seguidamente paso a comentar.

Efectivamente, en estas decisiones la citada Corte Suprema tuvo que plantearse y resolver, si los presos de Guantánamo aprehendidos por tropas americanas en la Guerra de Afganistán, y otra persona detenida en el Aeropuerto de Chicago y que se encontraba en una prisión militar de Carolina del Norte como sospechoso de haber participado en el atentado del 11 de septiembre del 2001, tenían, entre otros derechos, el de solicitar un *habeas corpus*, es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención, y a ser juzgado en un proceso debido con todas las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.

La decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana⁶. Para la inmensa mayoría de los Jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano norteamericano tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art.1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana sólo suspende este derecho en caso de “rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública”, y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los Jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra

de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el Juez Scalia, y a él se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas. Para el Juez Scalia el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi, tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismo derechos que éstos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Se apoya para ello en una discutible interpretación de textos legales y de antiguos precedentes jurisprudenciales que, en su opinión, niegan a los extranjeros los derechos que sólo corresponden a los ciudadanos americanos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus* y el derecho a un debido proceso. Frente a sus argumentos opone el Juez Stevens otros a favor de la opinión que finalmente prevaleció por una mayoría de 6 a 3, entre los que destaca el siguiente razonamiento:

“La parte demandada (es decir, el Gobierno, en este caso representado por el propio Presidente Bush) se muestra de acuerdo en que el Estatuto de habeas corpus crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existe pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales”⁷.

Con esta importante sentencia, la Corte Suprema americana establece, al menos como principio y en relación con los recurrentes en el caso *Rasul*, que no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear un recurso de *habeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera si esos extranjeros son “enemigos” o simplemente extranjeros. Con esto reconoce a los recurrentes

tes, a pesar de no tener la nacionalidad norteamericana, un derecho fundamental, pieza clave para el reconocimiento de otros derechos fundamentales, superando así el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de “amigo-enemigo”, al que había pretendido reducirlo la Administración de Bush y Rumsfeld, contra los que por cierto se dirigían las demandas de los recurrentes⁸. Ciertamente, ello no es más que un paso en el reconocimiento de que incluso los posibles o reales “enemigos”, tanto si se encuentran en territorio americano como si no, pero siempre bajo custodia o control de autoridades americanas, tienen unos derechos mínimos que no pueden negárseles. Evidentemente, aún queda mucho camino hasta que la Administración norteamericana llegue a admitir que todos los detenidos en Guantánamo, incluidos los llamados “enemigos combatientes” tienen unos derechos como presos de guerra, reconocidos por las Convenciones de Ginebra, que está claro que no se están respetando en estos momentos⁹.

Es curioso notar que este argumento a favor de que puedan plantear un recurso tan tradicional en el *Common Law* como el de *habeas corpus*, coincide con el origen, incluso terminológico del mismo, conforme al cual este derecho no es exclusivo del ciudadano, sino del “corpus”, es decir, de lo que Agamben llama la “nuda vida”, independientemente de su adscripción a una determinada comunidad política o jurídica¹⁰. Esta fue también la idea que dio origen a la primera Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y a las primeras declaraciones de derechos recogidas en los Documentos de la Independencia de los Estados Unidos de América:

“Los hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”.

b) No obstante, estas decisiones no solucionaron de golpe todos los problemas que planteaba la anómala situación jurídica de los presos de Guantánamo, ya que la legislación excepcional (*Patriot Act*) adoptada por el Congreso de los Estados Unidos a partir del

atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2008 preveía una serie de disposiciones contrarias a los patrones establecidos por la Constitución americana y por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pero además de esta *Patriot Act*, posteriormente se dictaron otras como la *Military Order* de 13 noviembre del 2001¹¹, que igualmente adolece de vicios de constitucionalidad desde el punto de vista del derecho interno norteamericano y de ilegitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional. Así, por ejemplo, esta Orden militar posibilita que los presos de Guantánamo sean juzgados por unas Comisiones militares, con un procedimiento que no respeta las garantías establecidas constitucionalmente en los Estados Unidos para todos los procesos penales. También se refiere a la colaboración con el terrorismo en casos de acciones neutrales o sin relevancia penal directa, transporte, ayuda, etc, o que todo lo más sólo pueden incluirse en la anómala figura típica del Derecho angloamericano de la “*conspiracy*”, no recogida expresamente en el Derecho internacional de la Guerra.

De estas y otras cuestiones se ocupó la Corte Suprema norteamericana en su sentencia de 26 junio del 2006¹², que seguidamente paso a comentar brevemente. El caso que motivó esta decisión de la Corte Suprema es el siguiente:

Al amparo de la Orden militar de 13 noviembre del 2001, el Presidente Bush y su Secretario de Defensa, Rumsfeld, presentaron contra Salim Ahmed Hamdan cargos por los que se le acusaba de conspiración en la realización de actos terroristas, basándose para ello en que Hamdan había sido durante algún tiempo chofer y quizás guardaespaldas personal de Osama Bin Laden, el dirigente del grupo terrorista Al Qaeda. Hamdan recurrió ante los Tribunales ordinarios alegando, en primer lugar, la inconstitucionalidad de la Comisión militar que tenía que juzgarlo, y además el que la figura de la *conspiracy* no figuraba entre los delitos incluidos en el Derecho penal internacional de la Guerra, y que en todo caso el hecho de haber sido chofer de Bin Laden no era motivo suficiente para imputarle dicho cargo.

La Corte Suprema recoge en su sentencia, que un tanto optimísticamente fue calificada en aquel momento por George P. Fletcher como “el comienzo del fin de Guantánamo”¹³, en parte, las alegaciones de Hamdan, recha-

zando los argumentos que en su contra esgrimió la Administración. Desde luego, a la vista de lo que ha sucedido después, e incluso del texto de la propia sentencia, no se puede decir que estemos aquí ante el “comienzo del fin de Guantánamo”, pero sí es importante destacar que, igual que las anteriores dictadas en los casos de Rasul y Hamdi, la misma supuso un serio revés para la Administración del Presidente Bush, mostrando, al mismo tiempo que las dudosas bases jurídicas en las que se apoya, la actitud de rechazo que tiene un gran número de juristas americanos en relación con la situación de los presos de Guantánamo.

Tres puntos interesa destacar de esta interesante sentencia¹⁴.

La primera cuestión que se debate en esta sentencia es si a los presos de Guantánamo se les aplica las Convenciones de Ginebra en relación con el estatuto jurídico de prisioneros de guerra. La tesis de la Administración Bush fue en primer lugar negar que los Convenios de Ginebra tengan naturaleza *Self Executing* y puedan ser alegados por un particular como derecho vigente, sin una implementación expresa en el Derecho interno. Además, en todo caso, seguía argumentando la Administración americana, al no tratarse de una guerra formal entre dos Estados, ya que Al Qaeda no constituye propiamente un Estado, sino un grupo terrorista difuminado en el territorio de varios Estados, la Convención de Ginebra que se refiere sólo a los Estados y a los Estados parte de un conflicto, tampoco sería aplicable en este caso. Frente a ello, Hamdan alegaba que hay una norma mínima común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en la que se recoge el llamado Derecho humanitario y que éste es aplicable en todos los conflictos armados, sean estos nacionales o internacionales. Efectivamente el Artículo 3 común a los Cuatro Convenios, tomado del III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, dice lo siguiente:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en

conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

Parece evidente que el espíritu humanitario que anima este precepto no puede estar supeeditado a ningún tipo de sutileza jurídica que permita excluir a cualquier ser humano, cualquiera que sea la naturaleza del hecho que haya cometido, la calificación del conflicto armado en el que haya participado o del grupo armado o ejército al que pertenezca, de derechos que simplemente le corresponden por el hecho de ser una persona; es decir, un ser humano como tal debe gozar siempre de los derechos más indispensables que reconoce el Artículo 3. En su decisión, la Corte Suprema, aunque no acepta directamente aplicable esta disposición, porque considera que no es vinculante directamente para al Gobierno americano, sí admite que es aplicable al caso en la medida en que, en el art. 21 del Código unificado de

Justicia militar americano, se recogen también estos derechos como Derecho de guerra. De este modo, la Corte Suprema se aparta expresamente de intentos muy en boga hoy en día, incluso en el plano teórico jurídico, de negar incluso la cualidad de “persona”, al enemigo, cuando éste es un “enemigo combatiente”, como califica la Administración norteamericana a los presos de Guantánamo, o un terrorista, que actúa en nombre de un grupo pero no de un Estado. No es ahora el momento de analizar más detenidamente las razones en las que la Administración norteamericana se apoyaba para negar la aplicación del Convenio de Ginebra a los presos de Guantánamo¹⁵, pero en todo caso lo que sí queda claro es que de la decisión de la Corte Suprema se deduce que, independientemente del carácter vinculante o no del Artículo 3 común y de otras cuestiones jurídicas que se puedan plantear en relación con la situación de los presos de Guantánamo (la posibilidad de que puedan plantear un *habeas corpus*, de que sean juzgados por tribunales ordinarios, civiles o militares, etc), las reglas mínimas del Derecho humanitario que se contienen en el Artículo 3 común también son aplicables a Hamdan, aunque sea a través del rodeo de considerarlas incluidas en el derecho interno de la guerra americano. Ello tiene ya importantes consecuencias porque, como veremos más adelante, en el citado Artículo 3 común se contienen prohibiciones de especial importancia para este caso, como es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, o la de tribunales de excepción no constituidos legítimamente.

Una de estas consecuencias que se deduce del propio Artículo 3 común en su apartado 1, d), es que *quedan prohibidas* “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Con la invocación que hacía Hamdan de este artículo, la Corte Suprema no tuvo más remedio que ocuparse también de la validez de las “Comisiones militares” creadas para juzgar a los presos de Guantánamo por la Orden militar de

13 noviembre del 2001. Para ello analiza en primer lugar si estas Comisiones tienen validez conforme al Derecho norteamericano, donde efectivamente el art. 21 del antes citado Código Unificado de Justicia militar admite esas Comisiones pero, eso sí, siempre que hayan sido creadas *by statute or by the law of war*. Respecto a lo primero era evidente, sin embargo, que Bush había creado esas Comisiones militares sin una autorización expresa del Congreso. No había, por tanto, una ley previa que legitimara esa creación presidencial, y ya desde el punto de vista del Derecho interno americano esas “Comisiones” serían por tanto ilegales. Sin embargo, la Corte suprema se ocupa también de analizar si el “Law of war”, es decir, el derecho de guerra, permite la creación de estas comisiones. Y tras un detenido análisis de los Comentarios especializados en esta materia llega a la conclusión de que ello sólo es posible en caso de “necesidad militar” y siempre que se den determinados requisitos, como que los hechos a enjuiciar se realicen en el escenario de hostilidades, o violando las leyes de guerra, etc.: requisitos estos que no se daban tampoco en el caso de Hamdan que había sido detenido varios años antes y que, por tanto, no se encontraba en el momento de su enjuiciamiento en ninguna de estas condiciones. No obstante, algún Juez, como Thomas, discrepó de esta fundamentación, y en todo caso, como señaló expresamente el Juez Binter, la falta de autorización legal expresa, podía subsanarse recurriendo el Presidente al Congreso y solicitando expresamente esta autorización, lo que efectivamente hizo más tarde y le fue concedida¹⁶.

La Corte se apoya también en el argumento de que el cargo de que se acusaba a Hamdan de *conspiracy* no entraba en el ámbito del Derecho internacional de la Guerra¹⁷, por no constituir una violación de las leyes de guerra, si bien este argumento fue rechazado por el Juez Thomas quien alegaba que los actos de que se acusaba a Hamdan, transporte y custodia de personas implicadas en ataques armados y, por tanto, de enemigos, eran una evidente contribución a la guerra. Sin embargo, aquí habría que tener en cuenta también el argumento frecuentemen-

te discutido en el Derecho penal material de hasta qué punto “acciones neutrales” como la de ser chófer particular de un delincuente pueden estimarse como actos de participación en los delitos que el delincuente cometa. La Corte Suprema, al estimar por mayoría que la llamada *conspiracy* no entra en el ámbito del Derecho internacional de Guerra no se ocupa de este tema, pero no hubiera estado de más que en la argumentación disidente de Thomas se hubiera hecho alusión a este problema, sin duda importante para dirimir hasta qué punto acciones de la vida cotidiana que aparentemente son “neutrales” desde el punto de vista del Derecho penal, pueden llegar a constituir formas de participación en acciones delictivas¹⁸.

Pero en su sentencia la Corte Suprema se ocupa también de otro tema para rechazar la argumentación de la Administración que me parece especialmente destacable: los defectos de procedimiento y la ausencia de garantías para el imputado que se contenían en la *Military Order* de 13 noviembre del 2001. Una de las exigencias contenidas en el Artículo 3 común apartado 1 d) de los Cuatro Convenios de Ginebra es, como ya se ha señalado, además de la legitimidad del tribunal juzgador, que el proceso se lleve a cabo “con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Es evidente que esas garantías no se mencionan ni se enumeran expresamente en esta disposición, pero es evidente también que existe un buen número de preceptos del máximo rango, a nivel constitucional, en la mayoría de los Estados civilizados, así como importantes Convenios internacionales, en los que dichas garantías se reconocen y se enumeran expresamente, considerándolas derechos humanos fundamentales de cualquier imputado en un proceso penal. Y, por supuesto, están también recogidas en la Constitución de los Estados Unidos, que a través de sus diversas Enmiendas y de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (como las “Miranda rules”), ha sido uno de los países pioneros en el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de las mismas. Por este motivo la Corte Suprema es especialmente sensible a los defectos proce-

dimentales que observa en la Orden Militar, señalando varios que, a su juicio, invalidan la constitucionalidad de las decisiones que las mismas lleven a cabo.

Sin ánimo de exhaustividad citaré sólo algunos de los defectos señalados por la Corte Suprema. En primer lugar, la Orden militar permite que el acusado no esté presente en su propio juicio. En segundo lugar, prevé que se le pueda negar al acusado el acceso a determinadas pruebas, por razones de seguridad. En tercer lugar, se admiten pruebas que pueden tener un origen ilícito, o testimonios indirectos de referencia, etc.

La Corte no entiende por qué las alegadas razones de seguridad pueden llevar al extremo de negar al acusado derechos que se le reconocen en cualquier país civilizado, e incluso en los procesos penales militares, que deberían, en principio, servir de referencia a las Comisiones militares. Frente a estos argumentos dice en su voto disidente el Juez Alito, poco antes nombrado por el propio Presidente Bush para ese cargo, que esos defectos procedimentales podrían ser alegados luego por vía de recurso, y que ello no deslegitima en todo caso la propia existencia de la Comisión militar. Pero es evidente que se trata de dos cosas diferentes y que además el recurso que se reconoce en la *Military Order* al Tribunal del Distrito de Columbia es bastante limitado y sólo para condenas superiores a diez años de prisión o a pena de muerte¹⁹.

De todas formas, muchos de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en contra de las Comisiones Militares y su procedimiento pronto se vieron desmontados por el propio Presidente Bush, quien acogiendo a la posibilidad que le concedía la propia sentencia de la Corte Suprema de subsanar el defecto originario en la creación de estas Comisiones por no tener autorización del Congreso, rápidamente solicitó esa autorización que le fue concedida el 17 octubre del mismo año 2006²⁰. No puedo ahora detenerme en el análisis de esta nueva regulación de las Comisiones Militares, que adolecen de muchos de los defectos procedimentales que ya tenía la

anterior, por lo que no sería extraño que volvieran a plantearse de nuevo recursos ante la Corte Suprema. Pero probablemente con ello ya cuenta el propio Presidente Bush quien, de todos modos con la autorización concedida y en tanto no haya otra decisión en su contra de la Corte Suprema, para lo que pueden pasar todavía algunos años, gana tiempo y puede seguir con su recusable política respecto al trato que reciben los presos de Guantánamo.

3. Lo que acabo de decir nos lleva a plantearnos una cuestión de más largo alcance, y que probablemente se puede haber planteado más de uno que haya seguido todo el largo y sinuoso camino de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas en relación con la situación de los presos de Guantánamo. La verdad es que, a pesar del claro varopalo que las mismas han supuesto para la Administración del Presidente Bush, la situación de dichos presos no ha cambiado. Y no sólo eso, es que además diariamente se siguen conociendo casos de abusos, de malos tratos y torturas que se dan en Guantánamo y en otros centros radicados fuera de los Estados Unidos como Abu Ghraig en Irak o Bugram en Afganistán, como es de suponer que se darán también o aún más en la “cárceles secretas” de la CIA esparcidas por el mundo, de cuya existencia nadie duda.

¿De qué sirven, pues, tantas decisiones al más alto nivel jurisprudencial en contra de estas situaciones si luego la Administración responsable de las mismas sigue sin tenerlas para nada en cuenta? ¿Y de qué sirve todo ese arsenal jurídico frente a los malos tratos y torturas que se dan impunemente en esos centros y que, incluso, parece que dentro de ciertos límites se fomentan o se autorizan por la propia Administración como formas “lícitas” de interrogatorios para la obtención de datos en la lucha contra el terrorismo?

En un trabajo sobre la situación de los presos de Guantánamo (pero también en otros centros de detención situados fuera de los Estados Unidos, bien conocidos como Abu Ghraig y Bugram, pero también en otros lugares desconocidos sitios en algunos otros países cuyos Gobiernos han consentido la existencia

de cárceles secretas), es, por tanto, necesario ocuparse también de esta otra cara de la lucha contra el terrorismo; de una lucha feroz, inhumana ilegal y oscura, que se lleva a cabo en los centros de detención por los agentes y funcionarios de los Estados Unidos empleando medios contrarios a los principios del Estado de Derecho y a las Convenciones internacionales sobre derechos humanos, y concretamente de la Convención internacional sobre la tortura que prohíbe su uso como forma de investigación y de prevención o castigo del delito, sean éstos actos terroristas o de cualquier otra naturaleza. Desgraciadamente, la utilización de la tortura, que parecía había sido ya desterrada definitivamente, al menos oficialmente, del panorama jurídico de los pueblos civilizados, como medio de investigación policial, como medio probatorio en el procedimiento penal y como forma de tratamiento y castigo del recluso en el ámbito penitenciario, renace en estos Centros de detención con una fuerza inusitada, y, lo que es peor, no ya como una praxis real, pero ilegítima, carente de toda base jurídica, sino con el apoyo de juristas, de politólogos, de especialistas en la lucha antiterrorista, y por supuesto de muchos políticos. Esta es, a mi juicio, una de las consecuencias más graves de cuantas ha producido la nefasta política norteamericana en su lucha contra el terrorismo a partir del lamentable suceso del atentado del 11 de septiembre del 2001.

La tortura como forma de investigación, de obtención de pruebas mediante la confesión del torturado, y de castigo, es conocida desde antiguo en todos los pueblos y culturas. Pero poco a poco y en la medida en que se fueron refinando los medios de control y dominación de unas personas sobre otras, la tortura física fue siendo sustituida otras formas más sutiles de control. Como dice Foucault, el sistema fue cambiando en función de la transformación del cuerpo social entero, pasando de controlar el cuerpo a controlar el alma²¹. Fueron así desapareciendo paulatinamente del catálogo de penas las penas corporales siendo sustituidas por la prisión, y del sistema de los medios probatorios se erradicó la tortura como forma

de conseguir la confesión. A ello contribuyeron sin duda las brutalidades a que daba lugar, incompatibles con el espíritu de la Ilustración del siglo XVIII donde pronto surgieron voces destacadas en pro de su abolición²².

Pero la tortura de hoy no es sólo una forma de provocar dolor físico, sino también moral, humillando o vejando al torturado, aun sin incidir directamente sobre su cuerpo, con técnicas cada vez más refinadas que tienen incluso mayor eficacia, desde el punto de vista del torturador, que la propia tortura física. Y precisamente esto es lo que caracteriza las modernas formas de tortura que, según todo tipo de pruebas e informes reconocidos por las propias autoridades estadounidenses, se practican con los presos de Guantánamo y otras cárceles y prisiones en las que se encuentran internados sobre todo presuntos terroristas, ex combatientes de la Guerra de Afganistán o de Irak. Si como decíamos en los epígrafes anteriores es ya de por sí intolerable la situación de exclusión, de “limbo jurídico”, en la que se encuentran estos reclusos, mucho más lo es que esta anómala situación jurídica vaya acompañada de una serie de tratos inhumanos y degradantes que claramente violan la prohibición de tortura y malos tratos de los prisioneros de guerra recogida en el apartado 1 a) y c) del Artículo.3 común de las Convenciones de Ginebra, y en la Convención internacional contra la tortura, por cierto ratificada por Estados Unidos en 1994.

Las pruebas de que en estos centros han ocurrido y están ocurriendo este tipo de cosas son más que evidentes; han salido en todos los medios de comunicación y la propia Administración norteamericana lo ha admitido. Se han documentado hasta 24 formas de torturas en los interrogatorios, el famoso “tercer grado” del que nos hablaban en las películas de serie negra de los años 40: Desde azuzar perros de gran tamaño y agresivos contra los reclusos como forma de intimidarlos, hasta someterlos a inmersión bajo el agua creándoles la sensación de muerte por ahogamiento, pasando por exponerlos durante mucho tiempo a bajas o a altas temperaturas en lugares cerrados, sin

ninguna ventilación, dejando que se hagan sus necesidades fisiológicas encima sin permitirles asearse durante mucho tiempo, someterlos a interrogatorios continuados durante muchas horas, interrumpirles continuamente el sueño, poner música a gran volumen, hacerles que se desnuden y obligarles a adoptar posturas humillantes, simular ejecuciones disparándoles en la cabeza con pistolas de fuego, amenazando con provocarles daño o matar a seres queridos, a los que hace ya años no les ven, etc. Todo ello sin contar otras formas de torturas menos sutiles y más clásicas, como simplemente golpearles, aplicarles corrientes eléctricas en los testículos, inyectarles sustancias que alteran su comportamiento, o recluirllos durante semanas en celdas de aislamiento con una luz permanente²³. El laboratorio del Dr. Mabuse, o cualquier otro laboratorio de horrores, incluyendo el de los Campos de Exterminio nazis, como el de Auschwitz, se quedan en pañales si se les compara con los centros de tortura de Guantánamo o Abu Ghraib.

Es verdad que muchos de estos hechos son excesos individuales de algunos guardianes que en algún caso (más bien pocos) han sido sancionados penal o disciplinariamente²⁴. Pero son las propias condiciones de vida en estos centros las que ya de por sí constituyen un trato vejatorio o humillante de los reclusos y, por supuesto, las que fomentan los excesos que cometen esos guardianes. Existen además en estos casos tácticas psicológicas de autojustificación, que van acompañadas de la aprobación y del apoyo externo de los superiores que dan las órdenes, de los políticos que dan las directrices y que quieren resultados concretos para emplearlos en la lucha contra el terrorismo, incluso de instancias religiosas, que despejan cualquier duda moral que pueda tener el torturador para que no flaquee en su “lucha contra el imperio del mal”. A veces ni siquiera eso es necesario, porque los que torturan son simplemente “verdugos voluntarios”, degenerados morales, psicópatas sádicos, que disfrutaban provocando dolor, y a los que encima se les fomenta la satisfacción de sus bajos instintos premiándolos económicamente o ascendién-

dolos en sus carreras, o simplemente garantizándoles la más absoluta impunidad. No hay nada más penoso que admitir que un Estado de Derecho, o cualquier otra institución mínimamente civilizada, pueda utilizar para su defensa a sujetos de esta clase, y con este tipo de prácticas inhumanas.

Y, sin embargo, no sólo se reconoce que es así, sino que, por motivos de seguridad, se considera necesario seguir autorizando, con más o menos restricciones, este tipo de prácticas y, a pesar de la evidencia de la inhumanidad de las mismas, la Administración Bush se niega categóricamente a prohibirlas. E incluso al más alto nivel: el que fue su Ministro de Justicia o Fiscal General, Alberto Gonzales, ha dado una serie de instrucciones para que se regule este tipo de prácticas como un medio adecuado para la lucha contra el terrorismo, señalando al mismo tiempo que las normas de la Convención de Ginebra (recuérdese el Artículo 3 común) que prohíben la tortura y los tratos degradantes “han quedado obsoletas” y, en ningún caso, son vinculantes para los soldados norteamericanos²⁵. Es verdad que entre muchos políticos americanos estas palabras han causado escándalo y sonrojo, sobre todo si se tiene en cuenta que el Senador McCain, actual candidato republicano a la Presidencia, cuando estuvo prisionero en la Guerra de Vietnam fue objeto de torturas, y movido por esa experiencia ha desencadenado una campaña en contra de la práctica de la tortura en los interrogatorios y centros de detención norteamericanos. No obstante, otras instituciones encargadas directamente de la lucha antiterrorista, como la famosa y temida CIA y algunos estamentos militares, han reconocido que emplean muchos de estos tratos prohibidos en los interrogatorios de los reclusos de Guantánamo y de otros sospechosos de terrorismo. Prácticamente, lo único que se discute en estos momentos es el tipo de técnicas de interrogatorio que se pueden emplear y hasta donde se puede llegar, señalándose en este sentido a modo de conclusión en uno de los Informes elaborados por dos de los asesores del Fiscal general, que el dolor físico solamente constituye tortura si

causa “la muerte, fallo de órganos, o impedimentos serios de las funciones corporales”²⁶; todo lo demás está permitido. Nada extraña, pues, que el Presidente Bush se haya negado una vez más, en marzo del 2008, a que se den a conocer las técnicas de interrogatorios que practican los agentes de la CIA.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos, como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo²⁷. Pionero en esta tendencia ha sido el famoso Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y famoso abogado defensor en algunas causas celebres como la de OJ Simpson y Mike Thysson, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, donde él mismo confiesa que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una “bomba de relojería” (*ticking-time-bomb*) a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que “sacándole” por la fuerza esa información, y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal supremo de Israel en relación con la posibilidad de emplear en los interrogatorios un “cierto grado de coerción física” para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro “*Why terrorism works*”²⁸ (¿Por qué funciona el terrorismo?), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos casos. El libro comienza con un ataque directo a las Convenciones de Ginebra y a la Convención internacional contra la tortura, a los que considera “más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema”, y propone claramente la práctica de una “tortura controlada” no directamente letal, y bajo la supervisión de un tribunal de justicia que

diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Naturalmente, también justifica los llamados “asesinatos selectivos” y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas; luego la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que estos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos. Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la “cruzada contra el terrorismo” enarbolada por el Presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio (¿Aceptaría el gran abogado Alan Dershowitz como prueba contra alguno de sus famosos clientes la confesión de uno de ellos obtenida mediante tortura?).

Pero las argumentaciones de Dershowitz, por demagógicas y populistas que puedan parecer, han prendido también en la vieja Europa, y concretamente en Alemania, donde un caso de delincuencia común (el secuestro y posterior asesinato de un niño dio lugar a que el Jefe de la Policía autorizara a amenazar con torturar al sospechoso que luego resultó ser el autor del secuestro, aunque de este modo no se pudo salvar la vida del niño que ya había sido asesinado²⁹) desencadenó una polémica similar a la que desencadenó el libro de Dershowitz en Estados Unidos, que luego se ha extendido también a otros casos relacionados con el terrorismo (el derribo de un avión con

pasajeros inocentes que ha sido secuestrado por terroristas que lo dirigen a estrellarse contra un objetivo militar)³⁰ y con el ejemplo de la *ticking-time-bomb*. Por razones de tiempo, no puedo ocuparme aquí de los argumentos que se esgrimen en estos casos para autorizar el empleo de la tortura (o en el caso del avión secuestrado su derribo para impedir que se estrelle contra un objetivo militar). El argumento básico es, desde luego, siempre el estado de necesidad, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre Justificación y Exculpación, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad, que desde luego impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una “licencia para matar” (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran a su vez al asesino de sus hijos. Se trata, por supuesto, de una paráfrasis que difícilmente puede ser transplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o reales terroristas. Con ello no estoy diciendo ni mucho menos que habría que conceder por lo menos y ya a priori una causa de exculpación al funcionario público o autoridad que torture a un terrorista para sacarle cualquier información valiosa en la lucha contra el terrorismo, porque ni se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practi-

ca, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a departir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de baseball.

La reacción de rechazo que produce, por ejemplo, en los medios alemanes la posibilidad de admitir la tortura aun en casos extremos lo demuestra el hecho de que actualmente, marzo del 2008, se mantiene en suspenso el nombramiento del Profesor Horst Dreier, como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que precisamente debe sustituir al actual Vicepresidente Winfried Hassemer, porque en unos Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn, que dirige, mantiene que no puede ser del todo excluida la aplicación del principio de la colisión de deberes como causa de justificación en los casos de tortura cuando se trata de salvar la vida de un inocente³¹. Sin embargo, menor conmoción han despertado las declaraciones de otro Profesor alemán, que sin duda tiene menos proyección política, pero que goza de merecida fama en el ámbito de la Dogmática jurídico penal, Me refiero al Profesor Günther Jakobs, Catedrático emérito de Derecho penal en la Universidad de Bonn, quien en sus conocidas tesis sobre la necesidad de admitir un Derecho penal del enemigo frente, entre otros, a los terroristas, dice respecto a la tortura lo siguiente³²:

“Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes, no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que éste intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad.. Todavía una vez más, con otras palabras, *en Derecho* existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes término: Si el Estado puede permanecer *en Derecho* siempre y frente a todos.

Una cuestión completamente diversa es si admitir todo lo que es posible no contrasta con un deber derivado

de la racionalidad. El peligro de un abuso puede ser excesivamente elevado —no me detengo ulteriormente sobre este perfil. He hablado de las condiciones de la juridicidad y con ello también de sus límites, no de la praxis política”.

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que reciben en estos momentos los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican los agentes de los servicios secretos o militares norteamericanos con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, y con ello se coloca en la situación de un Estado de No Derecho. En Alemania se emplea esta expresión, que en alemán se escribe “Unrechtsstaat”, para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo son conocidas: la Segunda Guerra Mundial, con sus casi cincuenta millones de muertos, los horrores de los Campos de Exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas sólo por pertenecer a otra raza. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos, nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que “el Estado no siempre se atiene o permanece en el Derecho”. Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Ausschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en el mundo en nombre de la Razón de Estado. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Dere-

cho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deje el paso libre a un Derecho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se deriven. Este es el peligro que, se cometa en nombre de la Razón de Estado. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, “el sueño de la razón produce monstruos”.

en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que a fuer de pretender ser meramente descriptiva, puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que

NOTAS

1. Evidentemente, la prohibición de la pena de muerte no es una prohibición que goce de reconocimiento universal, pero dentro del espacio europeo rige incluso como condición previa para que un país pueda llegar a ser admitido en la Comunidad europea, y en general, incluso en los países en los que todavía se aplica, existen numerosas campañas y movimientos que piden su abolición, entre otras cosas por tratarse de una pena cruel e inhumana.

2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la apología del terrorismo demuestra hasta qué punto en esta materia se puede incurrir en la criminalización del ejercicio de la libertad de expresión cuando ésta significa algún tipo de simpatía o afinidad con la ideología del grupo terrorista, o una actitud de comprensión o justificación sin más de los atentados cometidos o de sus autores (cfr, por ejemplo, sentencias tan dispares a este respecto como la STS 9 mayo 1996 (condenatoria), con la STS 29 noviembre 1997 (absolutoria), con supuestos de hecho y textos legales aplicables muy similares. El auto del TS de 28 mayo del 2002 rechazó la querrela contra un político quien, en un mitin en territorio francés gritó “Gora Eta”, pero no tanto en base a que el hecho no fuera constitutivo de apología, sino por entender que esta conducta no entra dentro del delito de terrorismo que permite la aplicación del Principio de Justicia Universal y, por tanto, la aplicación extraterritorial de la ley penal española). Precisamente, para evitar estas oscilaciones jurisprudenciales, en la reforma de 22 diciembre del 2000 se introdujo en el art.578 del Código penal la figura del “enaltecimiento”, que motivó, por cierto, la STS 26 febrero 2007 que condenó por amenazas a un terrorista a punto de salir ya de prisión por haber publicado una carta en un diario en la que se alababa la conducta de otros presos terroristas y se justificaba la propia, criticando al mismo tiempo la política penitenciaria seguida con ellos y a los responsables de la misma, en un tono sin duda grosero y agresivo. Un comentario crítico a esta sentencia puede verse en el artículo de María Luisa Cuerda Arnau, El nuevo delito político: apología enaltecimiento y opinión, en La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Estudios de Derecho judicial, 128-2007, p.111 y 115 y ss. También en la STS 20 junio 2007 se condenó a un dirigente político abertzale por haber pronunciado palabras de elogio en un acto homenaje a un dirigente de ETA muerto, véase Francisco Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial 16. ed. Valencia 2007, p.897.

3. El empleo de nuevas técnicas de captación de sonido e imágenes para la investigación de los delitos es cada vez más frecuente, lo que ha obligado a que en casi todos los Estados se hayan dictado normas específicas que lo regulan. No obstante, muchas de esas normas adolecen de defectos constitucionales evidentes, bien porque no precisan con exactitud el tipo de delito y en qué condiciones deben emplearse estas técnicas, bien porque obvian el control judicial o lo reducen a una mera cuestión burocrática. Todo ello ha motivado que los Tribunales constitucionales de muchos países y los internacionales de Derecho humanos, hayan anulado sentencias condenatorias en las que, a su juicio, no se han tenido en cuenta los principios y garantías suficientes para proteger el derecho fundamental a la intimidad de las personas afectadas por el empleo de dichos medios. Véase, por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 3 de marzo del 2003, que declaró anticonstitucional la Ley alemana que regulaba las “Grosse Lauschangriffe”, es decir, los controles audiovisuales más radicales de la intimidad de las personas presuntamente implicadas en la realización de un hecho delictivo. Y en relación con la jurisprudencia española la STC 18/2003, de 23 octubre, en la que se anuló una sentencia condenatoria que se había basado en pruebas obtenidas por empleo de escuchas telefónicas decretadas por el Juez instructor a partir de haber recibido una denuncia anónima (para una exposición del problema y comentario a estas sentencias, véase Francisco Muñoz Conde, Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal, prólogo de Tomas S.Vives, 2. ed., Buenos Aires, 2007.

4. Véase al respecto los trabajos recopilados en Manuel Cancio Meliá/ Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo*, El discurso penal de la exclusión, 2006; también el libro colectivo “Delitto politico e diritto penale del nemico”, editado por Alessandro Gamberini y Renzo Olrandi, 2007. Para una visión de conjunto de este tema véase Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, 2. edición, Buenos Aires, 2007 (hay versión al alemán de la primera edición realizada por Mortiz Vormbaum, “Über das Feindstrafrecht”, Berlin 2007, con prólogo de Winfried Hassemer, que se contiene también en la segunda edición en español de esta obra, a la que se añaden otros trabajos propios sobre el mismo tema).
5. Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct.2686 (28 junio 2004); *Hamdi v.Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 (28 junio 2004), *Rumsfeld v.Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (28 junio 2004).
6. Dicho detalle salió a relucir en el transcurso de los interrogatorios a los que fue sometido Hamdi, cuando estaba preso en Guantánamo. Una vez comprobado que había nacido en territorio norteamericano y que no había renunciado expresamente a esta nacionalidad, Hamdi inmediatamente fue trasladado a una prisión militar en Virginia y luego a Carolina del Sur, desde donde planteó su solicitud de *habeas corpus*. Para más detalles sobre este y los otros casos, véase Fletcher, *Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War, Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo*, en *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p.953 ss. (hay traducción española de Muñoz Aunión, con el título:¿Ciudadanos o personas?, publicada en *Revista Penal* 2005).
7. Véase la exposición resumida de estos argumentos en Fletcher, ob.cit., p.58 ss.
8. No se entiende, por tanto, muy bien que en el caso *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F 3d 695 (2nd Cir.2003), los Jueces, si bien por mayoría, rechazaran entrar en el fondo del recurso, muy similar en contenido a los anteriores, considerando que en lugar de contra Rumsfeld, la demanda tenía que haberse planteado contra el Comandante de la Prisión donde se encontraba recluido el recurrente, en Carolina del Sur. No se olvide que este sujeto no se encontraba preso en Guantánamo, ni tampoco era de nacionalidad norteamericana.
9. No deja de ser paradójico que aún no se haya admitido que representantes de organismos internacionales puedan ver in situ la situación en la que se encuentran esos presos en la base norteamericana de Guantánamo, sita en Cuba, y que, sin embargo, esos mismos organismos denuncien continuamente la situación de los derechos humanos en la propia nación cubana. Una “doble moral” que encaja mal con la idea de igualdad y de justicia, que debe primar por encima de conveniencias o simpatías políticas.
10. Véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspina, 3ª reimpresión Valencia 2003, p.157.
11. Cfr. *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, 13 de noviembre de 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>
12. *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). El texto de esta sentencia se encuentra en numerosas referencias en Internet, como por ej. en Google.com. Aquí se utiliza el recogido en Wikipedia (en.wikipedia.org/wiki/Hamdan_v._Rumsfeld-105k). La sentencia fue acordada por 5 votos (los Jueces Stevens, Binter, Ginsburg, Breyer, Kennedy) frente a 3 (Scalia, Thomas, Alito).
13. George P.Fletcher, *The beginning of the End of Guantánamo*, en *Japan Times*, 17 julio 2006.
14. La misma ha motivado innumerables artículos y trabajos doctrinales que sería prácticamente imposible mencionar siquiera aquí. Al lector interesado le remito al exhaustivo trabajo de María Dolores Bollo Arocena, *Hamdan v. Rumsfeld*, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 24 de junio del 2006, en *Revista electrónica de Estudios internacionales* (2006). Especialmente interesante es también el artículo del Profesor de la Universidad Columbia, George P. Fletcher, *The Hamdan case and conspiracy as a War Crime*, en *Journal of International Criminal Justice* vol.4, Num.13, Julio 2006, 442-447. Este autor escribió además un Brief como “amicus curiae” dirigido a la Corte Suprema en nombre de la Asociación de Expertos en Derecho de Guerra, en el que se contienen muchos de los argumentos que luego fueron tenidos en cuenta por la Corte Suprema.
15. Véase el comentario que de ellas hace Bollo Arocena en el artículo antes citado, p.16/17, indicando que ya anteriormente en la sentencia del Tribunal de Apelaciones, el Juez Robertson señalaba las razones de por qué tenían también

que aplicarse directamente los Convenios de Ginebra., en base a la “Supremacy Clause” que reconoce la propia Constitución americana a los Tratados internacionales asumidos por los Estados Unidos.

16. Véase Military Commissions Act 17 octubre 2006.
17. Argumento principal esgrimido por Fletcher en su Brief a la Corte Suprema como “amicus curiae”, cfr. supra nota 14.
18. No puedo ocuparme aquí de esta cuestión, ni de hasta qué punto la actividad de Hamdan como chofer de Bin Laden podría encuadrarse en la categoría de al menos complicidad en las acciones terroristas llevadas a cabo. El análisis detenido de este tema rebasaría la extensión de este trabajo, pero no quiero dejar de señalar que muchas veces lo que se plantea aquí es un problema de la prueba del dolo del sujeto que realiza estas acciones “neutrales”, pues no cabe duda de que algo tan inocuo como vender un herbicida puede ser perfectamente un acto de complicidad en un asesinato, si el sujeto que lo vende sabe que va a ser empleado con esta finalidad (véase al respecto Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, Parte General, 7. ed., Valencia 2007, p 439, con referencias bibliográficas sobre el tema). También debe señalarse que en el Derecho continental, y sobre todo en algunos Códigos penales, como el alemán, el italiano o el español, la figura de la asociación ilegal, y la colaboración con grupos terroristas, cubre, a mi juicio a veces de un modo excesivo, muchas de estas acciones (cfr. por ej. art.576 del Código penal de 1995, equivalente al art.174 bis del anterior Código penal, que fue declarado inconstitucional por STC 20 julio 1999 no en base a su amplitud, sino al excesivo marco penal que tiene asignado; cfr. Muñoz Conde, Parte especial cit. nota 2, p.823 y 895).
19. Véase Bollo Arocena, ob. a. cit., p. 25/26
20. Véase referencia supra nota 16.
21. Véase Foucault, Vigilar y castigar, 3. ed., Madrid 1982.
22. Desde Beccaria hasta uno de sus contertulio Pietro Verri, autor de unas Observaciones sobre la tortura, fueron ya muchos los ilustrados de la época que rechazaron la tortura. Véase también la breve narración del celebre novelista italiano del siglo XIX Alessandro Manzoni, nieto por cierto de Beccaria, *Storia della colonna infame* (1842), en la que se narra un hecho sucedido en Milan en el siglo XVII, en el que unas personas fueron acusadas de esparcir la peste por la ciudad, untando la puertas de las casas con ciertos unguentos, siendo torturadas y posteriormente ejecutadas. Véase también la narración de la ejecución del regicida Damiens, con la que comienza Foucault su obra Vigilar y castigar, antes citada. Sobre la historia de la tortura sigue siendo fundamental la obra de Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*, 2. ed. 1994.
23. Estos datos se encuentran en muchas publicaciones e incluso en Documentos oficiales de la propia administración norteamericana, véase, por ejemplo, el Informe del Colegio de Abogados de Nueva York, o el del Senador John McCain. Una detenida exposición de estos informes, la mayoría de las cuales se pueden encontrar en Internet, contiene el interesante trabajo de Luis Salas, *Terrorismo e giustizia penale negli Stati Uniti d’America*, recogido en el libro colectivo “Delitto político e diritto penale del nemico” cit. nota 4, p323 a 331. Ver también Greenberg/ Dratel (edits.), *The torture papers: The road to Abu Ghraib*, Cambridge 2005.
24. Cfr. Luis Salas, ob. u. cit., p.329, cita algunos de estos casos: “De los policías militares que aparecieron abusando prisioneros en Abu Ghraib, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento, y otros están pendientes de juicio”.
25. Las palabras de Alberto Gonzales emitidas en un dictamen (*Memorandum for the President*) han sido recogidas en todos los medios de comunicación y se pueden encontrar fácilmente en Internet. Una buena información al respecto, con abundantes referencias a la discusión habida en el seno de la Administración americana sobre esta materia, recoge Luis Salas, ob.u.cit., p.323 a 331.
26. Citado por Salas, ob. cit., p.326.
27. Cfr. Michael Welch, *The re-emergence of torture in political culture: Tracking it’s discourse and genealogy*, en Capítulo Criminológico, Revista de las disciplinas del control social, Universidad del Zulia (Venezuela), vol.35, n.4, octubre —diciembre 2007, p.471 ss.

28. Alan Dershowitz, *Why terrorism works*, Yale University Press, 2002.

29. Sobre este caso y sus implicaciones jurídicas materiales y procesales penales, véase Claus Roxin, ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?, en *Revista Penal* 2005. Más recientemente sobre el tema de la tortura en la literatura alemana, véase Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, en *Festschrift für Jakobs*, 2007, 375; Manfred Seebode, Folterverbot und Beweisverbot, en *Festschrift für Harro Otto*, 2007, 999.

30. El Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró en el año 2006 como inconstitucional la disposición de la Ley alemana de seguridad aérea que permitía el derribo del avión secuestrado. Ello provocó grandes polémicas políticas y jurídicas que aún siguen latentes. Véase al respecto Josef Isensee, Leben gegen Leben, Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug, en *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, 205.

31. Véase, por ejemplo, *Die Tageszeitung*, lunes 14 de enero 2008: “Folter nicht ganz ausgeschlossen”, donde con grandes titulares se recoge la noticia y se incluye un comentario de su colaborador Christian Rath.

32. Günther Jakobs, *Diritto penale del nemico?, una analisi sulle condizioni della giuridicità*, en *Delitto politico* cit. nota 4., p.128/129 (Se trata de la versión italiana realizada por Luigi Cornacchia de un artículo que Jakobs ha publicado también en Alemania otros países y del que hay también traducción española).

Fecha de recepción de originales: 14 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 4 de abril de 2008.

RESUMEN

Es fácil comprobar que las políticas criminales contra el terrorismo han experimentado un cambio radical desde los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Se ha intensificado la cooperación judicial y el intercambio de información. En relación con la competencia jurisdiccional para juzgar esa clase de delitos los avances no han sido tan grandes si se tiene en cuenta que en el plano teórico hay coincidencia en entender que es imprescindible la superación de la territorialidad. Pero la superación de la territorialidad puede entenderse como ampliación de la competencia extraterritorial de cada Estado como promoción de una jurisdicción supranacional. Tanto una como otra vía requieren algo que no se ha conseguido y que es difícil de alcanzar que es un acuerdo sobre lo que ha de ser considerado terrorismo, cuestión en la que se registran tradiciones nacionales diferentes y, especialmente hoy, un gran disenso entre el mundo occidental y sectores importantes del mundo musulmán, lo cual afecta a la credibilidad de supuestas unanimidades auspiciadas desde Naciones Unidas. La mayor eficacia de la cooperación europea, especialmente desde el desarrollo del mandato europeo de arresto y entrega y otras políticas de cooperación profunda no ha llegado todavía a la opción por una competencia jurisdiccional que alcance a todo el espacio de justicia y seguridad, y, menos aun, a la creación de una Corte o Tribunal Internacional Antiterrorista.

PALABRAS CLAVE

POLÍTICAS CRIMINALES, TERRORISMO, IUS PUNIENDI, COOPERACIÓN JUDICIAL, INFORMACIÓN, COMPETENCIA, JURISDICCIÓN, TERRITORIALIDAD, EXTRATERRITORIALIDAD SUPRANACIONAL, SOBERANÍA

ABSTRACT

It is easy to verify that the criminal policies against terrorism have experienced a radical improvement since the events of the September 11th, 2001. The international community has intensified the judicial cooperation and the exchange of information, but there have not been many advances in relation to the jurisdiction to judge this class of crimes, especially if one considers the theoretical consensus in understanding that the overcoming of the national jurisdiction is essential. Giving up the national jurisdiction can be understood either as an extension of the extraterritorial jurisdiction of each State, or as a promotion of a supranational jurisdiction. Both routes require an agreement on the definition of "terrorism", which has not yet been accomplished. The answer to this question differs greatly between the western world and important sectors of the Muslim world, which affects the credibility of the supposed unanimity that apparently exist in the frame of United Nations, and that is necessary for the fight against terrorism. The greater effectiveness of the European cooperation, specially since the development of the European arrest warrant and other policies of close cooperation, has not yet managed to implement neither a shared jurisdiction to fight terrorism within the space of justice and security, nor the creation of an Antiterrorist International Court.

KEY WORDS

CRIMINAL POLICIES, TERRORISM, IUSPUNIENDI, JUDICIAL COOPERATION, INFORMATION, COMPETITION, JURISDICTION, TERRITORIALITY, EXTRATERRITORIALITY SUPRANACIONAL, SOVEREIGNTY

EXTRATERRITORIALIDAD Y TERRORISMO

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona

Sumario: 1. El Derecho penal como expresión de la soberanía territorial. 2. El *ius puniendi* sin territorio y la extraterritorialidad. 3. El ideal de Justicia universal, la solidaridad penal internacional y el terrorismo. 4. Las limitaciones competenciales del Tribunal Penal Internacional. 5. Territorialidad y terrorismo “nacional”. 6. El terrorismo nacional como *cuestión menor* ante el concepto de terrorismo. 7. La jurisdicción sobre terrorismo en España. 8. La conceptualización técnica del terrorismo. 9. La competencia extraterritorial española. 10. La difícil persecución internacional del terrorismo. 11. Supranacionalidad limitada: ONU y Unión Europea: A) ONU. B) Unión Europea. Referencias bibliográficas

1. EL DERECHO PENAL COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

En la literatura penal clásica está fuera de duda la idea de que el *ius puniendi* sobre el propio territorio es consubstancial a la soberanía, y así se ha concebido históricamente en los sistemas penales. Se tiene como imperativo de razón que el Estado ha de poder aplicar su derecho penal a todas las personas que se encuentren en su territorio, cualquiera que sea su nacionalidad; lo que aparece como expresión esencial de la soberanía. Tan es así que, como fácilmente puede comprobarse, la literatura jurídica no dedica especial atención a analizar el fundamento de esa idea, a fuer de considerarla de obviedad que exime de especiales disquisiciones.

Así y todo, y sin discutir que el principio de territorialidad sea jurídicamente lógico, amén de estar proclamado por el artículo 8.1 del Código civil, y que sea coherente con la soberanía, y que en el ámbito del derecho internacional nadie discuta la evidencia del principio, puede también indicarse que la corrección jurídica no engendra por sí sola la *bondad político-criminal*. Para que el principio sea útil en términos de utilidad político-criminal es necesario que de él puedan extraerse soluciones eficaces en

la lucha contra la criminalidad, especialmente la que suponen los fenómenos más graves de nuestro tiempo, que son sin duda el *terrorismo* y la *criminalidad organizada*.

En esa última dimensión de eficacia es difícil defender la bondad indiscutible del principio de territorialidad; pues, al contrario, con frecuencia se alza como un obstáculo para la realización de la justicia penal. La capacidad protectora de las fronteras, sin duda no deseada por los Estados con ese fin, explica que esa sea una de las principales causas que impulsan toda clase de movimientos en pro de fórmulas de cooperación que superen el obstáculo de la territorialidad. Pero también en esa contemplación de la cuestión, la defensa del principio de territorialidad, jurídicamente impecable, pasa a tener otra clase de explicaciones, y se pasa de principio jurídico a postulado *ideológico*.

En lo que concierne a esa soberanía de la que se dice que la territorialidad es una prístina consecuencia, como es lógico también se ha de preguntar si algunos planteamientos de la soberanía son compatibles con la participación en una lucha común contra el crimen. La soberanía es perfectamente compatible con permitir en el propio territorio la eficacia de decisiones de otros Estados e incluso la actuación de agentes de otros Estados en la investigación de los delitos y en la detención de delincuentes.

2. EL IUS PUNIENDI SIN TERRITORIO Y LA EXTRATERRITORIALIDAD

Con un carácter de *excepcionalidad* también los sistemas penales establecen los supuestos de *aplicación extraterritorial de la ley penal*, y así calificamos a los casos en los que la ley (propia) proclama la competencia de los tribunales nacionales para enjuiciar hechos acaecidos fuera del territorio del Estado. La virtualidad de la extraterritorialidad —que por la concepción misma de la significación del derecho penal no deja de ser una *relativa prórroga o extensión de la soberanía*— depende, lógicamente, de que otros Estados quieran admitirla pues ha de desplegarse en su territorio. No hay que olvidar, aunque nunca se dice, que *la declaración de la fuerza extraterritorial de las leyes nacionales tiene un cierto contenido de prepotencia* que debe ser cuidadosamente sopesado, evitando emprender vías que no toma ningún Estado, o que si lo hace (caso frecuente de los USA) da lugar a la reacción contraria de esos otros Estados. Por esa razón es comprensible que, aunque solo fuera por la resistencia a alojar a delincuentes huidos de otros Estados concediéndoles de hecho la impunidad, o bien, visto en sentido contrario, resignándose a que los huidos del propio Estado la consigan, es posible contar con un principio de colaboración entre Estados, pero éste no puede llegar a sobreponerse a los condicionamientos generados por el régimen de la extradición. Del mismo modo que una interpretación “radical” de la territorialidad llevaría a la obligación de conceder siempre la extradición, incluyendo la de los propios nacionales, una similar aceptación de la competencia extraterritorial del otro llevaría a la misma consecuencia, lo cual no se corresponde con la realidad del derecho de extradición.

El deseo, pues, de evitar la impunidad aparece como la primera explicación de la extraterritorialidad de la ley penal. La extraterritorialidad no se pretende para la totalidad de las infracciones penales, porque si así fuera, el criterio rector de la competencia se desligaría to-

talmente del lugar de comisión del delito. Por lo tanto los casos de extraterritorialidad están *tasados* y no todos son reconocidos por igual en el derecho interno de cada Estado. Además, los casos que se admiten tienen que tener una *justificación*, que se traduce en los conocidos principios determinantes de la extraterritorialidad (*personal, real o de protección, y de justicia universal*) que España regula en el art.23 de la LOPJ.

Del análisis de cada uno de esos principios no me voy a ocupar, pues no es ese el objeto de estas pocas páginas. Solo quiero destacar la más grave carencia del sistema español, que es sin duda la falta de reconocimiento del principio de *personalidad pasiva* —que en cambio es común en los otros Estados de la UE— conforme al cual los Tribunales españoles podrían juzgar cualquier delito cometido contra un español, mediando determinados requisitos, sin importar dónde hubiera tenido lugar el hecho. Nuestro sistema de modo complementario respecto a la fundamental territorialidad, recoge el principio personal, pero restringido al de *personalidad activa* y solo mediando una serie de condiciones.

Desgraciadamente el problema de la necesaria revisión del derecho orgánico judicial en lo que concierne a la *competencia de los Tribunales españoles en orden a la extraterritorialidad de la ley penal*, parece condenado a no ser tratado nunca. De ello se habla siempre a propósito de otros temas, pero nunca se encara abiertamente la cuestión para entonces decidir dar un paso tan poco revolucionario como introducir normas parecidas a las de Francia, Inglaterra o Alemania. Bastaría con el principio de personalidad pasiva, extendiéndolo a españoles y residentes en España. Así, además se podrían clarificar otros temas competenciales y facilitar la tarea de los Tribunales españoles en la verificación de la doble incriminación material o en la capacidad de demandar la extradición.

La *ultraterritorialidad* de la ley penal ha de entenderse de modo diferente a la extraterritorialidad, aunque con frecuencia se emplean incorrectamente ambas palabras como sinónimos. En realidad la extraterritorialidad alude

al alcance de la jurisdicción, mientras que la calificación de carácter “ultraterritorial” procede cuando la ley penal contempla su eficacia aunque el daño se cause *en un territorio diferente*. Un ejemplo claro sería el delito medioambiental: el castigo de las acciones contaminantes debe ser independiente de que se perciban sus efectos en el territorio o fuera de él, y por eso lo deseable es que, al igual que el ambiente es un bien supranacional, las normas penales que lo tutelan han de ser también ultraterritoriales. No aceptarlo así sería muestra de un vergonzoso egoísmo del Estado.

Cuestión diferente será decidir que el terrorismo es necesariamente un problema supranacional y como tal las normas que lo reprimen han de tener también ese carácter ultraterritorial. Creo, y después volveré a ello, que las más temibles formas del terrorismo de nuestro tiempo (Al Qaeda) han de ser abordadas con una mentalidad “ultraterritorial”, o de lo contrario la lucha contra él será más difícil todavía.

3. EL IDEAL DE JUSTICIA UNIVERSAL, LA SOLIDARIDAD PENAL INTERNACIONAL Y EL TERRORISMO

Ideas como la justicia universal o la solidaridad penal internacional son habitualmente vistas como ingenuos objetivos inalcanzables, por razones políticas o técnicas. Actualmente *la solidaridad penal* internacional parece tener como únicas vías accesibles la *extensión de la competencia* de los Tribunales de cada nación, prescindiendo de que el delito haya sido cometido en el extranjero, y la *facilitación de los procesos de extradición*, institución jurídica de capital importancia, y, en el ámbito de la UE, la aplicación del mandato europeo de arresto y entrega. Pero no son esas las únicas manifestaciones posibles de la justicia universal y de la solidaridad penal internacional. La posibilidad de existencia de Tribunales penales internacionales depende de que se concrete cuál sea la ley

penal que han de aplicar, es decir, de que haya instrumentos que cumplan la función de ley penal internacional, pero también es precisa la voluntad política. Pero sería cerrar los ojos a la realidad no reflexionar sobre cuánta verdad y cuánto voluntarismo se encierran en esas ideas de justicia y solidaridad.

Históricamente el principio de justicia universal recibió una *explicación iusnaturalista*. Ciertos delitos ofenden a *sentimientos comunes a toda la humanidad*, pues la ley natural que violan no contrae su sentido a una sola nación. Según ello, el delincuente capturado, prescindiendo de su nacionalidad, debe ser o juzgado o entregado, y si esto último no es posible porque ningún país lo reclama, debe ser juzgado prescindiendo de dónde haya delinquido. Es evidente que esa comunidad de sentimientos en torno a ideas iusnaturales es casi indemostrable, pero no se podría decir lo mismo si nos remitiéramos a textos concretos como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos. Por esa vía se lograría sin duda *concreción*, pero tampoco se alcanzaría *unanimidad*, porque ésta es imposible.

Esa imposibilidad es particularmente visible, como después detallaré, en lo que se refiere a la posibilidad de universalización de la justicia penal en materia de terrorismo, porque esa antigua idea de ofensa a sentimientos comunes a toda la humanidad que ciertamente no se cumple, alcanza el cenit en relación con unas acciones que van desde la calidad de crimen repugnante a la de epopeya gloriosa, dependiendo de quien opine.

Pero volviendo a esa falta de sensibilidad común, y pese a ella, formalmente se defiende el *universalismo de la justicia penal*, petición que se justifica en nombre de argumentos ya conocidos, como la facilidad de las relaciones entre países, la aparición de formas de criminalidad organizada o atentatoria contra bienes jurídicos de la comunidad internacional. Las manifestaciones de universalismo, en cambio, son muy diferentes, porque bajo esa etiqueta se pueden colocar a la vez tanto la declaración en el derecho positivo interno de que determi-

nados delitos son *enjuiciables por los Tribunales propios con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión*, como los mismos *Tribunales penales internacionales*. En relación con el *universalismo del derecho de un Estado* habrá que diferenciar lo que es contribución a evitar la impunidad de los responsables de muy graves delitos contra la humanidad de otras metas no tan nobles, como la proclama prepotente que desprecia la capacidad de juzgar de otros Estados, o que encierra una inviable pretensión de extender el control jurisdiccional a todo el planeta. De otra parte, y aun cuando actualmente esa sea una posibilidad no llevada a la práctica, los *Tribunales penales internacionales* obedecen en teoría a este mismo principio.

La primera de las manifestaciones del principio de justicia penal universal se encuentra recogida en el derecho español, siguiendo la línea de otras legislaciones europeas, en el artículo 23 de la LOPJ, reiteradamente aludido. Según él, los Tribunales españoles son competentes para conocer de los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera de España susceptibles de tipificarse como a) Genocidio, b) *Terrorismo*, c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, d) falsificación de moneda extranjera, e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces, f) Trafico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes, g) Trafico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España, i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Tenemos pues que *los Tribunales españoles son competentes para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos en cualquier lugar del planeta, siempre y cuando puedan tener a su disposición a los responsables*. Claro está que esa capacitación legal puede chocar con análogas capacidades de los Tribunales de otros muchos Estados, y nada se dice sobre *criterios preferenciales*, como puedan ser los de la nacionalidad de las vícti-

mas o la tenencia del mayor número de pruebas.

Tan difícil resulta, pues, la virtualidad de esa proclama que acaba pareciendo que la mejor solución sería la vía del Tribunal penal internacional, para que fuera un órgano de ese nivel el que se ocupara de juzgar el terrorismo, pero no es fácil, y no solo por la dificultad de unificar el concepto de terrorismo (que ya sería un obstáculo infranqueable), sino por los propios condicionamientos del TPI, a los que luego me referiré.

Una última reflexión: dejando un momento de lado el tema del terrorismo, y aceptando que es muy difícil combatirlo desde los planteamientos del derecho penal tradicional, especialmente los que atañen a la extensión y límites del *ius puniendi*, obligado es añadir que no habría razón alguna para limitar esa necesaria superación a la criminalidad terrorista, sino que con argumentos casi idénticos habría que extenderla a *todas las manifestaciones de criminalidad organizada*.

4. LAS LIMITACIONES COMPETENCIALES DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Se ha dicho hasta la saciedad que el terrorismo es una tragedia que se extiende por el mundo y no conoce fronteras, y que no hay terroristas buenos y con ideología mientras que otros son malos y crueles. Es preciso ser coherente y obrar en consecuencia, y eso, al menos en el plano teórico, supone la condena simultánea de cualquier terrorismo del planeta abandonando la estrecha óptica nacional, y dando paso a la necesaria contemplación supranacional, compartiendo ante todo la información y la estrategia. Si eso no se hace, se corre el riesgo de regresar al estricto nacionalismo y la consecuencia sería el aumento de las bolsas de impunidad del terrorismo.

La internacionalización del problema y la práctica de una Política criminal común *no*

se consiguen a través de una vía única; pero es comprensible que se haya planteado la posibilidad de llevar el problema del terrorismo a la Corte Penal Internacional. Pero no creo que sea una vía fácil.

En la cronología de los horrores de nuestra época ocupa lugar destacado el atentado de las Torres Gemelas de Nueva York. Al poco de aquella tragedia, se difundió la idea de que los Estados Unidos iban a revisar su postura de resistencia a suscribir el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a lo que habían venido negándose desde su creación. Tal parecía que el problema del terrorismo, sin perjuicio de otras medidas que unilateralmente emprendieran, habría influido en la postura de los USA.

Hay que decir que las razones de la resistencia a la creación de la Corte Penal Internacional nunca han sido claramente manifestadas, pero se pueden deducir de las explicaciones que confusamente se ofrecían; la principal de ellas era que no puede exigirse a ningún país que cercene la competencia de sus propios Tribunales para juzgar un crimen, sea cual sea, y ceda la competencia a un Tribunal supranacional, y eso se razonaba como justa defensa a ultranza de la independencia y de la soberanía nacional, traducida en la exclusividad e irrenunciabilidad del *ius puniendi*, todo con argumentos propios del siglo XIX.

En coherencia con esa objeción, los Estados Unidos propusieron condicionar su aceptación del Estatuto a que se aceptara como excepción que el Tribunal Internacional no podría intervenir si un Tribunal norteamericano ya hubiera empezado a hacerlo —y es ciertamente sencillo encontrar una excusa para abrir un proceso: basta con decir que han golpeado a un ciudadano norteamericano— con lo cual se dejaría a la voluntad de un solo Estado la llave de acceso a la jurisdicción supranacional. En el fondo lo cierto era que la nación más poderosa no estaba dispuesta a perder el control sobre cómo nacen, perduran y se extinguen las dictaduras y las brutalidades que llenan nuestro mundo, y no estaba dispuesta por la sencilla razón de que en cualquier momento esas

atrocidades pueden ser coincidentes con sus propios intereses estratégicos, y basta recordar el conocido comentario de Franklin D. Roosevelt (o de Cordell Hull, su Secretario de Estado) sobre Somoza, el dictador nicaragüense.

Ciertamente, tras la tragedia del 11 de septiembre se extendió la convicción de que había que convocar a todas las naciones a la lucha contra un enemigo común: el terrorismo global, que exigía políticas comunes y una justicia común. Pero eso, con independencia de que sea una actitud comprensible y suscribible, no es tan sencillo. El reconocimiento del Tribunal Penal Internacional presupone la previa aceptación que ciertos hechos han de merecer el calificativo de crímenes internacionales, y sus autores, prescindiendo de nacionalidades de ellos o de sus víctimas, deberán ser sometidos a la jurisdicción del Tribunal con el auxilio de todas las naciones que sostengan a ese Órgano, y sin que puedan negarse a ello con invocaciones de la calificación de cuestión interna.

Pero lo cierto es que la Corte Penal Internacional no solo carece de competencia originaria, sino que además carece de competencia en terrorismo. La falta de competencia originaria viene declarada en el Preámbulo y en el art.1 de su Estatuto, que la presenta como una jurisdicción complementaria de las jurisdicciones penales nacionales. Los Estados son los que persiguen y juzgan los delitos, y solo entra en función la Corte cuando el Estado no quiere o no puede intervenir. Además, y no es poco, tampoco el terrorismo aparece entre las clases de delitos de los que la Corte puede conocer; por lo tanto *haría falta modificar el Estatuto de Roma a fin de incluir entre las competencias del TPI los delitos de terrorismo, salvo que se quisieran entender incluidos en el amplio concepto de crimen de lesa humanidad* en la forma de asesinato generalizado o sistemático, pero eso no parece fácil, pues violentaría el principio de legalidad (expresamente reconocido en el art.22 del Estatuto). Por lo tanto, el único camino sería el de la reforma del Estatuto y la expresa inclusión del terrorismo y, a su vez, incorporando una descripción de lo que se ha de entender por tal, como lo hace el Conve-

nio Europeo para la Represión del Terrorismo —prescindiendo de los graves problemas que ha generado su interpretación—.

Pero observemos el tamaño del problema, que discurre por varias líneas. El primer paso sería decidir que la Corte puede ocuparse del terrorismo siquiera sea con carácter *complementario* respecto de las jurisdicciones nacionales. Por si ese fuera pequeño obstáculo luego vendría el de decidir qué clase de terrorismo podría ser atribuido a la Corte, pues en teoría sería difícil de aceptar que se distinguiera entre terrorismos “nacionales” e “internacionales” —cuyas respectivas definiciones y *delimitaciones* serían a su vez muy complejas—.

A renglón seguido habría que tratar por separado a los terroristas y los Gobiernos que protegen, promueven o dan abrigo al terrorismo. Más adelante me referiré a las ideas que sobre el terrorismo se defienden en la Organización de la Conferencia Islámica. De ésta son miembros Estados como Arabia Saudita, Indonesia, Irán, Irak, Líbano, Libia, Pakistán, Sudan, Siria o, Yemen. Solo algunos de ellos (Sudan, Siria, y Yemen) se han adherido al Estatuto de Roma, sin que ello tenga nada que ver con las declaraciones sobre terrorismo que se formulan en la Conferencia Islámica. Y tampoco se debe cerrar el campo en esa sola dirección, pues Estados como Israel o la India no han suscrito el Estatuto de Roma todavía y tienen sus propios y muy particulares criterios para etiquetar conductas como terrorismo.

La complejidad y profundidad de la *desunión impide por lo tanto la sola hipótesis de una jurisdicción supranacional* con competencia sobre el terrorismo. Pero eso es solo un mal menor, en comparación con el mal mayor, que es la discrepancia profunda sobre lo que es el terrorismo mismo, a lo que luego me referiré.

A falta de una opción jurisdiccional supranacional, habrá que explorar las vías de la cooperación y de la extraterritorialidad, partiendo de la seguridad de que tampoco éstas son operativas sin un muy amplio concurso internacional, hoy por hoy todavía lejano, a pesar de que la gravedad del problema del te-

rorismo requiera una lucha supranacional, y esa a su vez imponga la necesidad de la unidad de criterios entre los Estados sobre lo que ha de entenderse por terrorismo, puesto que la práctica de una política criminal compartida requiere un criterio concreto sobre lo que para el propio Estado ha de ser considerado terrorismo, y repare en si como tal tiene acciones que otros Estados no van a considerar terrorismo, porque para todo lo “diferencial” será difícil la lucha internacional, en la que la admisión de supuestos de ultraterritorialidad de las leyes de otros Estados está condicionada a la convicción de que luchan contra un problema común.

5. TERRITORIALIDAD Y TERRORISMO “NACIONAL”

En materia de terrorismo, siempre en el plano teórico, se dice a veces que lo mejor sería relegar al principio de territorialidad de la ley penal a un plano secundario. La vía de la competencia supranacional ya la hemos contemplado antes, y con ella sus limitaciones. Otra vía, técnicamente de menor rango, será la del acuerdo para establecer una especie de *preferencia jurisdiccional*, que lógicamente implicaría en su caso la disposición a ceder la competencia a otro Estado si por la razón que sea puede juzgar eficazmente los hechos terroristas. Pero ese objetivo requiere asumir que el terrorismo es, si no el más grave, uno de los más graves problemas a los que se enfrentan las sociedades, especialmente las democráticas, aunque no solo ellas, y que es más importante que se juzgue y castigue que ser el juzgador.

Surge entonces la pregunta natural: ¿estaría España, llegado el caso, dispuesta a renunciar a juzgar los delitos de terrorismo que se cometen en su territorio y entregar a los autores a la jurisdicción de otro Estado? No lo creo, al menos si se trata del llamado terrorismo “doméstico”. Quizás la actitud sería otra si se tratara de sujetos encuadrables en el terrorismo internacional (tipo Al-Qaeda); pero a buen

seguro se procuraría conservar la jurisdicción por pequeño que fuera el fundamento material (hechos acaecidos en el territorio). Pero lo cierto es que si se cree sinceramente en que el terrorismo es un problema de todos que entre todos hay que afrontar, el criterio regulador de la competencia debería ser inspirado en el *pragmatismo*, lo que se plasma en ceder la competencia al Estado que esté en mejores condiciones de juzgar, sea por la acumulación de pruebas, de testigos, de acusados o de daño soportado, criterios todos que nada tienen que ver con los que tradicionalmente determinan la competencia.

Llegamos así al meollo de la cuestión, que no es otro que la opción entre la reforma o la persistencia inmutable de las normas reguladoras de la competencia de los Tribunales estatales para juzgar delitos. Actualmente muchas naciones se proclaman competentes para juzgar delitos, como el de genocidio, con independencia de que se hayan cometido en otro lugar. Se trata de una extensión de la jurisdicción nacional fruto de un compromiso internacional. Pero si un Estado asume el compromiso de contribuir a la creación de un Tribunal Internacional de esa especie acepta, o debe aceptar, una tácita reducción de su jurisdicción penal. Lo que no es posible, por ejemplo, es reconocer que la Corte Penal Internacional es la competente para juzgar los delitos de genocidio y a la vez entender que también puede hacerlo nuestra Audiencia Nacional en calidad de Tribunal Penal Internacional "bis", sin restricción alguna, cuando al menos debería respetarse la preferencia del Estado en cuyo territorio haya tenido lugar el hecho, y en segundo lugar preciso será tener a disposición de nuestros Tribunales a las personas acusadas, pues de no ser así el proceso solo podrá llegar hasta la demanda de extradición, de muy incierto resultado. Otra preferencia lógica habrá de ser la de la competencia del Tribunal Penal Internacional. Si un Estado decide reconocer y apoyar una Corte supranacional, habrá de ser coherente, y digo esto sin entrar en cuestio-

nes anejas de carácter político y de incidencia en las relaciones entre Estados. Por supuesto que esta reflexión da pie a la miserable e ignara crítica de algunos, que la resumen en la imputación de tolerancia con la impunidad de crímenes abominables.

Un futuro deseable no se traduce exclusivamente, pues, en la difícilísima vía de las renunciaciones a competencias jurisdiccionales nacionales en favor de las supranacionales del Tribunal Penal Internacional, sino que eso es perfectamente compatible con la necesidad de acomodar nuestro propio derecho a las pautas que siguen otras naciones próximas a nosotros. Nuestro sistema legal desconoce, y eso es más grave, todavía principios que son normales en otras legislaciones, como es el caso del principio de personalidad pasiva, al que ya me he referido antes, y el principio de justicia supletoria, que permite juzgar a los Tribunales de un Estado prescindiendo de la nacionalidad de los enfrentados, en todos aquellos casos en que no sea posible establecer el lugar de comisión del hecho, o bien cuando aun siendo eso posible sea patente que ese hecho no va a ser enjuiciado en ningún lugar. El Tribunal Supremo, no obstante, estima recientemente (S.21/6/2007) que, con una adecuada interpretación de los Convenios y Tratados suscritos por España, se puede fundamentar en algunos casos la virtualidad del principio de justicia supletoria (en concreto, patrones de cayuco detenido en aguas internacionales portando inmigrantes clandestinos en dirección a España). Al margen de la intrínseca importancia de esa interpretación, la incorporación *expresa* de esos principios sería una importante dotación jurídica *también* para la lucha contra el terrorismo.

Una combinación de renunciaciones e incorporaciones en materia de competencias jurisdiccionales podría marcar el futuro. Eso si no se llega a la terrible conclusión de que los terroristas se dividen en dos: los que han de ser combatidos con leyes, Tratados y Tribunales y los que no tienen otra receta que la guerra.

6. EL TERRORISMO NACIONAL COMO CUESTIÓN MENOR ANTE EL CONCEPTO DE TERRORISMO

A esa diferente idea del terrorismo me he referido reiteradamente, a pesar de que, como es lógico, el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo no formula semejante diferenciación. Pero pensando en la vía de lucha más eficaz, resulta obligado diferenciar entre el terrorismo que ha determinado el cambio de orientación de la colaboración entre Estados, que es el llamado *terrorismo internacional*, del otro, gravísimo sin duda, como bien sabemos los españoles, que es el de carácter nacional y se refiere a aquellos movimientos cuya actividad terrorista apunta exclusivamente a uno o dos Estados. Esta clase de terrorismo se contempla internacionalmente como un problema grave pero *“secundario”*, o *“particular”*, lo que quiere decir que sin discutirse su condición de problema prioritario de la acción de las fuerzas de seguridad y del derecho penal de un Estado concreto, no participa de las notas caracterizadoras del terrorismo internacional ni, por lo mismo, se vería alcanzado por las mismas políticas de cooperación.

Claro está que si el problema se limita a esa diferencia de respuesta la cuestión no es especialmente grave, pero ese juicio ha de cambiar *si detrás de la diferencia de “conceptualización” va una mengua de la cooperación internacional*. Si el terrorista doméstico ha de disfrutar de la ayuda, tolerancia o pasividad de otros Estados que le sirven de refugio o de amparo, entonces la mencionada diferencia se transformará en intolerable insolidaridad que impide cualquier política de cooperación antiterrorista referida a *cualquier clase de terrorismo*. Por lo tanto, y solo en el plano teórico, podemos aceptar como lógico que el terrorismo “nacional” no se contemple como materia eventualmente remisible a una jurisdicción supranacional —si esa fuera la vía elegida en la lucha internacional contra el terrorismo—, sino que normalmente haya de ser juzgado por los Tribunales españoles, pero siempre que eso vaya acompañado de

una cooperación internacional que no tropiece con “diferencias de criterio sobre lo que es terrorismo”. Y de eso, en especial con relación al terrorismo etarra, algo sabemos en España, y basta recordar las oscilantes actitudes en punto a conceder extradiciones, que han tenido algunos Estados europeos (en el pasado) y latinoamericanos.

Al hilo de lo que acabo de decir, surge una cuestión central, que es la del concepto “nacional” de terrorismo. Por definición es inadmisiblemente, siempre en teoría, distinguir entre lo que es terrorismo para España, Inglaterra, Japón o Argentina, por poner ejemplos, y lo que es el terrorismo para la “comunidad internacional”, pues, siempre en el plano de lo teórico, el concepto de terrorismo *habría de ser necesariamente el mismo*.

Se ha de aceptar, pues, que cualquier visión “nacional” del problema del terrorismo está hoy condenada al fracaso, por más que se deba reconocer la existencia del citado terrorismo “doméstico” que constituye sin duda un problema gravísimo, y que —tampoco esa clase de terrorismo— es abordable con los meros recursos de la política legislativa y criminal de carácter nacional, pero eso va necesariamente unido a un concepto común de lo que es el terrorismo, y precisamente lo que falta es un auténtico *criterio unificado sobre lo que es*. Creo que esa cuestión merece ser tomada como punto de partida sin el cual sería absurdo formular soluciones que hayan de ser recibidas con consenso internacional. La *definición técnico-jurídica del terrorismo es relativamente reciente* y ha sido muy lento el proceso de escisión del terrorismo del ámbito del delito político, donde pretenden enmarcarse o autodefinirse todavía hoy algunos terrorismos nacionales (en concreto, y en España, el terrorismo vasco).

7. LA JURISDICCIÓN SOBRE TERRORISMO EN ESPAÑA

Partimos de que según nuestro propio derecho *los Tribunales españoles son competentes*

para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos en cualquier lugar del planeta, siempre y cuando puedan tener a su disposición a los responsables. Lógicamente no hay razón alguna para exceptuar al terrorismo del sometimiento al principio general y constitucional que proclama la competencia del *juez natural* —y no voy a entrar ahora en la complejidad técnica de ese concepto— pero ni es esa la realidad, salvo que por tal tomemos la cambiante voluntad de la ley en cada caso, ni esa ha sido nuestra historia.

Una constante del Poder en España fue, con pocas excepciones, la intervención del Ejército en el control del orden público o directamente juzgando y sentenciando, y eso duraría desde fines del Siglo XVIII hasta la Constitución de 1978. Allí donde estallaba una algarada se ordenaba que las tropas salieran a la calle, y tan normal se veía que incluso en el llamado Trienio Liberal (1820-1823) se aprobaba la Ley de Orden Público (1821) que daba base normativa a esa función militar. La actuación de los militares se estimaba compatible con regímenes políticos aparentemente constitucionales.

Siempre en la misma línea de preferencia de la jurisdicción militar auspiciada por el poder se promulgaría la Ley del Ejército de 1878, cuyo artículo 2 proclamaba que “La principal misión del Ejército Español es la defensa de la independencia de España de sus enemigos exteriores e interiores”, lo cual bastaba para todo tipo de excesos. Esa sería la base legal para la intervención de los Consejos de Guerra en la represión del anarquismo. De aquellos años data además un hecho que habría de acompañar buena parte del siglo XX: en 1906, se promulga la *Ley de Jurisdicciones y da entrada a la jurisdicción militar* como competente para juzgar los hechos que afecten a los militares. Así se quería dar respuesta a un problema surgido del ataque de los oficiales de la guarnición de Barcelona a las redacciones del diario *La Veu de Catalunya* y el semanario *Cu-cut!*: cansados de los chistes y sátiras que se lanzaban contra los Ejércitos desde esas publicaciones. La Ley de Jurisdicciones fue acompañada de la suspensión de garantías constitucionales en Cataluña, y se decidía que los delitos de prensa

en los que fueran parte ofendida los militares fueran juzgados por Tribunales militares, y no por jurados. De esa manera, los Tribunales militares extendían su jurisdicción a hechos que no eran estrictamente de carácter militar, y esa extensión jurisdiccional habría de estar presente, ampliamente, durante todo el siglo XX, en especial a partir de la Guerra Civil.

Tampoco la IIª República logró apartar a la jurisdicción militar de la intervención en problemas no militares, y solo pudo reducirla. Pero la Guerra Civil acabaría con el propósito de excluir a la jurisdicción militar. Tras la Guerra Civil el panorama penal está totalmente dominado por la legislación excepcional, especialmente la Ley de Seguridad del Estado y el propio Código de Justicia Militar, a los que se unen las distintas leyes contra comunismo, masonería, bandidaje. En el franquismo la jurisdicción militar sería el brazo de hierro de la represión, con la ayuda (desde 1963) de la jurisdicción de Orden Público. Para lo que aquí interesa, que es especialmente la cuestión jurisdiccional sobre terrorismo, es que se atribuye a la *jurisdicción militar*, que se habrá de ocupar del terrorismo, del mismo modo que a partir de 1963 el especial Tribunal de Orden Público se encargará de toda las formas de disidencia política. El aislamiento internacional del régimen de Franco le impedía aspirar a forma alguna de colaboración de otros Estados en la lucha contra el terrorismo (en esa época comienza su actividad ETA), y por lo tanto la inaceptable presencia de la jurisdicción militar, tan cara al dictador, no suponía un problema digno de mención por la sencilla razón de que España no participaba en ninguna instancia de política penal de carácter supranacional.

Una vez establecida la democracia y aprobada la Constitución, desaparece la intervención de los Tribunales militares pero se sustrae el terrorismo de la competencia de los Tribunales ordinarios y se remite a la *Audiencia Nacional*, cuya función, por más que se quiera revestir con otras explicaciones, es una excepción a las reglas ordinarias de atribución de la competencia. La explicación real es sobradamente conocida: la dificultad material de atribuir el co-

nocimiento de esos delitos a los jueces de cada territorio, especialmente a los del País Vasco, pues se ha de partir de un componente extrajudicial de presión y riesgo. Para ello se invoca, aquí sí, la necesidad de *sustituir la preferencia de la jurisdicción territorial por la jurisdicción especializada*.

Cuestión distinta es que para revestir de *normalidad* a la Audiencia Nacional se añadieran otras competencias, como las extradiciones, la entrega de detenidos conforme al mandato europeo de arresto, y, especialmente, los delitos que afectan a una pluralidad de provincias y los procesos penales que se incoan en nombre del *principio de justicia universal*, en relación con hechos acaecidos en cualquier lugar del planeta. Todas esas competencias “añadidas” no se justifican en modo alguno y rompen con las reglas de atribución de la competencia, que bastarían —sin entrar en la conveniencia de cambiar la competencia territorial por la *competencia por especialidad*, que es cuestión distinta— y han sido además el soporte sobre el que se ha edificado el lamentable fenómeno mediático del *estrellato judicial*, que hubiera sido imposible sin ese absurdo armamento competencial.

8. LA CONCEPTUALIZACIÓN TÉCNICA DEL TERRORISMO

Paralelamente a ese proceso de especialización jurisdiccional para juzgar el terrorismo, se produce otro que, sin afectar directamente a la cuestión del conflicto entre territorialidad y supranacionalidad, ha de ser también tenido en cuenta: el de la especialidad *conceptual* del terrorismo.

En la interpretación de la norma se hace obligado examinar la calificación de *terrorismo*, y en la manera en que hoy se interpreta ese concepto, tal nombre no puede darse *jurídicamente* a cualquier fenómeno histórico armado y violento, como fuera en su dilatada historia el bandolerismo —aunque es imposible reducir a una sola categoría todas las variantes y causas

del bandolerismo (la “*Mano Negra*”) que según opinión mayoritaria no fue otra cosa que una etiqueta inventada por el Gobierno de Sagasta para justificar la brutal represión que cayó sobre anarquistas imputándoles la autoría de diversos hechos criminales acaecidos en Andalucía —o el anarquismo violento de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, que teorizó— suele citarse al llamado *Catecismo Revolucionario* de Nechaiev, que algunos suponen inspirado por Bakunin —expresamente la necesidad de recurrir a la *acción directa* como modo de acabar con la sociedad burguesa. El arraigo del anarquismo, especialmente en Cataluña y Aragón, aunque también en Valencia y Andalucía, no se correspondía con un programa político ordenado —mientras que crecían las desigualdades, agravadas por las guerras coloniales que absorbían sin cesar recursos públicos y vidas de jóvenes pobres— y eso daría paso a una escisión entre los que creían en la lucha sindical y los que, desde un sentimiento de desesperanza, creyeron que no había otra vía que la acción directa *violenta*, que comprendía la huelga violenta y el atentado dirigido contra la burguesía, la Iglesia o los representantes del Estado, todos ellos partes estructurales del capitalismo.

El paso de la acción directa a la acción *violenta*, habría de tener enormes consecuencias en la historia de la “política penal española”. Consecuencia de ello serían hechos que han marcado la historia española, como son la bomba del Liceo de Barcelona, el asesinato de Cánovas, o el frustrado contra Martínez Campos, luego el atentado contra Alfonso XIII y, algunos años después, el asesinato de Eduardo Dato. La (fundada) imagen violenta del anarquismo daría “justificación” a abusos de toda laya, tanto desde el Poder estatal como desde organizaciones paralelas toleradas. Al pistolero anarquista le siguió el pistolero de los patronos, éste protegido por las autoridades, y así se llega a los tiempos de la IIª República y la Guerra Civil.

Resulta inviable analizar jurídicamente, esto es, como “Derecho”, la legislación que describió lo que era el terrorismo, porque en

realidad todo lo que se hiciera contra el régimen usando armas, y hasta sin eso, podía ser calificado como conducta terrorista, sin preocupación alguna, como es de suponer, con la total falta de sintonía con el derecho comparado. Más aun: en suelo español encontraron refugio sujetos que militaban en organizaciones terroristas que actuaban en otros Estados, como fue la O.A.S., gracias a su inspiración ultraderechista. La legislación antiterrorista del franquismo fue copiosa, desde los primeros bandos de guerra, a los que siguieron la Ley de Seguridad del Estado, el CP de 1944, el Decreto Ley de Bandidaje y Terrorismo, reformado en 1960, hasta llegar al 22 de agosto de 1975, en que se aprueba un endurecimiento drástico de la ley antiterrorista, como reacción de un régimen obsesionado por los enemigos reales o imaginarios: todos serían terroristas.

Esa postrera ley franquista fue modificada en mayo de 1976, en que se derogaron los preceptos más intolerables frente al derecho comparado. Luego se aprobaría (28 de julio de 1978) la nueva Ley Antiterrorista (Ley de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos armados)

Durante los años que van desde 1978 a la promulgación del Código de 1995 se registra, al menos en los medios cercanos al proceso legiferante, un constante debate entre los partidarios de que el terrorismo reciba, ya sea en el Código penal o mejor en una Ley penal Especial, una regulación específica, mientras que otros opinaban que el terrorismo *debía ser tratado como un delito más, sin especialidades de clase alguna*, pues ello solamente serviría para fomentar desde las filas de los simpatizantes del movimiento terrorista la tesis de que se trataba de una delincuencia excepcional y para ellos política.

A su vez, la pretensión de despojar a los crímenes terroristas de especial cualificación, y dejarlos como puros delitos de asesinato, o robo, o lesiones, o secuestros, etc., *para cerrar el paso a la pretensión de ser tratada como criminalidad especial y cercana a lo político*, no ha sido admitida. La razón hay que buscarla en la sentida necesidad de responder *específicamente*

a lo que significan esos delitos en el contexto de la actividad terrorista, dimensión que en el sentir del legislador español (y en el derecho comparado) ha de comportar una especial expresión normativa, aunque no se pueda apreciar un criterio firme y claro en los sucesivos textos legales y proyectos españoles.

El seguimiento de los diferentes textos desde el Proyecto de Código penal de 1980 hasta el Proyecto de 1994 (que precedió al vigente Código) son buena muestra de esas oscilaciones de criterio. Fruto, en parte, de esa tensión es el sistema seguido por el Código, caracterizado por la *aparente* voluntad de tratar al terrorismo como una criminalidad común de especial gravedad por su pretensión de alterar la convivencia constitucional, con lo cual el legislador español opta por una especie de *combinación entre las técnicas posibles*, pues no existe una sola, sino que otras habría: describir *delitos específicos de los terroristas*, especializados tanto por el tipo de conducta como por la personalidad del autor; otra, en el extremo opuesto, sería limitarse a aplicar a los terroristas los tipos de los *delitos comunes que cometieran* agravando la pena en atención a la personalidad del autor (especialidad del autor sin especial significado de la conducta). También se hubiera podido describir el delito terrorista *objetivamente* y con plena independencia de quién sea el autor.

Si aludo a estas cuestiones es porque han de acabar teniendo una incidencia en el problema anunciado al principio. La superación del principio de territorialidad viene condicionada por la concordia en torno a lo que deba ser considerado terrorismo y esa concordia todavía no existe, y tampoco la ha logrado la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, a la que luego me referiré, pero ya adelanto que esa Decisión marco no cierra el paso a posibles interpretaciones alternativas

El problema de la conceptualización del terrorismo siempre será previo al debate sobre su posible persecución supranacional. La caracterización amplia o restrictiva del terrorismo puede venir determinada por diferentes

factores: la personalidad “terrorista” del responsable, el contenido material de la acción, la víctima, la finalidad perseguida. Es claro que ninguno de esos criterios es por sí solo válido; hay delitos “comunes” de terroristas (p.e. robo de placas de matrícula), delitos con “objetivos terroristas” (amenazas a determinadas personas) y delitos de efecto terrorista con independencia de quién los cometa (p.e.: sabotear una línea férrea).

Como sabemos, la técnica elegida por el vigente CP español es reflejo de esa compleja caracterización. En principio diferencia entre delitos de terrorismo y asociación ilícita de carácter terrorista. Se trata de delitos situados en diferentes Títulos: Orden Público y Orden Constitucional, pero los delitos terroristas son a su vez conductas típicas de otros delitos con una pena agravada por la comisión del hecho en el marco de las actividades de la banda armada, lo cual a su vez puede propiciar el castigo por asociación ilícita poniendo en peligro el principio *non bis in idem*, pero así lo dispone expresamente el artículo 516 CP. Así pues, en derecho español cualquier delito puede ser delito terrorista por la finalidad perseguida (cfr. arts.571 a 574 CP). Se combina la punición a la persona por su pertenencia a banda armada y por asociación ilícita y al hecho común por su finalidad.

Además de esa combinación de delito “común” con pertenencia de los responsables a la organización terrorista, el sistema español se amplía con algunos delitos que son específicamente y solo terroristas, cuyos perfiles son borrosos por confundirse a veces con la complicidad y otras con actividades que pueden ser lícitas. Eso sucede con las figuras que se introdujeron por la L.O.7/2000: la colaboración con las actividades de una banda armada o con sus finalidades y la apología del terrorismo. La colaboración es algo necesariamente diferente de la complicidad, por mucho que se extienda la interpretación de ésta, pues de no ser así no hacía falta tipificarla, y la colaboración a las “finalidades”, sin contribución material y sin pertenencia a la banda, parece de difícil concreción, y eso ha dado lugar a decisiones del

Tribunal Supremo mal recibidas por los partidarios de la pancriminalización de todo lo que se refiera al independentismo vasco, con o sin base legal (recientemente, por ejemplo, en el tema de las herriko tabernas).

El enaltecimiento, justificación, o los actos que impliquen desprecio a los sentimientos de las víctimas, son conductas que se castigan como parte de los delitos terroristas (art.578), y en esa tipicidad han encontrado cabida desde las conductas de apología hasta la omisión de expresa condena del acto terrorista. Creo que el jurista debe diferenciar entre la repugnancia que le produce la abominable “ética” del independentismo “abertzale” y la procedencia de recurrir al derecho penal sistemáticamente. Más allá del principio de intervención mínima se sitúa algo más simple y concreto: la dificultad de utilizar a la vez y sin excepciones tantas fuentes legales de incriminación. Por otra parte, cuando se ha sostenido que la expresión de opiniones no ha de ser reprimida es evidente que no se tenía en mente a opiniones neutras o anodinas, sino también a las opiniones que revelan la calaña y el desprecio a los demás del personaje que las emite.

9. LA COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL ESPAÑOLA

En el artículo 23 de la LOPJ se establece que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española (...). b. *Terrorismo*. El único condicionamiento que se introduce a esa declaración de competencia es que *el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero*, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Es evidente que para que el Tribunal español pueda actuar debe tener a su disposición al sujeto que pretenda juzgar, y si éste no se encuentra en España solamente podrá ser llevado ante el Tribunal español a través de una de estas dos vías: la aplicación del mandato europeo de arresto

y entrega (si se encuentra en otro Estado de la UE) o la extradición.

En uno u otro modo ha de surgir el problema de la conceptualización del terrorismo, puesto que la Ley española proclama la competencia extraterritorial sobre los hechos que puedan tener la consideración de terrorismo según la ley penal española, pero esa declaración no deja de suponer un tácito reconocimiento de que lo que la ley española entiende por terrorismo puede no ser compartido por otras legislaciones.

En España, para complicar aun más la cuestión “conceptual”, se mezcla también la Ley de Partidos Políticos, (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de Junio) aplicada, de momento, para la disolución de Herri Batasuna, y Euskal Herri-tarrok, transformada así (una ley no penal) en un arma más en la lucha contra el terrorismo (cosa que nunca debió suceder) y así tenemos que las duda se extienden desde las acciones de sujetos concretos hasta la legalidad de la presencia de ciertos partidos políticos que pueden merecer la consideración de grupos para-terroristas en cuanto que el motivo de su ilegalización es precisamente su coincidencia de fines con la organización terrorista cuando no su contribución a las actividades de ésta, conductas ambas que, como ya antes indiqué, merecen la consideración de delito terrorista conforme al derecho español. Fácil es percibir que la extensión del concepto de terrorismo más allá de la “clásica” idea del acto violento ha de provocar dificultades. Actos no violentos pueden ser incluso lícitos en apariencia, como por ejemplo, concurrir a las elecciones. Ahí entró en juego al Ley de Partidos Políticos que precisamente se orientaba a perseguir los intentos de aprovechamiento de la legalidad para contribuir a los planes propagandísticos y estratégicos de las organizaciones terroristas. De esa manera, y así se ha dicho, se puede incorporar al concepto de actividad terrorista a conductas que no tienen, ni falta que hace, condición de delito para merecer su persecución. Se alcanza así la eficacia máxima; ahora bien, ufanarse de que en la lucha contra el terrorismo es preciso y conveniente prescindir del carácter delictivo

de lo que se reprime (aunque no sea con la forma de pena a delito) es siempre peligroso.

En esa misma línea son conocidas las dudas y dificultades que ha suscitado la calificación jurídica adecuada al llamado terrorismo urbano de baja intensidad (la kale borroka), y la solución no puede ser, como algunos piensan y ha llegado a decir el TS, aplicar la calificación de terrorismo a toda acción que lo merezca por el “grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto”, pues eso es un ejemplo claro de concepto absolutamente indeterminado, y por lo mismo pugna con el principio de legalidad. No debe olvidarse que la conceptualización como acto terrorista de, por ejemplo, la quema de un autobús urbano tiene una repercusión punitiva muy superior a la correspondiente al delito de daños cometido. Igual de impreciso es calificar de terrorismo todo lo que haga una banda dedicada al terrorismo, pues a fuer de ser un concepto tan amplio y subjetivizado deja de ser un concepto útil para la coordinación internacional de políticas comunes.

10. LA DIFÍCIL PERSECUCIÓN INTERNACIONAL DEL TERRORISMO

Puede asegurarse que en el mundo occidental no se abriga reserva alguna acerca de la necesidad de un lucha conjunta y supranacional contra el terrorismo, y toda discusión sobre el carácter político de esa clase de crímenes hace tiempo que ha quedado zanjada. La causa de esa “unanidad occidental” ha de buscarse en la irrupción de Al Qaeda en el panorama de los dramas de nuestro tiempo, hasta el punto de que sin temor a error puede afirmarse que ha sido por ese hecho, concretado en el atentado contra las Torres Gemelas.

Lo que acabo de indicar se refiere solo a la apreciable decisión de luchar conjuntamente, aunque es cosa bien distinta la de los medios de lucha. Sería ingenuo creer que todos los Estados que están de acuerdo en la necesidad de

lucha común quieren hacerlo a través del derecho. Las actitudes públicas o no confesadas se inscriben en un amplio abanico, que va desde el concepto de guerra total y sin reglas que la limiten hasta el más prudente de la lucha a través del derecho.

Aun dejando de lado la opción por la guerra “sucía” y la invocación de la lucha mundial contra el terrorismo a modo de justificación general de la supresión de cualquier asomo de garantía o derecho de los detenidos (caso de los presos de Guantánamo), lo cual no tiene cabida en la sensibilidad de un jurista que crea en el Estado de Derecho, lo cierto es que en materia terrorista se han producido reformas legales en muchos Estados (incluida España) que permiten afirmar que en el campo del terrorismo es visible el llamado derecho penal del enemigo. Por si fuera poco, las teorías penales han saltado pulverizadas ante fenómenos “incomprensibles” para la mentalidad occidental, haciendo que se tambalee todo lo que hasta ese momento se haya podido decir sobre el terrorismo, cual sucede con la proliferación del terrorista suicida, personalidad ante la que fracasan todas las ideas penales sobre prevención.

Repetidamente me he referido a la concordia “occidental” sobre la necesidad de unir fuerzas contra el terrorismo, pero esa concordia en realidad se ha construido contra el llamado terrorismo islámico —calificativo que lógicamente disgusta a los millones de seguidores del Islam contrarios a la violencia— y esa coincidencia no supone un criterio unánime sobre lo que ha de incluirse en esa calificación, ni sobre cómo ha de afrontarse el problema, ni, aun menos, que esa unanimidad se extienda a otras acciones que para muchos han de ser también tratadas como terrorismo. Alemania, y es solo un botón de muestra, hasta que apareció la Decisión marco sobre terrorismo antes citada, no consideraba acto terrorista más que a aquel que se realizara en territorio alemán. A su vez las declaraciones internacionales sobre terrorismo tampoco han resuelto todas las dudas interpretativas. En cuanto a la jurisdicción

competente, que es el tema central de estas páginas, las divergencias son abrumadoras.

Sabemos que hay masas de desesperados en el mundo islámico que ven en Bin Laden una especie de redentor y aceptan su propia tesis de que su terror es justo y bueno frente al que sobre ellos descargara el colonialismo y el sionismo. Nada tiene de extraño, pues, que la Organización de la Conferencia Islámica (OCI) no solo se negó a que pudiera considerarse acto terrorista nada de lo que hicieran los diferentes movimientos palestinos, sino que incluso no ha podido llegar a un acuerdo entre si calificar a los suicidas o kamikazes como terroristas o como “luchadores de la libertad”. Eso no impide a la Conferencia calificar como terrorismo a “...cualquier acto de violencia o amenaza, prescindiendo de sus motivaciones o intenciones, perpetrado con el objetivo de llevar a cabo un plan criminal individual o colectivo con el fin de aterrorizar a la gente o amenazarla con causarle daño o poner en peligro su vida, honor, libertad, seguridad, derechos...”. Pero acto seguido se advierte que “la lucha de los pueblos, incluida la lucha armada contra el invasor extranjero, la agresión, el colonialismo y la hegemonía, que persigue la liberación y la autodeterminación de acuerdo con los principios del derecho internacional no se considerará un crimen terrorista”.

La mayor parte del mundo árabe o islámico rechaza la calificación de terrorismo para todo lo que tenga cabida en esa amplia reserva. Si se califica a una organización de “movimiento de liberación”, idea que comparten también Estados no islámicos del llamado Tercer Mundo, y por esa motivo se estima legítimo el uso del terrorismo, que es precisamente lo que pretende la Convención de la Organización de la Conferencia Islámica, es indudable que la concordia supranacional es absolutamente imposible. ¿Podría imaginarse un artículo con una excepción análoga para la prohibición de la tortura contenida en la Convención de 1972?; la sola suposición repugna, y eso es lo que efectivamente, y no como hipótesis, defiende la OCI.

También hay que evitar la miope reducción de esa posición al mundo islámico. En diferen-

tes lugares del planeta hay movimientos nacionalistas que pueden llegar a utilizar incluso kamikazes y hacerlo sin necesidad de inspiración religiosa. Tampoco puede acogerse sin más la tan repetida tesis de que toda lucha violenta contra un Estado que niegue las libertades elementales y no deje otra vía que la violencia no puede ser nunca calificada de terrorismo, de manera tal que éste solamente sería posible si se practica contra o en Estados democráticos. Esa idea parte de un principio aceptable; la respuesta violenta es a veces la única posible y a nadie se puede pedir que aguante resignado la opresión; por lo tanto puede haber movimientos democráticos que un cierto momento tengan que recurrir a la violencia. Pero el discurso debe detenerse ahí sin caer en el absurdo error de negar la calificación de terrorismo a todo lo que se haga en un Estado totalitario. Imaginemos lo que sucedería si se extendiera ese razonamiento a la tortura: si ésta fuera practicada por demócratas ya no sería tortura, si el desplazamiento masivo de poblaciones y el asesinato en masa es el modo de lucha de una guerrilla que persigue la justicia social, no sería ya genocidio. En ambos casos rechazamos esa conclusión porque sería repulsiva, y lo mismo ha de suceder con el terrorismo pues, si no fuera así, no podría ser terrorismo envenenar niños en una guardería de Corea del Norte, y tampoco lo sería volar un rascacielos en la dictatorial Birmania: todo en nombre la “excepción democrática” de lucha contra dictaduras.

Las dudas sobre el carácter político de determinados actos violentos tenidos como terroristas en el Estado en que se produjeran, vinieron siempre suscitadas por la falta de libertades en ese estado. España tuvo que soportar durante tiempo la posición de algún estado europeo (por ejemplo, Bélgica), que concedía a ETA el beneficio de la duda sobre la “opresión” que ejercía el Estado español sobre el País Vasco. Hoy ya tenemos un espacio de concordia sobre lo que es terrorismo, pero pese a eso subsisten opiniones que estiman que del mismo modo que el Estado de Derecho es incompatible con la apreciación de delitos políticos, todo lo que haga ese Estado de Derecho será justo y todo lo

que contra él se haga será siempre terrorismo. Eso permite sostener que todo lo que hagan los palestinos contra Israel será *siempre* terrorismo, tanto si se trata de una bomba en un supermercado (lo cual ha de ser sin duda tenido por terrorismo) como si se trata de piedras lanzadas contra carros de combate del Ejército dedicados a “operaciones de castigo”, y esa segunda apreciación no puede admitirse con el argumento “mágico” de que Israel es un Estado de Derecho, lo cual es indudable, incluso el único auténtico Estado de Derecho que hay en aquella región.

Al hilo de esa misma manera de razonar, se entrecruzan dos ideas más: la de que un Estado de Derecho no cometerá nunca abusos antijurídicos contra personas inocentes (tesis que en su tiempo avalaba muy bien todos los excesos de las fuerzas inglesas en Irlanda del Norte, por ejemplo), así como que las acciones que realice un Estado de Derecho *nunca podrán ser consideradas terrorismo de Estado*. No voy a entrar en el tema del terrorismo de Estado, que requiere su propio análisis, pero no quiero dejar de subrayar que esa tesis antes indicada, es la defendida por USA y otros Estados para rechazar que se pueda calificar así a ninguna de las acciones que emprende el Estado hebreo, que van desde los desplazamientos forzados de poblaciones hasta el castigo indiscriminado a civiles indefensos, *lo cual no quiere decir que los movimientos islámicos violentos pierdan por ese motivo el carácter de terroristas*, como pretenden muchos de los que exigen que se acuse a Israel de terrorismo de Estado.

En suma, pues: en el plano internacional estamos lejos de la concordia en torno a lo que ha de ser tenido por terrorismo. Mucho se tardó, pero se consiguió y ahí están las Convenciones de Ginebra, en conceptualizar el genocidio, la tortura y otros crímenes contra la humanidad. Pero cuando se entra en el terrorismo se abre la caja de los despropósitos, y unos invocan los motivos o los fines, otros quieren extenderlo a toda forma de violencia sin distinción, otros entran en el juego de negar el terrorismo cuando se produce el esquema acción-reacción, y así no hay modo de avanzar hacia la consecución

ción de un concepto común de terrorismo *que sería imprescindible para todos*, sea en el plano interno o en el plano internacional.

11. SUPRANACIONALIDAD LIMITADA: ONU Y UNIÓN EUROPEA

He intentado mostrar la imposibilidad de implementar una lucha conjunta e internacional contra el terrorismo sin contar con un concepto común de terrorismo, y ese está muy lejos de alcanzarse y, lo que es peor, parece una tarea imposible que apenas ha logrado algún resultado en áreas limitadas (la Unión Europea, por ejemplo, y aun con problemas). En el plano teórico creo que sería difícil pero no imposible alcanzar un concepto de terrorismo aceptable por todos. Pero posiblemente, y además de ser un concepto necesariamente “mínimo”, eso no serviría de nada si no iba acompañado de un propósito común de lucha, y eso pertenece ya a la ciencia ficción.

Para un acuerdo sobre terrorismo sería obligado excluir cualquier invocación de motivos, fines, provocaciones previas, agravios históricos, frustraciones colectivas, etc., y aceptar que el terrorismo no se produce porque la retrocámara del criminal esté más o menos llena de argumentos, sino porque *golpea a personas indefensas con medios de los que no pueden escapar*. Ahí, en la indefensión de las víctimas, discriminadas o indiscriminadas, está la base de cualquier definición, y a partir de ahí es casi obscuro entrar en los “motivos” del crimen terrorista. Mientras que no se quiera aceptar eso —y fuera de duda está que no se quiere aceptar— con todas sus consecuencias y sin pararse a pensar en cuántos serán los manchados por la calificación, no avanzaremos en la lucha contra la mayor tragedia cotidiana de nuestro tiempo y será ocioso hablar de “política criminal supranacional contra el terrorismo” porque no existe ni existirá, más allá de *áreas limitadas*, como es la Unión Europea.

A) ONU

Situados pues en la óptica de la “zona limitada”, tomamos como primera el ámbito, por cierto no pequeño, de la ONU. Como es lógico, el atentado de las Torres Gemelas conmocionó a Naciones Unidas y provocó la inmediata reunión de su Consejo de Seguridad, que resolvió *obligar* a todos los Estados miembros a tipificar cualquier clase de ayuda directa o indirecta al terrorismo y a compartir su información con los demás Estados.

La Cumbre de septiembre de 2005 aprobó la resolución 1624 referente a la incitación a la comisión de actos de terrorismo. En la misma línea, un año después, coincidiendo con el aniversario del atentado a las Torres se presentó un programa de lucha común contra el terrorismo *en todas sus formas*, a la vez que se exhortaba a la necesidad de que en esa lucha fueran respetados los derechos humanos. En la misma se presentó el informe de Kofi Annan, entonces Secretario General, en el que se proponía como resolución conjunta que “*..ningún motivo o agravio puede justificar o legitimar que se ataque o dé muerte deliberadamente a civiles y no combatientes*” y que “*toda acción cuyo objetivo sea causar la muerte o graves daños físicos a civiles o no combatientes, cuando dicha acción tenga, por su índole o contexto, el propósito de intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o no hacer algo, no puede justificarse por ningún motivo y constituye un acto de terrorismo*”. La Cumbre terminó con una declaración conjunta mucho menos explícita: “*Condenamos enérgicamente el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa y de dónde y con qué propósitos, puesto que constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales.*”. De nuevo el conflicto israelí-palestino se interpuso.

Así pues, en el fondo de tan hermosas concordias formales late la ausencia de una comunidad de criterios *sobre lo que es ese terrorismo que se dice hay que combatir*, a pesar de que se hagan declaraciones genéricas sobre lo que es el terrorismo, o incluso sobre las causas que lo

propician. La Asamblea de Naciones Unidas ha aprobado en su historia diferentes declaraciones que apuntan a las actividades del fomento del terrorismo impulsadas por potentes Estados occidentales. Igualmente se han sucedido declaraciones que denuncian las causas del terrorismo (frustración, desesperanza, colonialismo, denegación de libertades, etc.). Pero ni aun así se alcanza una declaración que de verdad fije de manera inequívoca lo que ha de ser tenido por terrorismo por toda la comunidad internacional. Existen pactos internacionales sobre problemas importantes pero *parciales*, aunque etiquetan acciones como “terroristas”, como sucede con el secuestro de aviones civiles o los atentados contra personas internacionalmente protegidas. Pero es demasiado fuerte la presión que por su lado ejercen los USA e Israel y de otro algunos Estados Islámicos, como para poder llegar a un criterio común.

B) LA UNIÓN EUROPEA

Los europeos (de la UE) creemos posible, en cambio, alcanzar una política criminal común sobre terrorismo efectiva al menos en el reducido espacio que constituye la Unión, asumiendo que la pretensión de conseguir una política “mundial” es utópica, hoy por hoy. De acuerdo con ello se entiende que es acaso posible aunar criterios entre los Estados de la Unión Europea sobre lo que es terrorismo, lo cual, como reiteradamente he dicho, es un presupuesto necesario para todas las formas de solidaridad internacional, sea la de la competencia jurisdiccional supranacional o sea la admisión de la extraterritorialidad o sea la simple eficacia del mandato europeo de arresto y entrega.. Cosa distinta, pero imprescindible, es determinar si es posible que USA participe de modo leal e igual en cualquier política conjunta con la UE o si, por el contrario, no piensan abandonar su carácter de *potencia prepotente*.

Se supone que en la UE existe una amplia concienciación sobre la extensión y alcance del problema del terrorismo, pero solo en fechas posteriores a la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002 se ha iniciado un

proceso razonablemente unificador. Inmediatamente antes, en el 2001, algunos Estados europeos describían específicamente el terrorismo, cada uno con su propio criterio, o ni siquiera llegaban a eso. Pero después de los sucesos de New York, Londres y Madrid, se pasa a ver la entidad y dimensión del terrorismo y sus ramificaciones con los aspectos o dimensiones internacionales que tiene y las ayuda que puede encontrar en las redes informáticas o en el sistema bancario si no se actúa sobre esos espacios (y simultáneamente se exige que en nombre de las necesidades de lucha no se cercenen derechos fundamentales ligados a la privacidad).

Cierto que no era el primer documento supranacional, pues le precedían el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977, Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999, el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, relativo al establecimiento del Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), la Acción común 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación y mantenimiento de un Directorio de competencias técnicas y conocimientos antiterroristas especializados para facilitar la cooperación antiterrorista entre los Estados miembros de la Unión Europea, la Acción común 98/428/JAI, de 29 junio 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la creación de una red judicial europea, y la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo.

En esa dirección se llega a la mentada Decisión marco 2002/475/JAI, relativa a la lucha contra el terrorismo. De acuerdo con la Decisión, los actos de terrorismo son actos intencionales orientados a amedrentar a una población para así atentar contra un Estado o un conjunto de Estados o una Organización Internacional, atacando la vida y salud y libertad de las

poblaciones, destruyendo estructuras políticas, económicas o sociales. Por su parte un “grupo terrorista” es una “asociación estructurada de más de dos personas que actúa de manera concertada...” La Decisión establece deberes que han de cumplir los Estados miembros: penas efectivas, proporcionadas y disuasivas que pueden conllevar la extradición; modulación de las penas por cooperación y arrepentimiento, y sanciones imponibles a personas jurídicas.

La lucha “europea” contra el terrorismo ha alcanzado, en suma, a la coordinación policial e intercambio de información, auxilio entre jueces y fiscales, respeto de las decisiones judiciales de los otros Estados, posibilidad, y la persecución *transfronteriza de los delincuentes terroristas*. Pero la superación de la competencia territorial, y con ella, la *competencia para juzgar*, tema central de estas páginas, lo único que establece la Decisión es que los Estados miembros se comprometen a adoptar medidas para establecer su competencia en relación con los actos terroristas, asumir su competencia si se niegan a extraditar a sus propios nacionales y, por último, coordinar sus acciones y fijar las competencias con objeto de centralizar las gestiones cuando varios Estados miembros puedan tener razones para conocer del delito o juzgar sus responsables.

En punto a la lucha policial los avances son importantes, pues el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, al que España se adhiere en 1991, al referirse a la cooperación policial, acoge la vigilancia transfronteriza (artículo 40), la persecución transfronteriza o “en

caliente”, a lo que se suma la comunicación plena de información y la transmisión de la ejecución de sentencias penales. La Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo, continúa en esa línea (que por supuesto es imprescindible). En cuanto a la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales se asume que *todavía es un objetivo a alcanzar*, pues para que fuera viable sería preciso también armonizar normas procesales penales, y ahí se puede topar con los límites derivados de la tradición de cada Estado o del modo que tenga de entender su *soberanía penal*. Es verdad que la regulación del llamado euroarresto (Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros) ha sido un importante avance, pero que no está libre de problemas.

Fuera de duda está, así pues, que en relación con el terrorismo *la cooperación policial está mucho más desarrollada que la cooperación judicial en materia penal*. Las razones por las que el “nacionalismo” es más intenso en un ámbito que en otro, pero en el fondo creo que el tema del terrorismo no se separa de las dificultades generales que tiene la armonización del derecho penal en Europa y la consecución efectiva de un único espacio judicial que fuera el *forum commissionis delicti* también común.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBEROLA, O. Y GRANSAC, A, *El anarquismo español y la acción revolucionaria 1961-1974*, Ruedo Ibérico, Paris, 1975.
- BUENO, GUSTAVO, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, Guerra y Globalización*, Byblos, Barcelona 2005
- JAEN VALLEJO, M., *Legalidad y extraterritorialidad en el derecho penal internacional*, Atelier, Barcelona, 2006.
- MORALES, M., *Cultura e ideología en el anarquismo español (1870-1910)*, Diputación Provincial de Málaga, 2002.
- National Strategy for Combating Terrorism*, The White House, Washington, ed.elect. Septiembre, 2006
- PASTOR, DANIEL, *Poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona, 2006.
- TOSCANO, R., *Por una definición del terrorismo*, *El País*, 3 de julio de 2002
- Voz “Terrorism” en *Jewish Virtual Library*.
- VVAA, *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- VVAA, *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007
- VVAA, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

VVAA: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Aranzadi/Thomson, 2005

2008, N° 3, PÁGS. 136-155

TEORDER

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.
Fecha de aceptación de originales: 11 de marzo de 2008.

ESTUDIOS

Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos,
Derecho, pronunciamientos, admisión, costes

Ignacio Borrajo Iniesta

Contracciones y dilataciones en la reforma de la ley orgánica del tri-
bunal constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de
actuaciones e incongruencia omisiva

Magdalena Nogueira Guastavino

Otra vez el aborto: el inevitable camino hacia un sistema de plazos

Patricia Laurenzo Copello

RESUMEN

El recurso de amparo constitucional es un instrumento en manos del Tribunal Constitucional español: muchos de los problemas que padece no son debidos al cauce procesal, sino a la institución misma (creada junto a una pirámide judicial presidida por el Tribunal Supremo) y a conceptos teóricos desfasados: la teoría kelseniana es insuficiente para explicar un Tribunal constitucional con potestades para amparar los derechos fundamentales de los ciudadanos revisando las sentencias de los Tribunales judiciales. A partir de estas premisas, se ofrece una reflexión sobre distintos aspectos de la jurisdicción constitucional de amparo: los hechos y su prueba, la interpretación de la legalidad constitucional y “ordinaria”, la reparación del derecho vulnerado, la admisión de recursos (recientemente reformado en profundidad por la Ley Orgánica 6/2007) y las deficiencias de la economía del proceso.

PALABRAS CLAVE

RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL, DERECHOS FUNDAMENTALES, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, TRIBUNAL SUPREMO, JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, HECHOS, PRUEBA, INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, LEGALIDAD “ORDINARIA”, PRONUNCIAMIENTOS, GRATUIDAD DEL PROCESO, HONORARIOS DE ABOGADO, ADMISIÓN A TRÁMITE, KELSEN, ESPAÑA

ABSTRACT

Individual complaints procedure to protect fundamental rights is a tool in the hands of the Spanish Constitutional Court: many of its problems are not a consequence of the procedure itself but of the institution wielding it (a new court trying to find a proper position in a preexisting judicial structure subject to a Supreme Court) and of theoretical insufficiency: the Kelsenian model is not useful to explain the role of a constitutional court when protecting human rights in the face of other courts. Building on those premises, some thoughts are given to the main ingredients of the constitutional jurisdiction to protect fundamental rights: facts and evidence, construction of constitutional and “ordinary” legislation, remedies, admission procedures (recently reformulated by Organic Act 6/2007) and deficiencies in the economics of the proceedings.

KEY WORDS

INDIVIDUAL COMPLAINTS PROCEDURE, FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL COURT, SUPREME COURT, CONSTITUTIONAL JURISDICTION, FACTS, EVIDENCE, CONSTRUCTION OF THE CONSTITUTION, “ORDINARY” LEGISLATION, REMEDIES, PROCEEDINGS FREE OF CHARGE, LAWYERS FEES, LEAVE FOR APPEAL OR CERTIORARI, KELSEN, SPAIN

MITOS Y REALIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE AMPARO: HECHOS, DERECHO, PRONUNCIAMIENTOS, ADMISIÓN, COSTES

Ignacio Borrajo Iniesta

Catedrático de Derecho, Letrado del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. Preliminar. 2. El recurso de amparo y los hechos: A) Jurisdicción constitucional o en grado de recurso. B) Pruebas y actuaciones judiciales. C) Hechos procesales. D) Hechos sustantivos. 3. El recurso de amparo y el Derecho: A) La Constitución y las leyes. B) El ejemplo del Derecho comunitario. C) Otros supuestos. D) Jurisdicción especializada o generalista (art. 1 LOTC). 4. El problema de los pronunciamientos de amparo: A) La importancia de la reparación de los derechos vulnerados. B) Nulidades y retroacción de actuaciones. C) La indemnización constitucional. D) Costas procesales y otros gastos y sanciones. 5. La admisión del recurso de amparo: A) El crecimiento de los asuntos. B) Los distintos sistemas de admisión del amparo. C) El sistema de admisión vigente: los requisitos de la demanda. D) El sistema de admisión vigente: la admisión del recurso. 6. Una alusión a la economía del recurso de amparo: A) La insuficiencia de la gratuidad del amparo. B) Los efectos perversos del sistema de honorarios actual. 7. Observaciones finales: mitos y realidades de la jurisdicción de amparo constitucional. Nota bibliográfica

1. PRELIMINAR

La jurisdicción constitucional nace para asegurar la subordinación de la ley a la Constitución. Sin embargo, la médula de la jurisdicción del Tribunal Constitucional creado por la Constitución española de 1978 consiste en proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y, en algunos supuestos paradójicos, de los propios poderes públicos.

Que el enjuiciamiento del poder desde el punto de vista de la Constitución tenga como finalidad inmediata la preservación de los derechos enunciados en ella, y no la depuración del

ordenamiento anulando leyes inconstitucionales, puede ser percibido como una aberración. Una traición al modelo kelseniano, impulsada por la iniciativa caótica de los miles de particulares que se agolpan a las puertas de Domenico Scarlatti, sede del Tribunal de la Constitución, para pedir el amparo de sus derechos y libertades individuales. Sin embargo, como advirtió lúcidamente Francisco Rubio Llorente, puede ser conceptualizada como un cambio de modelo: una jurisdicción constitucional centrada en la defensa de los derechos y no en el control de la ley.

Esta tendencia se apoya en varios factores. Entre ellos destaca la primacía del recurso de

amparo, la vía procesal que sirve específicamente para que el Tribunal Constitucional proteja los derechos fundamentales. Su creación por los artículos 53.2 *in fine*, 161.1 b) y 162.1 b) de nuestra Constitución fue una de las decisiones determinantes de nuestro proceso constituyente, lo mismo que su articulación en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que delineó con trazo firme la institución que encarnaba la nueva jurisdicción constitucional.

La decisión constituyente no estuvo exenta de polémica, como observa Germán Fernández Farreres en un estudio clásico sobre esta figura procesal. La experiencia, sin embargo, ha sido un éxito: el amparo ha arraigado como una parcela esencial de la función jurisdiccional atribuida por la Constitución a su Tribunal. Ello no impide advertir la existencia de disfunciones, que suelen centrarse en dos puntos: la carga que representa el excesivo número de recursos que llegan al Tribunal Constitucional y el riesgo de que, al enjuiciar casos en sede de amparo, la jurisdicción constitucional interfiera en el normal desenvolvimiento de las potestades de los Tribunales que forman el Poder Judicial.

Sobre ambas cuestiones se ha escrito mucho sin llegar a posiciones comúnmente aceptadas. La última aportación procede del mismo legislador quien, mediante la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal acometida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se dirige precisamente a paliar estos problemas de un entramado institucional que, en cualquier caso, se acepta sin ambages.

El presente estudio aspira a reflexionar sobre el recurso de amparo a partir de estas premisas: es un buen sistema, que sirve para ofrecer una mayor protección de los derechos fundamentales y, más en general, de la Constitución como norma suprema del ordenamiento español; y es un sistema que adolece de varios problemas, causados en gran medida por dificultades teóricas. El recurso de amparo es un incomprendido y, por ende, al examinar los problemas que sufre en la realidad, los juristas españoles

incurrimos en diagnósticos desenfocados, que no atinan con las soluciones adecuadas.

La reflexión que se propone conceptúa el recurso de amparo como un instrumento de la jurisdicción constitucional. Un instrumento lícito, que complementa y refuerza sus funciones primigenias de asegurar la sujeción de la ley a la norma constitucional y el equilibrio de los poderes constituidos. Y un instrumento que está en manos de una institución: el Tribunal Constitucional. Muchos de los problemas que se achacan al recurso de amparo no son propios de esa figura procesal sino del sujeto que la blande: el propio Tribunal de la Constitución. Si el recurso de amparo fuera competencia de otros Tribunales, como se ha propuesto con reiteración, los resultados de su actuación y los problemas que se causaren serían muy distintos. También los análisis teóricos sobre ese recurso de amparo “judicial”.

Un dato relevante para comprender correctamente la jurisdicción constitucional de amparo consiste en no olvidar que el Tribunal Constitucional es una institución nueva en todos los países europeos donde existe. En España fue creado por la Constitución de 1978, regulado por su Ley Orgánica de 1979 y establecido en 1980. El dato es obvio y, por ello, normalmente silenciado. Sin embargo es determinante.

La nueva institución ha sido añadida a la estructura judicial existente: una constelación de órganos judiciales que forman una pirámide, en cuya cúspide se encuentra un Tribunal Supremo, distinto del nuevo Tribunal Constitucional. La Constitución española no introdujo cambios en el poder judicial preexistente, en gran medida heredado de las Constituciones de 1812 y de 1869, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que rigió “provisionalmente” hasta 1985. El texto de 1978 mantiene en lo esencial la arquitectura judicial anterior; reforzando sus principios básicos; se limita a añadir un Tribunal Constitucional en la cumbre.

El nuevo Tribunal ha sido creado como una institución separada del resto de los Tribuna-

les, sin formar parte de la pirámide judicial ni orgánica ni administrativamente. También sus potestades son distintas, al menos formalmente. Su función primordial es asegurar que la ley respeta la Constitución; también debe asegurar el equilibrio entre los distintos poderes territoriales del Estado de las autonomías. Sin embargo, junto a su papel como Juez de la ley y como Juez de los conflictos, se ha añadido una tercera misión: asegurar la protección o amparo de los derechos y libertades fundamentales. Esa función se instrumenta mediante potestades de revisión: supervisar que las decisiones de todos los poderes públicos, incluidas las autoridades judiciales, respetan los derechos y libertades de los ciudadanos proclamados por la Constitución.

Esta función supervisora es, al mismo tiempo, angosta y amplia. La tarea confiada a los Tribunales constitucionales que poseen la potestad de amparo se circunscribe, exclusivamente, a asegurar la protección de los derechos humanos y de los ciudadanos proclamados por la Constitución misma: la miríada de derechos e intereses legítimos reconocidos por las leyes y otras fuentes del Derecho son objeto de protección judicial, no de amparo constitucional. Al mismo tiempo, la función de los nuevos Tribunales es amplísima: el ámbito de los procesos constitucionales de amparo alcanza todas y cada una de las decisiones y conductas adoptadas por cualquier poder público, sea cual sea su rango y sus potestades; alcanza, incluso, a los actos de las empresas y los particulares, en la medida en que se admite que los derechos fundamentales surten efectos horizontales (*drittwirkung*).

La supervisión constitucional atañe especialmente a los órganos judiciales: ellos son quienes ostentan el monopolio de la imposición de penas y, en lo restante, son ellos los que dirimen los conflictos entre los demás sujetos del sistema jurídico y dan validez, o la niegan, a sus actos y hechos. En la medida en que los Tribunales constitucionales juzgan sólo después de que los Tribunales judiciales u “ordinarios” hayan dictado sentencia en el litigio o en la causa correspondiente, las sentencias

constitucionales de amparo se convierten en pronunciamientos de revisión de fallos judiciales previos. Así ocurre en España, cuyo modelo de jurisdicción de amparo sigue el principio de subsidiariedad establecido en Alemania por la Ley Fundamental de 1949 (a diferencia del modelo de jurisdicciones alternativas que prevalece en Austria): el recurso de amparo constitucional solo puede interponerse ante el Tribunal Constitucional tras haber agotado los medios de recurso en la vía judicial (artículos 43.1 *in fine* y 44.1.a LOTC).

Que los Tribunales constitucionales son instituciones jóvenes, sobrepuestas a una estructura judicial preexistente que, en teoría, permanece inalterada, solo sometida a una potestad supervisora de carácter general para asegurar el amparo de los derechos fundamentales, es un dato estructural de primer orden para entender el recurso de amparo constitucional: pues éste no es, a la postre, mas que el puente que conecta estas dos realidades formalmente separadas, Tribunales judiciales y Tribunal Constitucional, así como el instrumento que debe permitir asegurar la mejor protección de los derechos constitucionales en ese contexto institucional.

Al mismo tiempo, sin embargo, es preciso no perder de vista otro factor adicional, que ayuda a explicar el carácter problemático del recurso de amparo. Consiste en que el modelo kelseniano no sirve para dar explicación de la jurisdicción constitucional de amparo. La idea de “legislador negativo” es ajena al papel de defensor de los derechos y libertades que la Constitución española asigna al Tribunal Constitucional. Por ende, no ofrece un marco teórico ni los conceptos precisos para comprender y, en su caso, orientar el funcionamiento de los procesos constitucionales de amparo ni la resolución de los problemas surgidos en la práctica.

No deja de resultar una paradoja interesante: el ideal kelseniano ha creado y ha dado forma a esta criatura novedosa, y aun extraña, bautizada como Tribunales constitucionales. El conjunto de teorías expuestas por el profesor de Viena y Berkeley y positivizadas por las

Constituciones de las Repúblicas de Austria, Checoslovaquia y España en los turbulentos años de entreguerras, en los escombros de la desintegración del Imperio Autro-Húngaro y de la Gran Guerra, siguen ofreciendo el sustrato teórico y la justificación de los Tribunales constitucionales creados tras la II Guerra Mundial, a pesar de su novedosa función de amparar los derechos de las personas. A la función prototípica del órgano de la justicia constitucional de controlar la constitucionalidad de las leyes o, en su caso, de zanjar los conflictos territoriales, se ha sumado otra que implica revisar resoluciones judiciales. En aras de los derechos y libertades fundamentales, sin duda.

La función de asegurar que las leyes aprobadas por los Parlamentos no contradicen lo dispuesto por la Constitución es la más distinguida de las encomendadas a los Tribunales constitucionales. Y la mayoría se mostraría de acuerdo en que el control de constitucionalidad de la legislación es su deber más importante.

Pero nadie puede negar que el control de las leyes ha dejado de ser la labor principal de los Tribunales constitucionales (con gran sorpresa de quienes redactaron las Constituciones de los distintos países, sin duda): el número de asuntos constitucionales que versan sobre el control abstracto de las leyes es mínimo en comparación con el número de recursos de amparo que todos los Tribunales constitucionales europeos deben resolver. Las cifras son elocuentes: en Alemania, llegan más de cinco mil *Verfassungsbeschwerden* cada año; en Chequia, más de tres mil casos anuales son presentados por los ciudadanos pidiendo protección para sus derechos; y así podríamos seguir acumulando datos hasta llegar al caso realmente anómalo que ofrece el Reino de España, con más de diez mil (sí, 10.000) recursos de amparo presentados cada año.

Así que es preciso preguntarse por el fundamento, los rasgos y los límites de la jurisdicción constitucional dedicada al amparo de los derechos fundamentales. Es preciso definir los límites de esta jurisdicción, de tal modo

que el amparo constitucional no distraiga a los Tribunales constitucionales de su función más delicada: asegurar que las leyes respetan la Constitución. Igualmente, es preciso definir correctamente la jurisdicción de amparo para que su ejercicio sea recto y no distorsione indebidamente la estructura judicial del país y, en particular, la posición institucional del Tribunal Supremo.

Para llevar a cabo un análisis adecuado de estas cuestiones, creo adecuado examinar sucesivamente los tres ingredientes de la potestad de juzgar: la determinación de los hechos del caso, la selección e interpretación de las normas jurídicas determinantes y el pronunciamiento de las medidas de conservación y reparación de los derechos. A estas cuestiones es preciso añadir un estudio de la potestad de admitir asuntos a trámite, esencial para todo Tribunal que enjuicia en grado de recurso; y una llamada de atención sobre los aspectos económicos del proceso, donde anidan algunas de las causas de la patología del amparo constitucional.

Todos estos ingredientes forman parte de la potestad de aquellos Tribunales constitucionales a quienes, formen o no parte oficialmente del Poder Judicial, les ha sido confiada la función de amparar los derechos y libertades fundamentales. La cuestión de si esa función es una fortuna o una maldición para los Tribunales que la han recibido queda a la apreciación del lector.

2. EL RECURSO DE AMPARO Y LOS HECHOS

El recurso de amparo pone al Tribunal Constitucional en contacto directo con los hechos de la vida jurídica. Ya sean los hechos enjuiciados en una causa penal como delito o falta, ya sean los hechos litigados en un pleito civil, social o contencioso-administrativo: el Tribunal Constitucional, cuando juzga un amparo, juzga una situación fáctica con personas de carne y hueso que han hecho y dicho cosas que han desembocado en la cuestión litigiosa.

Cuestión que debe ser resuelta a la luz de los derechos fundamentales relevantes, sin duda: pero que debe ser resuelta.

La Ley Orgánica del Tribunal se hace eco de esta verdad cuando impone a quien pide amparo exponer los hechos que fundamentan su demanda (art. 49.1 LOTC). Es cierto que luego, la Ley sólo alude a los hechos con un sesgo prohibitivo: el famoso artículo 44.1 b) dispone que el Tribunal Constitucional no entrará a conocer, en ningún caso, acerca de los hechos que dieron lugar al proceso en que se produjeron la acción u omisión del órgano judicial a la que se achaca la vulneración de derechos o libertades. Pero lo cierto es que esa interdicción legal no se aplica a los amparos que versan sobre actos parlamentarios ni, lo que es más relevante en la práctica, a los amparos que versan sobre disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de las Administraciones públicas, como no dejó de observar la mejor jurisprudencia (por ejemplo STC *Rosa Vieitez contra Colegio de Farmacéuticos*, 93/1992, de 11 de junio, f.º 4). En la medida en que es el poder ejecutivo, mediante las decisiones de sus autoridades y las conductas de sus agentes, el mayor peligro para las libertades y los derechos de los ciudadanos, no deja de ser relevante que la jurisdicción de amparo puede ejercer con plenitud sus amplias potestades de prueba para defender la vigencia de los derechos proclamados por la Constitución en ese contexto.

Y ni siquiera en el ámbito más limitado del amparo frente a actos u omisiones judiciales queda la jurisdicción constitucional ciega ante los hechos litigiosos. Como señaló tempranamente la Sentencia *Justo de las Cuevas González* (STC 46/1982, de 12 de julio, f.º 1), al analizar un sobreseimiento en causa penal, “la prohibición de «conocer» de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la atribución de competencia. No se trata de prohibición de conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución”.

Voy a formular una duda teórica y unas observaciones generales, antes de profundizar en

diversos aspectos relevantes de los hechos en el recurso de amparo.

A) JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL O EN GRADO DE RECURSO

Se suele dar por supuesto que los Tribunales constitucionales juzgan los recursos de amparo que los ciudadanos traen a su conocimiento con unos límites muy estrictos en lo que atañe a los hechos del caso. Los Tribunales constitucionales interpretan la Constitución; y lo hacen ciñéndose estrictamente a los hechos que han sido declarados probados por los Tribunales de justicia. La potestad judicial consiste en investigar o discernir los hechos presentados por los justiciables, practicar prueba cuando existe controversia entre las partes del proceso acerca de lo que realmente ocurrió y declarar la verdad judicial: los hechos declarados probados. Ésta es la competencia de los Tribunales “ordinarios”; los Tribunales constitucionales se encuentran confinados a aplicar la Constitución a los hechos que aquéllos, los Tribunales “ordinarios”, han declarado probados.

La teoría que me gustaría someter a la consideración del lector es que, sin duda, la jurisdicción de amparo constitucional se encuentra limitada respecto a los hechos de los recursos sometidos a su juicio. Pero que esa limitación no se debe a que los Tribunales constitucionales ejerzan una “jurisdicción constitucional”, diferente en su esencia a la “jurisdicción ordinaria” que ejercen los Tribunales del orden civil, penal, contencioso-administrativo, social, mercantil, de familia u otras especialidades creadas por las leyes en los distintos sistemas judiciales. También puede sostenerse que los Tribunales constitucionales conocen de los hechos de forma limitada por la simple razón de que son Tribunales que ejercen su jurisdicción en grado de recurso. Los Tribunales que ostentan una competencia de amparo subsidiaria de la protección que ofrecen los restantes Tribunales a los derechos fundamentales son Tribunales que revisan en sede de recurso las resoluciones adoptadas con anterioridad por otros Tribunales. No son Tribunales de instancia: no

se dedican a admitir y practicar pruebas ni a declarar los hechos probados de acuerdo con las normas que rigen esta importante materia.

Los Tribunales constitucionales reciben recursos de amparo que impugnan sentencias de otros Tribunales, tanto dictadas en la instancia como en grado de recurso: apelación, suplicación, casación. El rasgo decisivo de su jurisdicción es que conocen de los asuntos en grado de recurso. Recurso que se caracteriza por su carácter último y final: los Tribunales constitucionales son los Tribunales de último grado. Ellos son quienes ofrecen el último foro nacional para proteger los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos en cada uno de los Estados europeos. Sólo se encuentran sujetos a la jurisdicción declarativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Esta es una explicación menos sofisticada o metafísica, lo reconozco, que la que postula una diferencia existencial entre la jurisdicción “constitucional” y la “ordinaria”. Pero me parece que describe mejor la realidad de los procesos de amparo constitucional que se tramitan diariamente ante el Tribunal Constitucional español. Y puede ofrecer alguna pauta para resolver los problemas suscitados en la práctica. Antes de verificarla, empero, conviene formular alguna observación previa.

B) PRUEBAS Y ACTUACIONES JUDICIALES

El Tribunal Constitucional de España posee una robusta potestad probatoria. Pero esa facultad de acordar y valorar pruebas es utilizada rara vez en procesos de amparo. Las sentencias constitucionales se pronuncian asumiendo los hechos declarados probados en las resoluciones judiciales previas, salvo raras excepciones.

Las facultades del Tribunal en materia probatoria vienen definidas por el artículo 89 de su Ley Orgánica: “1. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario y resolverá libremente sobre la forma y el tiempo de su

realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días. — 2. Si un testigo, citado por el Tribunal, sólo puede comparecer con autorización superior, la autoridad competente para otorgarla expondrá al Tribunal, en su caso, las razones que justifican su denegación. El Tribunal, oído este informe, resolverá en definitiva”.

Por añadidura, el Tribunal está autorizado por la ley para requerir la presentación de cualquier documentación en poder de autoridades públicas que pueda servir para esclarecer los hechos (art. 88 LOTC): esta posibilidad es utilizada para preparar la sentencia que juzga recursos admitidos a trámite y, también, para resolver sobre la admisibilidad de los recursos. Es relevante advertir que, si una autoridad llegara a alegar secreto oficial, el Tribunal Constitucional es quien debe resolver en definitiva si el documento o el testimonio solicitado deben ser, a pesar de todo, presentado y el grado de confidencialidad que se le otorgue (arts. 88.2 y 89.2 LOTC).

Cuando dicta sentencia, el Tribunal español se apoya en dos tipos distintos de materiales probatorios: uno lo ofrecen las sentencias u otras resoluciones dictadas en los procesos judiciales previos al amparo; otro, el testimonio de las actuaciones judiciales o de los expedientes administrativos que documentan los procedimientos que anteceden a las decisiones públicas impugnadas ante el Tribunal Constitucional.

No debe olvidarse que, en la mayor parte de los supuestos, el Tribunal de amparo conoce de un caso sobre el que ya se han pronunciado uno o varios órganos judiciales. Éstos relatan en sus sentencias los hechos declarados probados, con mayor o menor rigor según los distintos órdenes jurisdiccionales: mayor en el penal y social y menor en el civil o en el contencioso-administrativo. No es infrecuente que la sentencia de instancia y la de apelación ofrezcan versiones distintas de los hechos determinantes del litigio. El Tribunal Constitucional examina recursos de amparo dimanantes de juicios de instancia en una proporción elevada: algo más de un tercio del total, asuntos menores en que

la ley no prevé la existencia de recursos en el orden jurisdiccional respectivo. Pero los restantes dos tercios de los recursos de amparo deben ser resueltos después de que se hayan pronunciado dos o tres Tribunales diferentes, en apelación, suplicación o casación.

En ocasiones, el Juzgado y la Sala (de la Audiencia Provincial, del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo) coinciden en su apreciación de los hechos del litigio o la causa. Pero no es infrecuente que los diferentes Tribunales que han intervenido en el caso mantengan discrepancias sobre los hechos del caso, de mayor o menor calado. En esa situación, el Tribunal Constitucional acepta los hechos tal y como han sido declarados probados por el Tribunal judicial superior. Pero en los procesos, nada raros, en que el desacuerdo del Tribunal superior no ha dado lugar a una revisión formal de los hechos que el Tribunal de instancia o de grado inferior de recurso declaró probados, el margen de apreciación del Tribunal de amparo se ve ampliado considerablemente.

El Tribunal Constitucional, en la misma providencia que admite a trámite el recurso de amparo, reclama el testimonio de las actuaciones desarrolladas ante el Tribunal en el proceso judicial previo (art. 51.1 LOTC). Si son varios los Tribunales que se han pronunciado, el Constitucional resuelve el amparo teniendo ante su vista las actuaciones de todos ellos. Ello ocurre en todos los recursos de amparo admitidos a trámite, más o menos el 3 por 100 de los recursos registrados ante el Tribunal Constitucional (los datos del año 2007, quizá poco representativos por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, fueron 261 amparos admitidos a trámite y 10.970 inadmitidos, por ende el índice de admisión fue de un 2,32 por ciento).

Es importante subrayar que los legajos que obran en los procesos de amparo no se limitan a las actuaciones judiciales: también se reclaman y se examinan los atestados policiales, los expedientes administrativos y penitenciarios y cualquier otra documentación relevante para juzgar sobre la alegada vulneración de derechos fundamentales.

La práctica del Tribunal lleva a obtener el testimonio de las actuaciones judiciales y administrativas, en vez de los originales (a ambas posibilidades está abierto el texto del art. 51.1 *in fine* LOTC). No obstante, si el examen de los legajos originales se considera pertinente, el Tribunal los reclama, incluso en la fase probatoria (como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia *Rosa Vieitez contra Colegio de Farmacéuticos*, STC 93/1992, de 11 de junio).

En ocasiones, el Tribunal reclama que un órgano judicial certifique determinados extremos antes de resolver sobre la admisión del recurso: por ejemplo, la fecha de notificación de la última resolución recaída, la de presentación de un escrito o el texto de una resolución interlocutoria. Pero normalmente el Tribunal decide sobre la admisibilidad a partir de la documentación que el actor tiene la carga de aportar junto con su demanda (art. 49.2 LOTC). Una vez acordada la admisión, sin embargo, la ley es tajante: las actuaciones judiciales deben ser requeridas y recibidas, y deben ser puestas a disposición de las partes y el Fiscal en el trámite de alegaciones antes de que se delibere y vote sobre el recurso (arts. 51 y 52.1 LOTC).

Es en ese momento cuando cualquiera de las partes puede solicitar que se practique prueba en el mismo proceso constitucional. No es preciso insistir en que, una vez admitido a trámite el recurso de amparo, quienes hayan tomado parte en el proceso judicial previo deben ser emplazados y pueden comparecer ante el Tribunal (art. 51.2 *in fine* LOTC). Obviamente, los Tribunales cuyas resoluciones son impugnadas en amparo nunca son parte en el proceso constitucional.

Corresponde al Tribunal Constitucional decidir si es necesario practicar prueba para juzgar sobre la vulneración de los derechos fundamentales alegada en el recurso. Como indiqué antes, rara vez es aceptada prueba en sede constitucional: las partes no suelen solicitarla; y, cuando lo hacen, solo en circunstancias excepcionales la admite el Tribunal, salvo la recepción de los documentos que aporten

las partes, con escaso peso probatorio en la práctica.

A la hora de describir cómo el Tribunal de amparo decide las cuestiones de hecho, conviene distinguir dos tipos: los hechos del caso (el delito cometido, el contrato en litigio, las palabras pronunciadas por los interesados, etc.), que podemos denominar los hechos sustantivos; y los actos realizados por las partes, o por los órganos judiciales, en los procesos previos al amparo constitucional, los hechos procesales.

C) HECHOS PROCESALES

Qué han hecho las autoridades judiciales suele ser relevante cuando se demanda la observancia de las garantías constitucionales del proceso (condensadas en los dos apartados del art. 24 CE). Aunque también los derechos fundamentales asociados a la idea de juicio justo y, más genéricamente, a la equidad de los procedimientos son esenciales para diversas libertades y derechos sustantivos: la libertad personal, enunciada en el art. 17 CE, ofrece un ejemplo sobresaliente; también la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (apartados 2 y 3 del art. 18 CE). Los hechos procesales se refieren a preguntas como éstas: ¿Fue registrado el recurso dentro de plazo? ¿El poder para pleitos presentado al Tribunal de instancia era suficiente para representar al justiciable? ¿Cuál fue la motivación que justificaba la intervención telefónica o la prisión provisional del reo? (Para las distintas cuestiones pueden leerse, por espigar algunas de las muchas sentencias dedicadas a estos temas, las SSTC 167/1999, de 27 de septiembre; 170/2000, de 26 de junio; 82/2002, de 22 de abril, y 128/1995, de 26 de julio).

Los hechos procesales son determinados normalmente leyendo las actuaciones judiciales: en ellas consta, bajo la fe del Secretario judicial, todas las alegaciones y documentos aportados por las partes y todas las decisiones adoptadas por los distintos Tribunales. Sólo en contadas ocasiones el Tribunal Constitucional se pone a dilucidar los hechos de carácter pro-

cesal y aun entonces, su indagación suele ser muy limitada.

Cualquier contradicción entre los hechos procesales declarados por los Tribunales en sus resoluciones y los hechos desvelados por los autos judiciales será resuelta atendiendo a lo que muestran estas últimas. La ley española es inequívoca en este punto: los legajos del proceso, desarrollados por los Secretarios judiciales y bajo su custodia, gozan de la fe pública (art. 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre; antes, art. 281 LOPJ). La inadmisión de una apelación ofrece un ejemplo prototípico: la Audiencia Provincial puede que declare que la presentación del escrito de recurso fue tardía y, por ende, acuerde inadmitir la impugnación del fallo de instancia; pero, si las actuaciones desvelan que el órgano judicial incurrió en error, atendiendo a los sellos y certificaciones obrantes en ellas, el Tribunal Constitucional fallará a favor del demandante de amparo (v.gr. SSTC 162/1995, de 7 de noviembre; 165/2003, de 29 de septiembre).

La constancia de los hechos por parte de los Secretarios judiciales en los autos del proceso es definitiva, tanto para los Tribunales como para los justiciables. La alegación de que las actuaciones son falsas o erróneas están abocadas al fracaso: solo mediante querrela contra los funcionarios de la Secretaría de Justicia es posible rectificar los autos (SSTC 155/1989, de 5 de octubre; 37/1990, de 1 de marzo). Una demanda de amparo relativa a hechos procesales nunca puede ser ganada en contradicción con los autos judiciales.

Tampoco tiene sentido hacer afirmaciones fácticas en la demanda de amparo que luego, leyendo las actuaciones judiciales, resultan ser falsas: el engaño es siempre desvelado antes de dictar sentencia; además, todo demandante que miente al narrar los hechos de su pretensión ante el Tribunal Constitucional puede ser sancionado con multa y con la imposición de las costas procesales (art. 95 LOTC; por ejemplo, SSTC 103/1987, de 17 de junio; 16/1990, de 1 de febrero).

Solo en contados supuestos ha acordado el Tribunal que se practique prueba en el proceso de amparo. Cuando un órgano judicial no ha emplazado a los demandados en un litigio, o incluso a terceros identificados en el contencioso cuyos derechos o intereses legítimos pueden verse perjudicados por el fallo que se dicte, se vulnera el derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE); salvo que exista prueba de que el justiciable que no fue emplazado indebidamente, a pesar de todo, conoció la existencia del pleito en tiempo útil para defenderse por medios extraprocerales pero no compareció debido a negligencia o mala fe. Cuando se alega esta excepción en términos razonables, el Tribunal de amparo puede oír testimonio u otras pruebas solicitadas por las partes en la medida necesaria para aclarar los hechos (como muestran las SSTC 197/1997, de 24 de noviembre, y 176/2005, de 4 de julio).

Se trata de una excepción a la regla general: el Tribunal Constitucional español determina los hechos procesales determinantes del recurso de amparo atendiendo a los hechos que constan en los autos que documentan los procesos sustanciados ante los Juzgados y las Salas de recurso que resolvieron el caso antes de que el amparo fuera admitido a trámite. No sé si esta conducta es adecuada para el ejercicio de una “jurisdicción constitucional”. Sin duda, encaja perfectamente con el ejercicio de la jurisdicción en grado de recurso.

D) HECHOS SUSTANTIVOS

Cuando el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1978 debe enjuiciar el fondo de un recurso de amparo, ha de revisar los hechos: el alto Tribunal hace su propia valoración de los hechos declarados por los Tribunales judiciales en la fase previa, a la luz de los derechos fundamentales relevantes. Así lo viene declarando desde la Sentencia *Justo de las Cuevas* (STC 46/1982, de 12 de julio, f.º 1, precisado por el ATC 551/1985, de 24 de julio) y lo viene haciendo desde su primera re-

solución (STC 1/1981, de 26 de enero; ATC 1/1980, de 11 de agosto).

En muchas demandas de amparo los hechos no son controvertidos. Un ejemplo obvio lo ofrece el caso típico de libertad de expresión: el artículo ha quedado impreso en el periódico o la noticia fue emitida en un programa cuya grabación se conserva; son conocidas la identidad del autor y del editor; y la única cuestión que debe ser resuelta para fallar el proceso consiste en analizar el contenido del artículo o la noticia a la luz de los distintos derechos enfrentados (por ejemplo STC 185/2002, de 14 de octubre).

En muchas otras demandas de amparo, sin embargo, los hechos son discutidos. El Tribunal Constitucional ha desarrollado varias líneas de actuación para afrontar los debates fácticos en los procesos de amparo:

1) La primera es desarrollar con vigor el deber que tienen las autoridades públicas de motivar las razones de sus decisiones. Para decidir si un derecho fundamental ha sido respetado o infringido, son esenciales los hechos que eran conocidos en el momento en que se tomó la decisión oficial: y la mejor manera de averiguarlos consiste en exigir que sean ofrecidos como justificación de la medida en el momento mismo en que es adoptada. No luego, claro: es tan fácil maquillar un procedimiento una vez ocurridos los hechos.

Este es el caso con la intervención de las comunicaciones: la autorización judicial para que la policía escuche y grave conversaciones telefónicas privadas debe ofrecer, de manera explícita o al menos por remisión al oficio policial, hechos que sustentan un indicio razonable de que se puede descubrir la comisión de un delito grave (art. 18.3 CE; SSTC 49/1999, de 5 de abril; 171/1999, de 27 de septiembre). Otro sector importante es el de la prisión provisional: la vulneración o el respeto de la libertad personal pende de los hechos puestos de manifiesto en el Auto judicial que acuerda la medida o, en su caso, en los que la confirman: si la resolución judicial no declara ningún hecho que dé apoyo a la sospecha de riesgo de

fuga del acusado, o bien de manipulación de pruebas o de reiteración delictiva, cuando la ley prevé estos supuestos, entonces la prisión provisional mientras se encuentra pendiente el juicio es inconstitucional (art. 17 CE; SSTC 66/1997, de 7 de abril; 47/2000, de 17 de febrero). Desde luego, los hechos afirmados por el Auto de prisión provisional deben encontrar apoyo en los autos judiciales; pero esto forma parte de un segundo y ulterior nivel de análisis constitucional.

2) La regla de que solo se puede condenar penalmente con apoyo en prueba de cargo lícita, ofrecida en un juicio público y con contradicción, forma el núcleo de los derechos fundamentales que rigen el proceso penal: en particular los derechos a la presunción de inocencia y a un juicio público y con todas las garantías (art. 24.2 CE; ver las SSTC 31/1981, de 28 de julio; 91/2000, de 30 de marzo; y 167/2002, de 18 de septiembre). La jurisprudencia constitucional no se limita a exigir de los Tribunales penales la declaración de hechos probados que requiere la legislación de enjuiciamiento criminal (art. 851.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim); también les impone el deber de razonar a partir de la prueba practicada en el juicio: en relación con la prueba de indicios desde 1985 (SSTC 174/1985 y 175/1985, de 17 de diciembre); respecto a las pruebas que el acusado alega que es ilícita desde 1984 (STC 114/1984, de 29 de noviembre); y respecto a todos los veredictos penales, que deben alcanzar el umbral de “más allá de toda duda razonable” para declarar la culpabilidad del reo e imponerle la correspondiente pena, desde 1998 (STC 81/1998, de 2 de abril). La ausencia de motivación de la sentencia penal equivale a la falta de prueba de cargo y, por ende, los hechos aseverados por la acusación no pueden sostenerse a la luz de la Constitución.

3) Otro ámbito lo ofrecen aquellos casos en que los desacuerdos sobre los hechos son vitales para enjuiciar los recursos de amparo que versan sobre libertades y derechos sustantivos. En este ámbito, el Tribunal Constitucional se ve inevitablemente llevado a calificar los he-

chos sustantivos del caso: en estos supuestos, la distinción entre hecho y derechos es metafísica, no jurídica.

Se pueden traer a colación dos tipos de ejemplos distintos.

En el campo de la igualdad ante la ley (art. 14 CE), la jurisprudencia constitucional ha desarrollado la idea de que está prohibida la discriminación indirecta de las mujeres. Al solventar recursos de amparo en esta materia, el Tribunal Constitucional ha llegado a admitir pruebas estadísticas: no estudios estadísticos aportados con la demanda de amparo, sino los que habían sido incorporados a los autos del litigio social o contencioso-administrativo previo. Es razonable que los funcionarios interinos carezcan del derecho a permisos temporales. Pero cuando la prueba practicada muestra que la Administración demandada cubre un elevado porcentaje de puestos mediante el mecanismo, teóricamente excepcional, de la interinidad; y que la mayoría de los puestos de este carácter se encuentra cubierta por mujeres; entonces, la conclusión que se alcanza es que la denegación de un permiso por razón de maternidad constituye, en la realidad, una discriminación por razón del sexo, aunque sea indirecta, y está prohibida por la Constitución (STC 240/1999, de 20 de diciembre, con una amplia estela jurisprudencial).

Otro ejemplo significativo lo ofrece la Sentencia que declaró inconstitucional una reforma de la legislación de seguridad social que limitaba el acceso a prestaciones por parte de los trabajadores a tiempo parcial: los estudios estadísticos mostraban que la gran mayoría de estos empleos es ocupada por mujeres, por lo que las nuevas reglas sobre el cómputo de cotizaciones sociales constituía una discriminación indirecta (STC 253/2004, de 22 de diciembre, dictada en un proceso abstracto de constitucionalidad).

La libertad religiosa (art. 16 CE) en el espinoso contexto de los pleitos sobre guarda y custodia de menores ofrece otro claro ejemplo de enjuiciamiento de amparo constitucional orientado por la valoración de los hechos del

caso. En el asunto *Carrasco* (STC 141/2000, de 29 de mayo), los Tribunales civiles habían decretado la separación de un matrimonio: ambos padres recibieron la custodia compartida sobre sus hijos menores, que se quedaron a vivir con su madre. El Juzgado había otorgado al padre el régimen de visitas habitual: fines de semana alternos y la mitad de las vacaciones. Sin embargo, la Audiencia Provincial redujo drásticamente esos derechos de visita: solamente los fines de semana y con prohibición de pernocta. La razón fue el temor a que el padre, miembro de un grupo cristiano minoritario, pudiera dañar a sus hijos. El Tribunal de apelación basó su juicio en un informe psico-social que había sido aportado a los autos del juicio en la primera instancia.

El Tribunal Constitucional juzgó que esa restricción tan drástica en los derechos de visita del padre vulneraba su libertad religiosa. Su Sentencia declaró que la finalidad de la restricción impuesta a la libertad fundamental era legítima: proteger a niños del proselitismo. Pero su alcance era desproporcionado, porque los estrictos términos impuestos por el Tribunal de apelación no se apoyaban en hechos probados: ya el Juzgado había prohibido al padre que implicase a sus hijos menores en actividades de su iglesia; prohibición que éste había aceptado y no se encontraba en discusión; y no había prueba alguna en las actuaciones judiciales que mostrase que esa prohibición había sido quebrantada o, siquiera, que existiera un riesgo de que fuera a serlo. Luego los nuevos límites impuestos por la Audiencia, sin nuevas pruebas, eran excesivos y, por ende, en violación del derecho fundamental.

Parece obvio que la valoración de los hechos sustantivos del caso se encuentra en la médula de esta sentencia constitucional. Podrían ofrecerse otros muchos ejemplos. La hipótesis que todos ellos hacen aflorar es indudable: en los recursos de amparo, el Tribunal Constitucional juzga los hechos del caso. Los derechos humanos declarados en amplios términos por el texto de la Constitución deben ser aplicados caso por caso, a seres humanos singulares en circunstancias siempre diversas. El Tribunal de

amparo debe aplicar el Derecho de la Constitución a los hechos declarados por las resoluciones judiciales con apoyo en las pruebas y otros elementos de hecho documentados en las actuaciones judiciales. La necesidad de revisar los hechos declarados por los Tribunales especializados en los distintos órdenes jurisdiccionales es inevitable; y, para hacerlo correctamente, en determinados casos el Tribunal de amparo debe valorar las pruebas practicadas ante los otros Tribunales, y que obran en los autos que su Ley Orgánica le exige que tenga siempre ante su vista, para cumplir adecuadamente su función de amparar los derechos fundamentales.

3. EL RECURSO DE AMPARO Y EL DERECHO

A) LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES

En el plano de las normas, por encima (o por debajo) de los hechos, la jurisdicción de los Tribunales constitucionales viene definida por un axioma: la división que separa la Constitución y la “legislación ordinaria”. La Constitución es el reino del Tribunal constitucional; las restantes leyes, reglamentos y otras fuentes del Derecho son el reino de los “Tribunales ordinarios”.

Existen cientos de sentencias del Tribunal Constitucional español declarando que las cuestiones suscitadas por las partes en recursos de amparo son “de legalidad ordinaria” y, por ende, ajenas a la jurisdicción constitucional. Corresponde a los Tribunales del Poder Judicial, encabezados por el Tribunal Supremo, interpretar y aplicar la legalidad infraconstitucional. Salvo que sea detectada una vulneración de la Constitución misma, el Tribunal de amparo no tiene nada que decir sobre las cuestiones de “mera legalidad”.

El problema es que la delimitación entre la Constitución y las restantes disposiciones legales que forman la constelación de normas de nuestro sistema jurídico es difícil de trazar hoy en día. No lo era tanto en la Europa del siglo

XIX: los documentos denominados Constitución no tenían fuerza de ley sino, simplemente, de documentos políticos: solo las leyes aprobadas por los Parlamentos y los reglamentos adoptados por los Gobiernos u otras autoridades del Ejecutivo eran vinculantes en el plano jurídico. Pero el advenimiento de Constituciones normativas, a partir de 1945, ha alterado la situación.

En la actualidad, los textos constitucionales no se limitan a ser declaraciones programáticas: contienen normas jurídicas con plena vigencia y fuerza de ley. Todas las autoridades públicas de los Estados europeos deben cumplir su respectiva Constitución (“guardarla y hacerla guardar”, en la expresiva fórmula que emplea la nuestra en su esencial párrafo de promulgación). Muy especialmente, todos los poderes públicos deben respetar los derechos y las libertades fundamentales que todas las Constituciones de la posguerra mundial detallan con un esmero en el que reverberan ecos de Auschwitz y del Gulag, ajenos y propios de cada país.

Y todos los Tribunales europeos deben juzgar de conformidad con las normas constitucionales, que crean derechos que los Tribunales deben guardar y hacer guardar en todos y cada uno de los litigios y causas que juzgan.

La Constitución y las leyes se entremezclan en la práctica del Derecho en todos los países europeos. La norma que rige cualquier situación fáctica está formada simultáneamente por normas constitucionales y legales: cuando un ciudadano, o quizá su abogado, promueve una cuestión acerca del respeto a sus derechos y libertades constitucionales, la interpretación y aplicación de la “legislación ordinaria” no puede ser separada de la interpretación y aplicación de la Constitución. Sus normas deben ser respetadas siempre y en toda circunstancia.

La jurisprudencia española muestra numerosos ejemplos de esta mezcla de las fuentes normativas en los ordenamientos actuales. Es posible fijar nuestra atención en uno que interesa por igual a todos los europeos: el Derecho comunitario, que ofrece ahora una ley común a quienes vivimos en la Unión Europea.

B) EL EJEMPLO DEL DERECHO COMUNITARIO

A partir de dos Sentencias de principio, pronunciadas en 1991, el Tribunal Constitucional ha expresado con claridad que el Derecho comunitario no es Derecho constitucional: por consiguiente, las vulneraciones de las normas europeas no pueden ser corregidas en sede de amparo constitucional (STC *circunscripción europea*, 28/1991, de 14 de febrero, y *Apesco*, 64/1991, de 22 de marzo; esta última resolvió un amparo; la primera había sido dictada en un recurso de inconstitucionalidad).

El Derecho comunitario tiene su propio sistema de garantías, aseguradas por los Tribunales nacionales bajo la supervisión uniforme del Tribunal de Justicia sito en Luxemburgo. El Tribunal Constitucional ha llegado al extremo de aceptar explícitamente que los restantes Tribunales españoles pueden ejercer la potestad, de raíz comunitaria, de inaplicar todas las disposiciones legales contrarias al Derecho comunitario; y de hacerlo por su propia autoridad y sin pedir la intervención del Tribunal Constitucional mismo, lo que en principio les está vedado terminantemente (STC 23/1988, de 22 de febrero). Las Sentencias constitucionales de 1991 mencionaron expresamente la capital Sentencia *Simmenthal II* (1978) del Tribunal de Justicia, que alumbró esa osada teoría. Y en la Declaración *tratado constitucional europeo* (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), el alto Tribunal español reafirmó este compromiso como *ratio decidendi* (como subrayaron los Votos particulares): el Reino de España podía ratificar el Tratado que instituía una Constitución para Europa, a pesar de que uno de sus nonnatos preceptos declaraba expresamente la primacía del Derecho comunitario sobre la legislación nacional.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional considera el Derecho comunitario como “legislación ordinaria”: su interpretación queda confiada a los Tribunales comunitarios y a los restantes Tribunales españoles, de tal forma que su aplicación queda fuera del ámbito de la jurisdicción constitucional.

Esta tajante divisoria no resulta tan nítida en el momento de enjuiciar recursos de amparo individuales sobre hechos reales. Se puede ofrecer un ejemplo llamativo, aunque hay más: los nacionales de Marruecos disfrutaban en España de prestaciones de desempleo, otorgadas como derecho constitucional, debido al cumplimiento de una norma comunitaria cuya aplicación fue asegurada en una Sentencia pronunciada por el propio Tribunal Constitucional: *Antar Ahmed* (STC 130/1995, de 11 de septiembre).

El fundamento textual de ese derecho es el derecho a la igualdad ante la ley. La dicción literal del artículo 14 de la Constitución española otorga el derecho a la igualdad solamente a los españoles: los extranjeros no pueden exigir que las leyes españolas les traten en igualdad de condiciones con los nacionales (aunque la doctrina jurisprudencial es muy matizada, a partir de la STC *Leyes Rosano*, 107/1984, de 23 de noviembre). Por lo que la demanda presentada ante el Tribunal Constitucional por un trabajador marroquí, que había perdido su empleo, y a quien la Seguridad Social había denegado prestaciones económicas por desempleo, no parecía tener posibilidades de prosperar: los Tribunales sociales habían desestimado unánimemente su reclamación sin dudar.

A pesar de todo ello, el Tribunal otorgó amparo. La razón fue de puro Derecho comunitario: la entonces Comunidad Económica Europea había celebrado con el Reino de Marruecos un acuerdo internacional que reconocía a los trabajadores residentes en el territorio de la otra parte igualdad de derechos en materia de seguridad social. Esta legislación comunitaria activó la protección constitucional de la igualdad ante la ley.

Puede resultar de interés anotar que el derecho a la igualdad de la Constitución española no protege a los españoles de la “discriminación inversa” que, en ocasiones, provoca la aplicación del Derecho comunitario. La preferencia otorgada a una ciudadana europea, de acuerdo con las cuotas establecidas para cumplir con compromisos dirigidos a promover la libre circulación comunitaria de estudiantes,

que le permitió acceder a una escuela universitaria pretiriendo a una estudiante española con un mejor expediente, no puede ser revisada en sede de amparo constitucional (STC 78/1997, de 21 de abril; véase Francisco M. Caamaño Domínguez: “El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: El denominado “contraamparo””, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 47, 1996, 125-53).

C) OTROS SUPUESTOS

Se podrían traer a colación otros ejemplos, tanto en el ámbito del Derecho comunitario como en otras materias sometidas solamente a Derecho nacional (todavía quedan algunas, aunque en número cada vez menor, bien es cierto), sobre la interacción entre los derechos fundamentales declarados por la Constitución y la denominada “legislación ordinaria”. A pesar de señudas declaraciones en contrario, las normas infraconstitucionales surten importantes efectos en los razonamientos y en las soluciones adoptadas por el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo. Permítaseme mencionar algunos:

1) Un caso palmario lo ofrecen los derechos fundamentales desarrollados por Ley de Cortes Generales: ofrecen ejemplos inequívocos la libertad de religión; los derechos de asociación en general, en relación con la creación y funcionamiento de los partidos políticos y de sindicatos; o el derecho a la educación (respectivamente, arts. 16; 22, 6 y 28; y 27 CE, equivalentes a los arts. 9 y 11 del Convenio europeo de derechos humanos, así como el art. 2 de su primer Protocolo).

Cuando el Tribunal Constitucional ampara esos derechos, inevitablemente maneja y se apoya en los preceptos de esas leyes que los desarrollan. Así, ofrecen ejemplos especialmente ilustrativos la Sentencia sobre el registro oficial de entidades religiosas (STC *Iglesia de la Unificación*, 46/2001, de 15 de febrero) o los pronunciamientos sobre la libertad de autoorganización de las asociaciones (STC *Círculo Mercantil*, 218/1988, de 22 de noviem-

bre). En el ámbito de la libertad sindical, la jurisprudencia ha acuñado la doctrina de las “facultades adicionales” que la Ley orgánica de libertad sindical ha otorgado a los ciudadanos cuando desarrollan organizaciones y actividades sindicales, otorgándoles plena protección constitucional aun cuando su contenido no se deduzca del texto constitucional (SSTC 9/1988, de 25 de enero; 132/2000, de 16 de mayo).

2) Algunos derechos fundamentales consisten, en todo o en parte, en reservas de ley: las privaciones de libertad solo pueden ser realizadas en los casos y con las formas previstas por la ley (art. 17 CE); solo se pueden castigar delitos, faltas o infracciones administrativas previstas por la ley (art. 25.1 CE).

Por lo tanto, los recursos de amparo que invocan estos derechos sólo pueden ser decididos por el Tribunal Constitucional tras leer la legislación relevante, que ofrece fundamento legal a las medidas de las autoridades públicas impugnadas ante la jurisdicción constitucional. Por seguir con los ejemplos anteriores, los acuerdos de privar a un ciudadano de su libertad personal (SSTC 28/1985, de 17 de marzo, o 41/1996, de 12 de marzo, sobre límites temporales a la prisión provisional; STC 129/1999, de 1 de julio, sobre internamiento por razones psíquicas; STC 53/2002, de 27 de febrero, sobre permanencia en frontera de quienes solicitan asilo) o de imponerle una condena penal (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre; 118/1992, de 16 de septiembre). Es más, llegado el caso, el Tribunal deberá controlar si las leyes vigentes establecen las reglas necesarias para cumplir la reserva constitucional de ley, que no se ve satisfecha simplemente con una habilitación legal a determinadas autoridades, judiciales o administrativas, sino que exige que la norma con rango de ley establezca los límites y las garantías de las inmisiones gubernamentales en la libertad de los ciudadanos. Y si la ley en vigor no cumple con los mínimos propios de la reserva de ley, deberá ser cuestionada, como lo fue la legislación reguladora de la tremenda potestad de enviar a una persona a prisión provisional, mientras se prepara y se ce-

lebra juicio oral sobre el delito del que ha sido acusado (cuestión interna sobre la regulación legal de la prisión provisional: STC 47/2000, de 17 de febrero). Aunque, en este punto, es preciso anotar que la jurisprudencia cuida con esmero las reservas expresas, como las mencionadas (arts. 17.1 y 25.1 CE). Pero mantiene una actitud complaciente con el legislador en lo relativo a la cláusula general de reserva de ley (art. 53.1 CE), quizá por la atención prestada a la reserva de ley orgánica (art. 81 CE), cuyo crecimiento desmesurado, a partir de una discutible interpretación de la reserva en el ámbito de la libertad personal, obliga a una poda constante; o quizá por la pervivencia de una actitud favorable a la continuidad del orden legal, y su adaptación mediante la interpretación de leyes poco detalladas, que pudo tener justificación en los primeros años de vigencia de la Constitución pero que hoy, treinta años después, convendría revisar (véase, por ejemplo, los problemas en materia de intervención de las comunicaciones: STC Pleno 184/2003, de 23 de octubre, y STC *Pizarro Dual*, 26/2006, de 30 de enero).

3) Los derechos fundamentales de participación requieren leyes que dispongan procedimientos para ejercerlos e instituciones donde los ciudadanos puedan ser representados: los recursos de amparo electoral no pueden ser decididos sin una lectura detenida de la legislación electoral, ya sea para las elecciones generales, para las autonómicas o para las locales o, incluso, para las elecciones al Parlamento Europeo (como muestra la STC 36/2003, de 25 de febrero). Que la interpretación y aplicación de la Ley orgánica electoral general es determinante de la concesión o denegación del amparo lo muestra una lectura de la primera sentencia dictada en la materia, en la circunscripción de Murcia (STC 24/1990, de 15 de febrero), o de las más recientes, como las sentencias que declaran que la prohibición de alteraciones en las papeletas de voto que establece la ley debe ser aplicada con rigor (a partir de la STC 167/2007, de 18 de julio).

4) Finalmente, no deben dejar de mencionarse los derechos que implican recibir ser-

vicios o prestaciones públicos que, con toda evidencia, necesitan que los Estados legislen y actúen. Algunos aspectos del derecho a la educación (art. 27 CE) son de este tipo: sin ir más lejos, la previsión de que la educación obligatoria será gratuita.

También son derechos prestacionales todos los derechos fundamentales asociados al proceso justo o equitativo y a la tutela judicial efectiva (apartados 2 y 1 del art. 24 CE): las garantías constitucionales del proceso precisan, para su efectividad, nada menos que todo el conjunto de leyes que crean los Tribunales de Justicia y rigen sus potestades y los procedimientos que encauzan su ejercicio. Las numerosas sentencias constitucionales que amparan los derechos del artículo 24 de la Constitución manejan con naturalidad los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las leyes de enjuiciamiento de los distintos órdenes jurisdiccionales, en términos muchas veces decisivos para apreciar si se produjo en el caso vulneración del derecho fundamental concernido y, por ende, para otorgar o denegar el amparo.

D) JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA O GENERALISTA (ART. 1 LOTC)

Sin embargo, las reflexiones anteriores acerca de la interacción que realmente existe entre la jurisdicción constitucional que ampara derechos fundamentales y las leyes que desarrollan o pautan y limitan el ejercicio de esos derechos, son incompletas: falta examinar el otro lado de la moneda. Es preciso ser conscientes que el Derecho español exige a todos los jueces, y no solamente a los que se sientan en el Tribunal Constitucional, que interpreten y apliquen la Constitución. Este deber ha sido introducido por la Constitución de 1978 y ha sido analizado en sede teórica. Pero todavía no ha desplegado sus consecuencias lógicas en nuestro sistema jurídico.

Todos los Tribunales de Justicia deben, en primer lugar, interpretar la ley de conformidad con la Constitución. Este deber fue declarado tempranamente por el Tribunal Constitucional en sus importantes Sentencias *estatuto de*

centros escolares (STC 5/1981, de 13 de febrero) y *Linares Mota II* (STC 34/1981, de 10 de noviembre). Ahora lo proclama con rotundidad la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales ... Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional” (art. 5, apartados 1 y 3, LOPJ). El precepto legal, por cierto, deja claro que la interpretación judicial debe seguir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “todos los Jueces y Tribunales ... interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1 LOPJ).

Y, en segundo lugar, los Tribunales judiciales deben negar aplicación a las leyes contrarias a la Constitución. El ejercicio de ese deber ha sido encauzado a través del mecanismo de las cuestiones de inconstitucionalidad, de tal manera que los Tribunales deben deferir al Constitucional el juicio y la declaración de que una ley vulnera la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, atendiendo al tenor del art. 35 LOTC y 5.2 LOPJ). Pero esa limitación de su ejercicio no niega lo principal: todos los Juzgados y las Salas de justicia, cuando enjuician litigios civiles, sociales o contencioso-administrativos o causas penales o militares, deben interpretar la Constitución junto con las leyes. Y si detectan alguna contradicción, deben dar aplicación preferente al texto constitucional.

Dicho en otras palabras: la “jurisdicción ordinaria” solo puede ejercerse interpretando y aplicando constantemente la Constitución. Esta perogrullada nos obliga a darnos de bruces con una idea importante: no se puede definir con rigor la jurisdicción constitucional de amparo sin tomar nota de la redefinición de la

potestad judicial que conlleva la vigencia de la Constitución como norma jurídica.

La noción de una “jurisdicción ordinaria”, distinta de la jurisdicción constitucional, se sustenta en un sistema jurídico preconstitucional. Los Tribunales de Justicia ya no se dedican solamente a la interpretación y aplicación de leyes y reglamentos. Deben leer la Constitución en todos los casos que enjuician y darle aplicación en causas penales, en litigios civiles y sociales y en contencioso-administrativos. Deben asegurar que la “legislación ordinaria” es conforme con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio). Aún más, cuando deducen el significado de los preceptos legales, los Tribunales deben elegir la interpretación que es más favorable para la efectividad de las normas constitucionales (SSTC 43/1986, de 15 de abril, y 254/1993, de 20 de julio).

Dicho de otra forma: todos los Tribunales de Justicia se dedican a la interpretación constitucional. Y esa interpretación judicial de la Constitución está sujeta a la revisión que ejerce el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

No es impertinente traer a colación que el Tribunal Constitucional de la República Checa, en su primera e impresionante Sentencia, que enjuició la ley que negó legitimidad al Estado comunista que había gobernado el país entre 1948 y 1989, declaró que “el Derecho checo no se sustenta en la soberanía de las leyes” (Sentencia de 21 de diciembre de 1993).

Una Constitución que es norma plena, con fuerza jurídica vinculante, cambia la esencia del trabajo de los jueces. En la medida en que la tarea judicial implica interpretar la Constitución, la jurisdicción de todos los Tribunales de Justicia es “jurisdicción constitucional”. Y, en esa misma medida, su ejercicio queda sometido a la supervisión del Tribunal Constitucional en sede de amparo.

La cuestión de fondo que subyace a esta redefinición de la jurisdicción en un Estado constitucional de Derecho es, inevitablemente, la posición del Tribunal Supremo. Desde el momento mismo en que todos los Tribu-

nales se dedican a la interpretación constitucional cuando aplican las leyes y otras fuentes del Derecho, sus decisiones quedan sujetas a la revisión del Tribunal Constitucional. Así que ¿cuál es el papel que corresponde a un Tribunal Supremo en un sistema con Constitución vinculante?

Quizá la respuesta se encuentra en las instituciones mismas, antes que una separación teórica entre recursos en materia de “leyes ordinarias” y recursos sobre “normas constitucionales” o “derechos fundamentales”. Si uno observa con atención la actividad y las sentencias que producen los Tribunales supremos y constitucionales en los países europeos, se puede ver que los primeros son instituciones más grandes que los segundos y actúan a través de Salas o formaciones especializadas. En España, desde luego, el Tribunal Supremo está formado por casi cien magistrados; se organiza en cinco Salas, por cada uno de los órdenes jurisdiccionales establecidos por las leyes (civil, penal, contencioso-administrativo, social y militar); y dicta cerca de 15 mil sentencias y autos cada año, referidos a un amplio elenco de materias y de cuestiones de interés para el ordenamiento (basta asomarse a su página de Internet, en <http://www.poderjudicial.es>). En comparación, el Tribunal Constitucional es una institución pequeña y limitada: sólo lo forman doce magistrados; sus sentencias, que son pronunciadas por todos ellos en Pleno o en Salas de seis (salvo las meramente reiterativas de amparo, que la reforma de 2007 permite que sean dictadas por las Secciones, compuestas por tres magistrados), rara vez superan el número de 300 por año; y, lógicamente, todas ellas versan sobre derechos fundamentales y otras normas de la Constitución (como puede verse en su página *web*, <http://www.tribunal-constitucional.es>). La situación es similar en los restantes países europeos con tribunales constitucionales separados del supremo.

Una conclusión de todas estas observaciones podría ser que, contradiciendo la *communis opinio*, son los Tribunales judiciales quienes son los especialistas, Tribunal Supremo incluido. Por el contrario, el Tribunal constitucional

es una institución generalista. Al conocer de recursos de amparo, se dedica a juzgar todo tipo de casos: condenas penales, potestades de la policía para detener e investigar, conflictos familiares, litigios en materia de propiedad y derechos reales, incumplimientos de contrato, hipotecas, prestaciones de la seguridad social, prisión provisional, expropiaciones forzosas, etc. Y este vasto conjunto de casos son, siempre, enjuiciados desde un prisma muy abierto: el que ofrecen los preceptos, abstractos y generales, de la Constitución y, en particular, de su declaración de derechos y libertades.

Puede sostenerse que, a través del amparo, lo que se defiende no son “solamente” los derechos y libertades fundamentales. Estos constituyen el núcleo del sistema jurídico cimentado en la Constitución. Al asegurar su protección última y definitiva, revisando la interpretación y aplicación de las leyes efectuada por los órganos judiciales, lo que haría el Tribunal constitucional sería asegurar la unidad y la coherencia de la Constitución. Y, por extensión, del ordenamiento nacional en su conjunto, dado que las Constituciones son la clave de bóveda de los sistemas jurídicos establecidos en las naciones europeas después de 1945, como consecuencia de la segunda guerra mundial, en la década de 1970 y tras la caída del muro de Berlín en 1989.

Más aún en un sistema como el español, en que el Tribunal Supremo ya solo conoce del Derecho estatal, y los diecisiete ordenamientos autonómicos son competencia de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia.

La revisión de las sentencias judiciales, mediante el recurso de amparo, debe asegurar que la interpretación y aplicación reales de la “legislación ordinaria” sirve para proteger los derechos fundamentales, médula de los ordenamientos constitucionales. Una vez que ese requisito mínimo es cumplido, quedan otras muchas cosas por hacer: las interpretaciones de las leyes, efectuadas por los órganos judiciales respetando los derechos fundamentales, pueden ser más o menos adecuadas, dispares

o, lisa y llanamente incorrectas. Su revisión por parte de la jurisdicción especializada de las distintas Salas del Tribunal Supremo hace posible corregirla y orientarla para asegurar el mejor cumplimiento de los fines y preceptos del legislador democrático. Este Tribunal es, sin duda, supremo en la mayor parte del ordenamiento: en todas aquellas áreas en las que no existe jurisprudencia constitucional, que inevitablemente es la mayor parte del Derecho en cualquier país europeo.

Si estas observaciones fueran atinadas, podría alcanzarse una conclusión: no hay una distinción clara entre “recursos constitucionales”, presentados por los ciudadanos en petición de amparo de sus derechos fundamentales tras agotar la vía judicial, y “recursos de legalidad ordinaria” o de casación. Tanto los Tribunales constitucionales como los Tribunales supremos que existen en los países europeos revisan la interpretación de las leyes efectuada por los Tribunales inferiores al decidir litigios y causas. Es cierto que la revisión constitucional en sede de amparo es mucho más limitada, tanto cuantitativa como cualitativamente. Pero en el momento en que un derecho fundamental es relevante para la interpretación de disposiciones legales y reglamentarias de cualquier rango, la interpretación aceptada por la sentencia constitucional es prevalente. Esta preferencia, no obstante, se impone en un número muy limitado de casos. En todos los demás ámbitos, la jurisprudencia de los Tribunales supremos ofrece la interpretación más autorizada de las leyes: no solamente de la “legislación ordinaria”, sino también de la Constitución misma.

4. EL PROBLEMA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE AMPARO

Solo unas breves reflexiones sobre este aspecto esencial de la jurisdicción de los Tribunales constitucionales cuando conocen de recursos de amparo.

A) LA IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS VULNERADOS

Toda la actividad que despliegan los Tribunales constitucionales en los procesos de protección de derechos fundamentales sirven, al fin y al cabo, a ese objetivo: amparar los derechos y libertades de los ciudadanos, núcleo de la Constitución. Que las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial hayan creado Tribunales que deben asegurar el amparo de los derechos fundamentales no es casualidad; que las Constituciones nacidas de los escombros del muro de Berlín hayan seguido este modelo, tampoco.

Los Tribunales constitucionales con jurisdicción de amparo se juegan su legitimidad en el desempeño de esta misión: amparando con eficacia los derechos constitucionales de los ciudadanos.

Esa protección de los derechos fundamentales la cumplen en todos los procesos: en el control abstracto de leyes, ya sea por vía de recurso o de cuestión relativas a leyes contrarias al contenido esencial de las libertades; en los conflictos entre poderes públicos, que nunca pueden dejar pasar la existencia de una vulneración de derechos (como muestra elocuentemente la Sentencia *depósito legal de libros*, STC 52/1983, de 17 de junio); y, por supuesto, en el amparo constitucional.

El problema en este punto es que los mitos derivados de una lectura simplista del modelo kelseniano, con su concomitante cesura entre la “jurisdicción ordinaria” de los Tribunales judiciales y la “jurisdicción constitucional” en manos del Tribunal constitucional, produce numerosas disfunciones a la hora de reparar las vulneraciones de derechos fundamentales que realmente se han producido y debilita, consiguientemente, el amparo que todos los Tribunales deberían asegurar.

La reparación de las vulneraciones de derechos es una parte esencial del trabajo realizado por los Tribunales constitucionales. Podría afirmarse que la mitad de la tarea de juzgar recursos de amparo consiste en determinar si,

en las circunstancias del caso concreto, los derechos y libertades del ciudadano han sido respetados o, por el contrario, quebrantados. La otra mitad del trabajo consiste en resolver qué debe hacerse para restablecer o compensar los derechos constitucionales que fueron vulnerados. Al fin y al cabo, no conviene olvidar que es el amparo de los derechos fundamentales la razón de ser del recurso “de amparo”.

El énfasis que suele ponerse en la interpretación de la Constitución tiende a oscurecer esta idea esencial. La experiencia del Tribunal Constitucional español ofrece un buen ejemplo.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 atribuyó al Tribunal unas amplias potestades para reparar las violaciones de derechos fundamentales que hubiera advertido al juzgar recursos de amparo. Su artículo 55 es un buen precepto; y la única reforma que ha sufrido, en 2007, lo ha empeorado considerablemente en el punto crítico del control de la ley con ocasión de la protección de derechos fundamentales.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional está dedicada casi en su integridad a definir el contenido de los derechos fundamentales y las técnicas interpretativas que deben ser seguidas para ponderar los derechos que colisionan en determinadas situaciones. Esta jurisprudencia se apoya en la premisa implícita de que, una vez resuelto si existe o no vulneración del derecho en el caso concreto, su reparación brotará espontáneamente. Sólo de manera tangencial, típicamente en el último fundamento jurídico de la sentencia o, incluso, en un último y apresurado párrafo del último fundamento, se dedica alguna atención a las medidas de restablecimiento del orden constitucional vulnerado.

¿Ejemplos? Tan numerosos, que es difícil ofrecerlos. Quizá los casos en que luego han surgido problemas: *Alcalde de Soria I* (STC 104/1986, de 17 de julio, que dio lugar a la posterior STC 159/1987, de 26 de octubre); *sindicatos del Corte Inglés* (STC 74/1998, de 31 de marzo, y ATC 151/2001, de 13 de junio); *Isabel Preysler I* (STC 115/2000, de 10 de mayo,

fj último, y posterior STC 186/2001, de 19 de septiembre). O el guadiana de la declaración de firmeza de la sentencia del Juzgado, cuando se anula en amparo la sentencia de apelación o suplicación que había revocado aquélla (es revelador el contraste de la STC 300/2006, de 23 de octubre, fj 6, con la 186/2001 citada; o las SSTC 17/2003, de 30 de enero, 171/2005, de 20 de junio, 198/1992, de 19 de noviembre).

Una de las razones que explican esta situación es la idea de que la “jurisdicción constitucional” se ve seriamente limitada en materia de reparación de derechos: corresponde a los “Tribunales ordinarios” la adopción de todas las medidas necesarias para restablecer y compensar las vulneraciones de derechos fundamentales que la sentencia constitucional haya podido declarar.

Generalmente, por consiguiente, el Tribunal Constitucional declara nulos los actos que infringen derechos o libertades fundamentales. Es relevante advertir que el Tribunal no revoca fallos de otros Tribunales, como sí hacen el Tribunal Supremo y otros Tribunales que conocen de litigios o causas en grado de recurso; el Tribunal Constitucional se limita a anularlos. No forma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial y, por ende, no tiene relación jerárquica con ningún Tribunal de Justicia: ninguno es inferior a él ni, por consiguiente, estaría justificada la revocación de sus fallos. Solamente su anulación; y solamente por vulneración de un derecho fundamental; y solamente en la medida adecuada para reparar la lesión.

B) NULDADES Y RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

La cuestión que inmediatamente se suscita es: ¿cuáles son los efectos de la nulidad de una resolución judicial decretada por una sentencia de amparo?

Lo más frecuente es que la declaración de nulidad de una sentencia judicial vaya acompañada con la nulidad del proceso mismo en que fue adoptada, ora expresamente ora implí-

citamente, al acordar la anulación de resoluciones de trámite esenciales. Por consiguiente, la anulación en amparo conlleva que los Tribunales judiciales deben juzgar al caso otra vez. Pero su nueva decisión debe respetar el derecho fundamental relevante, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en su sentencia.

Un ejemplo ilustrativo lo ofrece la segunda sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el caso de la entrega a Francia, para cumplir pena de prisión, de un reclamado hispano-francés (STC 37/2007, de 12 de febrero, que declara que la actuación de la Audiencia Nacional no se ajustó a la Sentencia 177/2006, de 5 de junio).

Normalmente, el fallo de amparo constitucional acuerda expresamente la retroacción de las actuaciones: el proceso es devuelto al Tribunal competente para que sustancie nuevos procedimientos o para que dicte una nueva sentencia, sin más tramitación. En los casos en que el Tribunal Constitucional no decide expresamente acerca de la reposición de actuaciones, son las partes y los Tribunales que reciben notificación de la sentencia quienes deben tomar la iniciativa, si nuevos actos judiciales fueran adecuados o convenientes para resolver el litigio o causa con respeto a los derechos fundamentales afectados.

Algunos fallos constitucionales que declaran nulas sentencias judiciales son definitivos, sin embargo. Tras la declaración que otorga amparo a un derecho fundamental, no es posible ninguna nueva actuación ni resolución judicial en el litigio o causa.

Esta nulidad definitiva fue declarada por primera vez respecto de condenas penales. La anulación constitucional de un fallo condenatorio (que el Pacto internacional de derechos civiles y políticos caracteriza como veredicto de culpabilidad y fijación de la pena) no puede dar lugar a la reapertura de la causa penal (ni nuevo juicio ni otras actuaciones judiciales dirigidas a prepararlo), salvo que la sentencia de amparo lo hubiera acordado expresamente (Sentencia *Alcalde de Soria II*, STC 159/1987,

de 26 de octubre). La reapertura del juicio no es posible cuando el Tribunal declara infringida la presunción de inocencia (SSTC 94/2004, de 24 de mayo, y 199/2005, de 18 de julio).

Pero la retroacción de actuaciones, incluso en causas criminales, es acordada siempre cuando se aprecia un quebrantamiento de las garantías constitucionales del proceso, en especial el derecho a la defensa, a la prueba y a un proceso con todas las garantías (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 168/2001, de 16 de julio). Cuáles son los límites de esa medida de reparación, en particular cuando conlleva la reapertura del juicio oral en perjuicio de personas que habían resultado absueltas, es una cuestión que se encuentra abierta (véanse Sentencias *secta Ceis*, STC 41/1997, de 10 de marzo, y *Mercedes Ramírez Ureba*, STC 218/2007, de 8 de octubre, con Voto particular).

En términos generales, puede afirmarse que la sentencia constitucional es definitiva cuando el derecho fundamental amparado es determinante del litigio o causa enjuiciado, en el estado en que se encontraba cuando se produjo la resolución judicial anulada. En los casos en que, junto a la cuestión constitucional, existen otros elementos fácticos o normativos que son igualmente decisivos, entonces el fallo constitucional surte un efecto limitado: la cuestión constitucional queda resuelta definitivamente y el litigio o causa es devuelto al Tribunal especializado para que dicte nueva sentencia o retome las actuaciones “de conformidad con el derecho fundamental” o “con respeto al derecho fundamental reconocido” (por ejemplo, Sentencias *Chocolates Elgorriaga*, STC 29/1989, de 6 de febrero; *Juan Sánchez Domínguez*, STC 34/1997, de 25 de febrero; o *Ángel Cuellar Llanos*, STC 203/2004, de 16 de noviembre).

C) LA INDEMNIZACIÓN CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional español ha sido muy restrictivo en el ejercicio de sus potestades de amparo. Sus sentencias se han limitado,

como regla general, a efectuar declaraciones de nulidad y, eventualmente, la retroacción de actuaciones para reponerlas en el momento en que se produjo el quebrantamiento de la garantía constitucional.

A los pronunciamientos de nulidad se suele sumar la declaración del derecho fundamental cuya vulneración se aprecia, mediante una fórmula genérica: “se reconoce el derecho a” lo que sea. Algunas propuestas de que el Tribunal formule declaraciones más específicas, que extraigan un contenido concreto del derecho a la luz de los rasgos típicos del caso enjuiciado, no han encontrado eco en la práctica.

Sólo excepcionalmente, el Tribunal de amparo acuerda intimaciones para que las autoridades administrativas o judiciales actúen de determinada manera con el fin de asegurar el respeto del derecho fundamental en cuestión. Lo habitual es limitarse a la indicación de que deben resolver “de conformidad” con él, sin más pautas de actuación; éstas hay que deducirlas de los fundamentos jurídicos que razonan sobre la vulneración constitucional apreciada. En casos aislados, el fallo de amparo da indicaciones más precisas: resolver sobre la admisión de un recurso sin apreciar su extemporaneidad (SSTC 257/1994, de 26 de septiembre, o 66/2000, de 13 de marzo), por ejemplo, u ordenando que cese la dilación procesal advertida (SSTC 7/1995, de 10 de enero; 119/2000, de 5 de mayo).

El Tribunal se ha negado a adoptar medidas más incisivas para reparar los derechos fundamentales cuya vulneración ha sido apreciada en sede de amparo constitucional. En particular, se ha negado a otorgar indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental.

Desde la Sentencia *Unión Alimentaria Sanders* (STC 5/1985, de 23 de enero), el Tribunal sostiene que las indemnizaciones corresponde otorgarlas a los “Tribunales ordinarios”. El contraste con la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es revelador: la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo en ese

mismo caso *Unión Alimentaria Sanders* no se limitó a fallar a favor de la compañía demandante que sí había sufrido la vulneración de su derecho a un juicio en un plazo razonable; también le otorgó una indemnización equivalente a 9.000 euros (con el valor de aquellos años, más los gastos procesales) a pagar por el Reino de España (STEDH de 7 de julio de 1989). Esta satisfacción equitativa al titular del derecho contrasta vivamente con la práctica que todavía hoy sigue el Tribunal español (por ejemplo STC 144/2005, de 6 de junio, f) 9), que obliga a quienes han sufrido graves retrasos en litigios civiles o contencioso-administrativos (los procesos sociales consiguen evitar dilaciones) ¡a iniciar un nuevo proceso! A tenor de la legislación vigente, cuya constitucionalidad nunca ha sido cuestionada, quien obtiene una sentencia de amparo por dilaciones indebidas ha de embarcarse en una serie de largos procedimientos: primero ante el Ministerio de Justicia (con informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, ambos colapsados en esta materia) y luego, ante la inevitable denegación de la cuantía solicitada, a acudir a una de las Salas de lo contencioso-administrativo más atrasada de España. El amparo a veces llega, pero desde luego no puede ser considerado eficaz.

Es lícito preguntarse qué otra reparación puede otorgarse a las personas cuyo derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha sido vulnerado: el tiempo no vuelve atrás. Por no mencionar otras violaciones aún más graves de derechos fundamentales, como son las privaciones indebidas de libertad o la tortura (por ejemplo, SSTEDH *Aksoy*, de 18 de diciembre de 1996, y *Orhan*, de 18 de junio de 2002). En los casos en que el Tribunal español ha declarado que la policía había prolongado indebidamente una detención, normalmente acompañada por la inadmisión de la petición de *habeas corpus* que hubiera podido ofrecer una protección *in natura* de la libertad personal dañada, el demandante de amparo se ha tenido que conformar con una declaración de que, en efecto, tenía razón (SSTC 86/1996, de 21 de mayo; 165/2007, de 2 de julio).

Sólo en circunstancias excepcionales ha otorgado indemnización el Tribunal Constitucional español. Éstas se han producido raras veces. La primera afectó a la intimidad de un personaje de notoriedad pública. Un semanario publicó durante varios meses un amplio reportaje sobre su vida familiar, sustancialmente basados en entrevistas con quien hasta poco antes había sido la niñera de sus hijos. Formulada demanda civil de protección a la intimidad, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial declararon vulnerado el derecho fundamental y otorgaron indemnizaciones (de 20 millones de pesetas inicialmente, reducidos en apelación a 10 millones, es decir 60.000 euros). Sorprendentemente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en grado de casación revocó y desestimó la demanda, declarando que la publicación de las entrevistas acerca de las relaciones de Sra. Preysler con su marido y sus hijos, sus cuidados personales y, en general, su vida en el hogar no afectaba a su intimidad.

El Tribunal Constitucional no se mostró de acuerdo. En su primera Sentencia *Preysler* (STC 115/2000, de 5 de mayo) declaró vulnerado su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.

Entonces la Sala de lo Civil del Supremo pronunció una segunda Sentencia de casación (STS 6109/2000, de 20 de julio, recurso núm. 872-1993). Con una fundamentación muy breve, se declaró obligada a acatar el fallo constitucional. “Por imperativo legal” declaró que los hechos habían infringido la intimidad de la afectada por los reportajes; y redujo drásticamente la indemnización aceptada por la Sala de apelación: de 60 mil euros, la indemnización para reparar seis meses de reportajes semanales, en portada de todas las revistas, con campaña de publicidad en televisión y unos beneficios de la entidad editora probados ante el Juzgado de Primera Instancia, fue fijada en 150 euros.

Las razones que dio la segunda sentencia para fijar esa cuantía eran un resumen de las mismas que la primera sentencia había ofrecido para declarar que no había existido injeren-

cia en el derecho a la intimidad: “La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella. Pues bien, las frases “granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...” se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada —hecho notorio—, por lo cual la valoración del daño moral producido puede ser mensurado en 25.000 pesetas. La difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente”.

La demandante se dirigió de nuevo al Tribunal Constitucional, explicando entre otras cosas que la cifra otorgada no alcanzaba siquiera a pagar el bastanteo del poder de su Procurador. El Tribunal Constitucional, en su segunda Sentencia *Preysler II* (STC 186/2001, de 17 de septiembre), declaró que esa cantidad era claramente inadecuada para compensar la vulneración de un derecho fundamental. Y añadió que el Tribunal de amparo otorgaría indemnización directamente, sin que las actuaciones volvieran al Tribunal civil. Fijó la cantidad que la editora de la revista debía abonar a la protagonista de sus reportajes en la misma cantidad de 60 mil euros que había sido reconocida por la Sala de apelación.

Así, la Sentencia *Preysler II* (STC 186/2001) fija la importante doctrina de que la reparación de los derechos fundamentales puede requerir una indemnización para compensar los daños y perjuicios sufridos al vulnerar el derecho. Y los daños y perjuicios a indemnizar deben ser valorados teniendo en cuenta que los derechos afectados han sido declarados fundamentales por la Constitución: no vale cualquier cantidad, sino “una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego”. La Constitución “protege los derechos fundamentales ... no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos”; los arts. 9.1, 1.1 y 53.2 CE impiden que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en “un

acto meramente ritual o simbólico” (citando las SSTC 176/1988, de 4 de octubre, f.º 4, y 12/1994, de 17 de enero, f.º 6, así como los arts. 1, 41 y 55 LOTC).

Esta doctrina ha tenido que ser reafirmada en alguna otra ocasión, en segunda sentencia de amparo (STC *Rafael Ramírez Santana* 247/2006, de 24 de julio, y Alberto de Alcocer II, 300/2006, de 23 de octubre) o, como parece más lógico cuando ya ha existido un primer pronunciamiento de amparo, en incidente de ejecución (ATC 151/2001, de 13 de junio; así como AATC 12/2001, de 29 de enero, y 233/2001, de 25 de julio).

En determinadas ocasiones, el amparo es puramente declarativo: el reconocimiento del derecho, o de su vulneración en el caso concreto, es el contenido único del fallo. Tal ocurre cuando la nulidad es inadecuada para preservar o restablecer el derecho fundamental, bien porque los actos impugnados son distintos de los que vulneraron el derecho (por ejemplo STC *Virgen capitana*, 177/1996, de 11 de noviembre); bien porque el tiempo transcurrido hace inútil o incluso contraproducente la anulación del proceso judicial o, más frecuentemente, parlamentario o electoral previos (por ejemplo STC 95/1994, de 21 de marzo); o bien porque existen otros derechos implicados, de la misma persona titular del derecho o de terceros, que hacen inadecuado decretar nulidades (SSTC 29/2003, de 13 de febrero, o 311/2006, de 23 de octubre).

Ofrece un ejemplo especialmente significativo los recursos de amparo en que se aprecia que la legislación aplicada es discriminatoria; pero se trata de legislación penal, que ha dado lugar a la absolución del acusado (STC *Paloma Martín García*, 67/1998, de 18 de marzo; cfr. STC *Serafín Blasco Parras*, 21/2000, de 31 de enero, con un importante Voto particular que explica cómo la solución alcanzada es consecuencia del fallo del Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Riera Blume*, STEDH de 14 de octubre de 1999). Otro supuesto nace de la apreciación de que la intervención telefónica realizada en un caso vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones; pero la condena

del reo se apoya en prueba de cargo independiente, no contaminada por las escuchas indebidas; por lo que el fallo de los Tribunales penales respeta el derecho a la presunción de inocencia (STC 205/2005, de 18 de julio).

D) COSTAS PROCESALES Y OTROS GASTOS Y SANCIONES

Finalmente, debe llamarse la atención sobre el tema de los gastos del proceso (art. 95 LOTC). La justicia constitucional es gratuita como regla general. Y, en virtud de las reglas generales sobre asistencia jurídica gratuita, cualquier ciudadano con unos ingresos inferiores al doble del salario mínimo tiene derecho a actuar en amparo con profesionales forenses designados de oficio. Aproximadamente una cuarta parte de los recursos de amparo presentados ante el Tribunal son formulados por Procuradores y Abogados del turno de oficio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no tiene reconocida expresamente la potestad de permitir al demandante cuyo amparo es estimado recuperar sus gastos procesales: ni ante el propio Tribunal ni ante los Tribunales en la vía judicial previa (como sí puede hacer el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Hay una previsión de condena en costas procesales, pero se encuentra limitada a quien formule recurso con temeridad y, en la práctica, su significación es casi nula. Este es un claro defecto del sistema, pues no repara los costes que el titular del derecho fundamental se ha visto obligado a asumir para obtener su amparo.

5. LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

Aspecto esencial para un Tribunal de recurso: la falta de acierto en su regulación, o en la aplicación de las normas que rigen este momento esencial, explica algunas de las dificultades institucionales que sufre el Tribunal Constitucional en nuestro sistema judicial, como antes que él lo sufrió el Tribunal Supre-

mo. Que ninguno de los dos aprenda de las lecciones que se desprenden de la experiencia del otro no deja de resultar irónico.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional tiene un número limitado de miembros: no es posible incrementarlo sin modificar la Constitución. Que al hacerlo se destruyese su esencia no es, por desgracia, razón suficiente para no haberlo hecho. De nuevo, la triste experiencia en este punto del Tribunal Supremo ofrece corroboración. La rigidez de la Constitución ha hecho posible que el Tribunal de amparo no haya crecido en número de Magistrados hasta destruir su carácter de Tribunal único, cuyo número de miembros, doce, ya roza el exceso.

En el Reino Unido de Gran Bretaña, que en materia de instituciones judiciales tiene mucho bueno que enseñar, se da por supuesto que el más alto Tribunal del país solo tiene capacidad, cada año, de atender y juzgar un número limitado de casos; por lo que “es importante para la evolución del Derecho en su conjunto que [esos casos] sean escogidos con cuidado” (Lord Roskill). Como ha escrito el profesor Andrew Le Sueur, decidir qué casos van a ser sentenciados es mucho más que un simple medio para limitar la carga de recursos de un Tribunal a un número manejable, aunque ese objetivo sea valioso: define la función constitucional del Tribunal mismo. Por tanto, es vital que el sistema sea racional y que se acomode al marco normativo de la Constitución y a principios elementales de transparencia, consistencia y ausencia de arbitrariedad.

Antes de examinar los tres sistemas que se han sucedido, una breve descripción de la catarsis de recursos.

A) EL CRECIMIENTO DE LOS ASUNTOS

Las cifras de los recursos de amparo son impresionantes. Sin embargo, es preciso no olvidar que el nivel de litigiosidad ante el Pleno es muy elevado, en términos comparados con otros Tribunales de última instancia, aunque las cifras palidezcan al lado de los amparos.

El exceso de recursos de inconstitucionalidad y, en otro nivel, de conflictos de competencia (especialmente abundantes en la década inicial de 1980) es debido a varios factores: entre ellos destaca el fracaso institucional del Senado como cámara territorial. Es en un Senado capaz de representar los intereses y puntos de vista territoriales donde se hubieran debido resolver muchas de las controversias que han terminado siendo depositadas ante el Tribunal Constitucional para que diera una respuesta jurisdiccional. La reforma del Senado es, por tanto, necesaria también para mejorar la práctica de la defensa jurisdiccional de la Constitución, que se ha visto muchas veces sometida a tensiones políticas que hubieran debido situarse en un foro parlamentario: no en una Sala de justicia constitucional, sino en una Cámara de representación territorial.

El problema de las cuestiones de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad, en la terminología que la Ley Orgánica 6/2007 ha introducido en algunos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) es enteramente diferente. Las cuestiones son hoy, con gran diferencia, el mayor caudal de asuntos de Pleno. Y es normal que así sea, porque es la práctica judicial la que permite detectar las zonas problemáticas del sistema legislativo, y filtrar las quejas de los ciudadanos y sus abogados acerca de normas contrarias a la Constitución.

A este rasgo propio de las cuestiones se suma otro: que la duda sobre la constitucionalidad de un precepto legal no es despejada hasta que el Tribunal Constitucional la resuelve. Eso significa que el mismo órgano judicial puede verse obligado a suscitar numerosas cuestiones sobre la misma norma: siempre que deba aplicarla a un caso. Y que distintos Tribunales pueden suscitar cuestiones, más o menos similares, mientras no sea resuelta la duda que atañe a una ley determinada.

La situación actual del Tribunal Constitucional español ofrece un perfecto ejemplo de la situación a la que puede llegarse: de los casi 600 asuntos que penden de sentencia en el Pleno, más de la mitad obedecen a una única cuestión,

repetida hasta la saciedad sin que, hasta ahora, el Tribunal la haya resuelto (si la regulación penal diferenciada de los delitos de violencia doméstica cometidos por hombres y mujeres es, o no, constitucional). La resolución urgente de estas cuestiones reiteradas sería conveniente para la mejor gestión de los asuntos del Tribunal, sin duda. Y, desde luego, permitiría cumplir mejor la función de asegurar la constitucionalidad de las leyes vigentes y, por ende, la vigencia efectiva de la Constitución.

Esta es la función que queda descuidada cuando se gestionan muchos asuntos que atañen a leyes que no contradicen la Constitución. El creciente uso, por parte del Tribunal, de la inadmisión de cuestiones por “notoriamente infundadas” es positivo, sin duda: permite evitar la prolongación de dudas injustificadas sobre las leyes que deben ser aplicadas cotidianamente por los Juzgados y Salas de justicia; y evitar que el Pleno quede encenagado con cuestiones infundadas, sean más o menos notorias. Pero precisamente deja pendientes las cuestiones que suscitan dudas serias de constitucionalidad sobre algunas leyes que, mientras tanto, siguen siendo aplicadas. Este es un problema serio que el Tribunal, hasta ahora, no ha resuelto.

Pero claro, se encontraba anegado de recursos de amparo. Los datos son bien conocidos, pero no está mal recordar algunas magnitudes:

Dejando al margen los años iniciales, de afianzamiento de la nueva jurisdicción constitucional, podemos situarnos en el año 1992. En ese año se completó la primera renovación completa de la institución, como observó el Presidente Tomás y Valiente en su impecadero discurso de despedida. En esa misma alocución puso de relieve el grave problema creado por la proliferación de recursos de amparo, que no dudó en calificar de “avalancha”.

El Presidente se refería a una avalancha de ¡tres mil recursos de amparo! La evolución durante los siguientes nueve años, en que se completó la segunda renovación completa del Tribunal, fue espectacular:

Año	1992	1993	1994	1995	1996
-----	------	------	------	------	------

Amparos ingresados	3.226	3.875	4.161	4.369	4.689	5.391	5.441	5.582	6.762	6.786
Total de asuntos	3.294	3.980	4.243	4.479	4.810	5.538	5.537	5.652	6.901	6.934
Incremento anual de amparos	528 (19,57 %)	649 (19,57 %)	286 (7,38 %)	208 (5 %)	320 (7,32 %)	702 (14,97 %)	50 (0,93 %)	141 (2,59 %)	1.180 (21,14 %)	24 (0,35 %)

Ahora nos encontramos en el tercer ciclo de vida del Tribunal Constitucional y, por fin, la

evolución muestra signos de cambio: el crecimiento desfallega, pero no sin haberse situado

antes en unas cotas anómalas, tanto si se mide en términos de lógica como de Derecho comparado. Veámoslas:

Año	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Amparos ingresados	6.786	7.285	7.721	7.814	9.476	11.471	9.840
Total de asuntos	6.934	7.456	7.878	7.951	9.708	11.741	10.013

Incremento anual de amparos	24 (0,35 %)	499 (7,35 %)	436 (5,98 %)	436 (1,20 %)	436 (21,27 %)	436 (21,05 %)	436 (14,22 %)
-----------------------------	----------------	-----------------	-----------------	-----------------	------------------	------------------	------------------

Estas cifras se manejan con una frecuencia. Sin embargo, solo sirven para ofrecer un indicador

indirecto de los cambios que esta avalancha de recursos de amparo induce en la actividad del Tribunal. Hay una serie de datos, menos manejado habitualmente, que ofrece una imagen muy esclarecedora: las resoluciones que dicta el Tribunal son un termómetro claro de la dedicación de los Magistrados a sus funciones:

Año	1992	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Sentencias	242	242	312	240	239	230	256	342	365	265

Autos definitivos	186	191	189	200	184	166	162	177	177	138
Providencias de inadmisión	2.449	4.628	6.057	5.668	5.248	8.561	6.630	8.566	7.630	10.961

Las desproporciones clarifican un segundo factor decisivo: el esfuerzo del Tribunal en la gestión de los amparos, aun creciente y con menoscabo del Pleno, no permite resolver lo que entra. El resultado es un creciente número de asuntos pendientes de admisión y de sentencia; y, como consecuencia, un alargamiento de los plazos de resolución: los asuntos que examina el Tribunal son, año tras año, más antiguos.

El resultado es un creciente número de asuntos pendientes de admisión y de sentencia; y, como consecuencia, un alargamiento de los plazos de resolución: los asuntos que examina el Tribunal son, año tras año, más antiguos.

Año	1992	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Amparos ingresados	3.226	5.582	6.762	6.786	7.285	7.721	7.814	9.476	11.471	9.840
Amparos resueltos en fase de admisión	2.835	5.067	6.833	5.981	5.553	6.684	6.847	5.970	8.342	11.389
Ratio de admisión (%)	87,88	90,77	101,05	88,14	76,23	86,57	87,62	63,00	72,72	115,74
Amparos pendientes de admisión	6	3.914	3.958	4.537	6.040	7.071	7.580	10.990	13.883	12.166
Amparos admitidos	200	227	213	172	179	616	318	217	316	259
Amparos sentenciados (+terminados)	242	240	309	223	229	585	213	320	338	262
Ratio de enjuiciamiento (%)	121	105,73	145,07	129,65	127,93	94,97	66,98	147,47	106,96	101,16
Amparos pendientes de sentencia	57	468	500	425	363	428	505	412	277	332

Amparos resueltos	2.877	5.080	6.929	6.032	5.608	6.652	6.742	6.073	8.364	11.392
Ratio de resolución (%)	89,18	91,00	102,47	88,89	82,66	86,16	86,22	64,11	72,47	115,74

1997 1998 1999 2000 2001

Ratio de resolución (%)

resueltos -ingresados)

88,89 76,91

No vale la pena seguir profundizando en los datos, aunque un estudio cuantitativo más profundo arrojaría resultados muy interesantes. Creo que queda puesto de manifiesto que la cantidad de amparo que se demanda al Tribunal Constitucional español no puede dejar de afectar a su actividad, tanto en el propio amparo de los derechos fundamentales como en sus restantes funciones de Juez de la ley y del equilibrio territorial.

Es en este contexto en el que se deben ver las sucesivas reformas de la fase de admisión del recurso de amparo.

B) LOS DISTINTOS SISTEMAS DE ADMISIÓN DEL AMPARO

No es casualidad que el tema de la admisión de recursos de amparo haya concitado el mayor número de reformas de la Ley Orgánica. Su artículo 50 ha tenido, a lo largo de los años, tres redacciones diferentes: la original de 1979, la intermedia de 1988 y la actual, introducida en 2007.

El modelo original, inspirado directamente en el que rige el recurso contencioso-administrativo, era simple en su procedimiento y novedoso en sus criterios:

- En lo primero, el Tribunal podía inadmitir a trámite los recursos que no cumplieran los requisitos exigidos por la ley: esa apreciación se hacía a la vista de la demanda de amparo y, además, de las alegaciones de las partes y del informe del Fiscal. Para ello, la Ley Orgánica de 1979 preveía que siempre se abriera un incidente de admisibilidad, con trámite de alegaciones y, si lo estimaba necesario, petición de actuaciones (arts. 50, apartados 1 y 2, en su redacción original, y 84 LOTC). El Tribunal, tras oír al demandante y al Fiscal, podía admitir (por mera providencia) o bien inadmitir: en tal caso, mediante Auto motivado, donde se exponían las razones de la inadmisión.

- Dichas razones podían ser de carácter procesal (fuera de plazo, carencia de legitimación, etc.: art. 50.1 LOTC original) o de fondo (art. 50.2 redacción original). En este punto radicaba una importante novedad de la Ley, que luego veremos más despacio.
- Ahora interesa añadir un tercer factor: las decisiones sobre la admisión del recurso estaban confiadas a la competencia de las Secciones, que resolvían con las reglas generales de quórum de formación y de votación. Por ende, la admisión se acordaba por el voto de dos Magistrados constitucionales que formaran parte de la misma Sección de tres. Y la inadmisión estaba sujeta al mismo sistema decisorio: dos votos dentro de la Sección.

Desde el primer momento, la Ley Orgánica del Tribunal introdujo criterios de admisibilidad que dependían del fondo de la demanda de amparo. Uno de ellos es obvio, atendido el carácter especializado de la jurisdicción de amparo constitucional: que se pidiera la protección de alguno de los derechos constitucionales susceptibles de amparo. Los derechos que no eran constitucionales o que, aun siéndolo, no se encontraban enumerados en el artículo 53.2 de la Constitución, no podían ser amparados en sede constitucional. Otro atendía a que se hubieran desestimado en el fondo anteriormente recursos “en supuesto sustancialmente igual”: una cláusula esencial, siempre desaprovechada en la práctica.

Pero, desde su primera redacción, la Ley previó la posibilidad de inadmitir recursos cuando la demanda “carece manifiestamente de contenido que justifique una decisión” por parte del Tribunal (art. 50.2.b original, luego 50.1.c en la versión de 1988 con matices de redacción). Esta previsión legal tenía varias interpretaciones posibles. La práctica del Tribunal se decantó por entender que permitía inadmitir a trámite pretensiones de amparo sin fundamento constitucional: la lectura de la demanda permitía apreciar que no se había producido la vulneración constitucional alegada. Arrumbadas quedaron otras posibles

interpretaciones, hasta el extremo de que la jurisprudencia acuñó la expresión “carente de contenido constitucional” para describir este criterio de admisibilidad.

La Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, modificó el sistema de admisiones sin alterar sus criterios, reordenados ahora en un solo apartado, el nuevo número 1. El eje de la reforma consistió en permitir inadmitir por mera providencia y sin trámite previo de alegaciones. Así lo plasmó la nueva redacción del art. 50 LOTC, complementada en este punto por su artículo 86, tantas veces olvidado: las decisiones de inadmisión inicial adoptarán la forma de auto, “salvo que la presente Ley disponga expresamente lo contrario. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido”.

El mayor defecto de la Ley de 1988 consistió en una inadvertencia: se suprimió el trámite de alegaciones sobre la admisibilidad que antes siempre permitía completar la demanda inicial; pero no se amplió el plazo para formularla, plazo fugaz de veinte días (arts. 43.2 y 44.2 LOTC). La nueva exigencia de plasmar en el escrito inicial de demanda todas las razones a favor del amparo hubiera requerido una ampliación del plazo.

El artículo 50, versión de 1988, dispuso que las Secciones podían inadmitir mediante Auto motivado, como hasta entonces, previo trámite de alegaciones para la parte demandante y para recabar informe del Fiscal (apartado 3); pero añadió la potestad de inadmitir de plano, sin alegaciones, mediante providencia (apartados 1 *in limine* y 2). La forma de providencia conlleva una decisión sin motivación (art. 86 LOTC, art. 245 LOPJ); para mayor claridad, el nuevo art. 50.2 precisaba que la providencia “indicará el supuesto en que se encuentra el recurso”: a) defecto procesal, b) derecho no amparable, c) carencia de contenido o d) desestimación anterior. No era preciso ningún tipo de razonamiento para inadmitir por cualquiera de estas causas legales: simplemente señalar cuál de ellas era la aplicada en el caso.

La grave decisión de inadmitir un recurso de amparo venía acompañada por dos cauteles: el voto unánime de los tres Magistrados que formaban la Sección; y la facultad del Fiscal de interponer recurso de súplica, para que el Tribunal reconsiderara la inadmisión y, en cualquier caso, se pronunciara mediante Auto motivado. Estas garantías institucionales compensaban la inexistencia de motivación que, hasta entonces, había sido la única exigida por la ley.

Sin embargo, la práctica del Tribunal se desvió desde el inicio del mandato legal. Las providencias de inadmisión introdujeron una motivación sucinta, no prevista por la Ley Orgánica del Tribunal pero permitida con carácter general por la del Poder Judicial (art. 245 LOPJ). Pronto las inadmisiones iniciales se acordaron mediante “proviautos” que, con alguna fluctuación (por ejemplo, tras la crisis provocada tempranamente en 1991 con las providencias que declararon que el cacheo policial no vulnera el derecho de libertad personal, divulgadas por fax a todas las comisarías de España y semilla de la actual doctrina penal en la materia), se han mantenido hasta 2007. Es más, uno de los efectos del desgraciado caso *Mazón contra Magistrados del Tribunal Constitucional* fue exasperar esa tendencia a motivar providencias: recuérdese que la increíble Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004 declaró la responsabilidad civil de los Magistrados constitucionales, por negligencia profesional, ¡por falta de motivación suficiente y adecuada de una “providencia” de inadmisión de un recurso de amparo! Naturalmente, en dicha Sentencia no se mencionó ni un solo precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que impusiera ese deber profesional.

La jurisprudencia constitucional mantuvo con claridad que lo dicho en las providencias de inadmisión no creaba doctrina constitucional, por lo que era improcedente citarlas: sus efectos jurídicos se agotan en la inadmisión que decretan (ATC 339/1992, de 16 de noviembre). Pero la tendencia a motivar más y más las providencias que inadmitían deman-

das de amparo, las cuales a su vez tendían a invocar más y más derechos fundamentales (en especial los nacidos del prolífico artículo 24 de la Constitución), queda bien ilustrada por el Auto 294/2006, de 26 de julio: el Fiscal interpuso recurso de súplica contra la providencia que había inadmitido un recurso de amparo por carencia de contenido; providencia que había razonado que no se había producido la vulneración de los derechos fundamentales alegados en la demanda; la Sección estimó el recurso del Fiscal y procedió, acto seguido, a añadir varios razonamientos por los que otra alegación de la amplia demanda de amparo también carecía de fundamento, volviendo a inadmitir el recurso.

Esta anécdota no dejaría de ser una bagatela si no fuera porque el Tribunal dictaba entonces cada año más de siete mil providencias de inadmisión. A su lado, la labor de dictar 300 sentencias de amparo es relativamente nimia. Pero resulta que son las sentencias, no las providencias, las encargadas de amparar derechos fundamentales vulnerados; y, asimismo, son las sentencias las que deben fijar las pautas de interpretación de los derechos fundamentales.

El desequilibrio al que daba lugar esta descompensación de esfuerzos fué expresado con claridad por la Presidenta Casas: las cifras de asuntos ingresados y de resoluciones dictadas por el Tribunal son expresión, año tras año, de un desajuste, que se pone de manifiesto por “el trabajo negativo que el Tribunal Constitucional asume al dedicar tiempo y capacidades a la inadmisión de los recursos de amparo, a aquello de lo que no se va a ocupar por su falta de contenido constitucional en la mayor parte de los casos” (Presentación a la Memoria del Tribunal Constitucional de 2006).

Esta situación absurda es la que ha venido a corregir la reforma de 2007.

C) EL SISTEMA DE ADMISIÓN VIGENTE: LOS REQUISITOS DE LA DEMANDA

La reforma de 2007 ha introducido numerosos retoques en los preceptos que rigen el

recurso de amparo constitucional. Muchos de ellos son de dicción o reflejan la nueva competencia de las Secciones para dictar sentencia, cuando la Sala competente les defera el conocimiento de un proceso de amparo porque aprecia que existe “doctrina consolidada” para resolverlo (nuevo art. 53.2 LOTC). Sin embargo, la Ley Orgánica 6/2007 ha adoptado algunas reformas de gran alcance. La principal atañe a los criterios que rigen la admisión a trámite de los recursos presentados ante el Tribunal, que luego veremos más despacio. Sin embargo, esta reforma trascendental no debe hacer perder de vista otras de gran calado sobre el sistema de admisión de recursos, que se pueden resumir en dos aspectos: los requisitos que deben cumplir las demandas de amparo y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones.

En relación con este último tema, es suficiente señalar que la Ley de 2007 dispone que el incidente de nulidad de actuaciones que los justiciables deben presentar ante los Tribunales judiciales, antes de agotar la vía previa al amparo constitucional, ya no se limita a quebrantamientos de forma. Ahora abarca “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución” (disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, que da nueva redacción al art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Esta previsión apura el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional, dejando en manos de los jueces civiles, penales, contencioso-administrativos, sociales o militares la tutela de los derechos fundamentales hasta que ya no queda otro remedio que acudir ante el intérprete supremo de la Constitución.

El afán de potenciar la tutela judicial de los derechos constitucionales es encomiable. Sin embargo, la reforma hace tabla rasa de todos los reparos que dieron lugar en 1992 a la derogación del vetusto incidente de nulidad, una vez recaída sentencia firme; así como a las cautelas que rodearon su reintroducción en 1997. La complejidad y el riesgo de abuso que acompañan inevitablemente a este mecanismo procesal ya se han puesto de mani-

fiesto en la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, Sentencias 323/2006 y 325/2006, de 20 de noviembre, 132/2007, de 4 de junio, y 144/2007, de 18 de junio; o 11/2007, de 15 de enero, en el proceso penal). También, que pedir amparo al mismo órgano judicial que alegadamente quebrantó las garantías constitucionales tiene escasas posibilidades de éxito (como muestra, las Sentencias 22/2007, de 12 de febrero, 305/2006 y 302/2006, de 23 de octubre, o 302/2006, de 23 de octubre). Por añadidura, la mera existencia de este mecanismo procesal genera una nueva fuente de vulneraciones constitucionales (véanse las Sentencias constitucionales 215/2006, de 3 de julio, 92/2007, de 7 de mayo, o 154/2007, de 18 de junio). El caso resuelto por la Sentencia 135/2007, de 4 de junio, es paradigmático de las consecuencias que acarrea el reciente énfasis legislativo en refinar los mecanismos de rectificación de defectos procesales: se tiene que otorgar amparo ante una resolución judicial que no había corregido una incongruencia porque la parte había solicitado la nulidad de la sentencia, en vez del novedoso complemento de pronunciamiento introducido por la Ley de enjuiciamiento civil de 2000. Finalmente, la escasa o nula utilidad del incidente en un caso concreto no impide provocar siempre un efecto: retrasar y aun impedir el acceso a la justicia constitucional (como muestran elocuentemente las Sentencias 350/2006, de 11 de diciembre, y 237/2006, de 17 de julio). Todas estas observaciones, basadas en un examen de las realidades procesales, conducen a una valoración negativa de esta ampliación del cauce de la nulidad procesal posterior a sentencia firme, bienintencionada pero dañosa para la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

La Ley de 2007, por otra parte, ha introducido cambios en todos los requisitos procesales que deben cumplir las demandas de amparo. Algunos se limitan a reflejar lo que ya venía sosteniendo la jurisprudencia en aplicación del texto legal anterior; otros son innovaciones, y no menores ciertamente. Entre los primeros puede mencionarse lo relativo al agotamiento de los recursos en la vía judicial: la nueva re-

dacción del art. 44.1 a) LOTC dice que cabe el recurso de amparo cuando se hayan agotado “todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto” dentro de la vía judicial. Da igual que la ley de enjuiciamiento del respectivo orden jurisdiccional, o la doctrina académica, lo denominen o no “recurso”: lo determinante es que el justiciable debe pedir la reparación del derecho fundamental ante el Tribunal judicial a través de cualquier medio procesal, previsto por la ley, que resulte “útil” para remediar la vulneración alegada (como indica la jurisprudencia uniformemente desde la STC 30/1982, de 1 de junio; vid. SSTC 221/1993, de 30 de junio, o 85/1999, de 10 de mayo, por ejemplo).

El requisito de haber invocado el derecho fundamental antes de promover la demanda de amparo, en la propia vía judicial, también recibe una nueva redacción que viene a reflejar lo declarado por la jurisprudencia constitucional: la letra c) del art. 44.1 LOTC ya no habla de invocación del derecho, sino de que “se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional”. Pero esta “denuncia de la vulneración” equivale, a todos los efectos prácticos predecibles, al requisito de la invocación del derecho tal y como venía siendo aplicado por el Tribunal Constitucional. Mayor importancia reviste que el precepto sigue exigiendo que la denuncia o la invocación se haga “tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”. Inciso este último que la doctrina constitucional reciente está empezando a exigir con mayor rigor que en los primeros años (como acreditan las Sentencias 153/1999, de 14 de septiembre, 7/2007, de 15 de enero, o 93/2007, de 7 de mayo).

Donde la Ley de 2007 sí introduce cambios, y de gran trascendencia práctica, es en los siguientes aspectos: 1) el plazo para interponer el recurso de amparo; 2) el lugar de presentación de la demanda; y 3) su contenido mínimo preceptivo.

El plazo para iniciar el recurso de amparo es ampliado hasta treinta días, en vez de vein-

te, según la nueva redacción del apartado 2 del artículo 44 LOTC. Como en dicho plazo sólo se computan los días hábiles, descontando pues sábados, domingos y festivos (así como el mes de agosto), eso significa que el justiciable pasa a disponer de un mínimo de seis semanas como regla general, en vez de las cuatro actuales. La innovación es muy positiva, pues un mayor plazo facilita la preparación de mejores demandas y la ponderación de si realmente el recurso es prosperable, incluso consultando a especialistas en la materia. Desde ese punto de vista, lo único criticable es que la ampliación ha quedado algo corta: hubiera sido preferible que el plazo fuera aun mayor, quizá hasta los tres meses del recurso de amparo parlamentario (art. 42 LOTC) o, incluso, los seis meses que están previstos para acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo demás, formularlo en meses, en vez de días, hubiera simplificado su cómputo y facilitado su aplicación.

El más grave problema que suscita la reforma del plazo es que solo alcanza a los recursos de amparo promovidos contra resoluciones judiciales (art. 44 LOTC). La petición de que se amparen derechos fundamentales ante agresiones causadas por disposiciones, actos o vías de hecho de las Administraciones públicas sigue sometido al antiguo plazo de veinte días (art. 43 LOTC). No se entiende bien esta dicotomía: no solo porque no existe fundamento a una diversidad de plazos, ni se ha dado explicación alguna durante el trámite parlamentario en que se introdujo (con corrección de errores incluida: véase el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 60-12, de 15 de marzo de 2007). Lo más grave es que, en la práctica, es muy difícil deslindar uno y otro tipo de amparo, dado que el amparo constitucional contra una Administración pública solo puede interponerse tras agotar la vía judicial, por lo que siempre se acude al Tribunal Constitucional impugnando una o varias resoluciones judiciales. ¿Qué plazo resultará aplicable cuando en un mismo recurso de amparo se impugnen, como es habitual, resoluciones judiciales y administrativas?

La respuesta más obvia es que si las vulneraciones constitucionales solamente se imputan a la actuación administrativa, reprochándose a la sentencia que haya recaído en el proceso judicial no haberlas reparado, el recurso es de carácter administrativo, sometido al art. 43 LOTC y, por ende, al plazo de veinte días. Sin embargo, muy frecuentemente la demanda de amparo achaca, a las resoluciones judiciales, vulneraciones autónomas: estos “recursos mixtos”, que ya ahora ofrecían abundantes problemas en cuanto al orden de análisis y al alcance del amparo constitucional (véase J. L. Requejo: “La lógica de la subsidiariedad y sus perversiones (Los recursos de amparo mixtos)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 66: 189-212, 2002), abren ahora el problema interpretativo más grave en materia de plazo.

En mi opinión, la única solución razonable consiste en entender que estos recursos deben quedar sometidos a un único plazo; intentar diseccionar su contenido, para someterlo a plazos diversos en función de la resolución impugnada, sería ilógico y de consecuencias perversas. El plazo que debe imponerse sería el de treinta días, porque es el que mejor sirve a la protección efectiva de los derechos constitucionales y el que, en definitiva, se aplica a la impugnación de las resoluciones judiciales que finalizan la vía procesal previa al amparo en sede constitucional. Finalmente, creo que no habría que distinguir entre recursos de amparo mixtos “verdaderos” y “falsos”: se trata de disquisiciones que acaban resolviéndose atendiendo a factores tan subjetivos e impredecibles como la intención del recurrente. El régimen procesal de admisión de los recursos debe ser claro y lo más objetivo posible: no solo por razones de seguridad jurídica, obvias, en favor de los litigantes y de los órganos judiciales competentes para la ejecución de los fallos; también en interés de la propia institución, que debe administrar los recursos recibidos con prontitud y sin graves complicaciones jurídicas, so pena de que la labor procesal acabe exigiendo más tiempo que el dedicado a la protección sustantiva de los derechos fundamentales. Fundar los requisitos de admisión en la psicología del

recurrente es dirigirse al desastre, como acredita la desgraciada historia de la doctrina sobre los “recursos manifiestamente improcedentes” que no suspenden el cómputo de los plazos de admisión del recurso de amparo.

La reforma ha regulado por primera vez de forma expresa el lugar de presentación de las demandas de amparo. Y lo ha hecho en unos términos que creo que deben ser calificados de muy positivos, aunque quizá incompletos.

En efecto, el nuevo artículo 85.2 dispone: “Los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido. Los recursos de amparo podrán también presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en el registro del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”. Esta previsión uniformiza el régimen de presentación de las demandas de amparo al que rige en los demás órdenes jurisdiccionales, salvo el penal por razones institucionales propias, que no son trasladables al orden constitucional. Lo cual facilita la labor de los Procuradores y Abogados, promueve la igualdad de acceso a la justicia constitucional en cualquier punto del territorio nacional y, en definitiva, procura un mejor amparo de los derechos fundamentales. La ley reforma en este punto la situación creada por la jurisprudencia constitucional que, con fundamentos discutibles, negó la aplicabilidad de las normas civiles de 2000 en su ámbito (STC 230/2006, de 17 de julio, y ATC 138/2001, de 1 de junio).

El precepto no deja de suscitar algunas dudas aplicativas. La principal atañe a la norma que debe regir ahora la presentación de los restantes escritos del proceso constitucional de amparo; en particular la personación de otras partes y la formulación de alegaciones o, incluso, de la demanda articulada por los profesionales de oficio en recursos de amparo iniciados por solicitudes de justicia gratuita. En todos estos momentos, o en la presentación de recur-

sos ante el Pleno, subsistirá la duda de si rige un sistema de presentación de escritos monista o dualista. El primero consistiría en aplicar el régimen generoso que el art. 85.2 LOTC garantiza a la iniciación de los recursos de amparo a otros supuestos: pues que la ley establezca una garantía mínima para facilitar la presentación de recursos de amparo en condiciones de mayor seguridad jurídica e igualdad territorial no implica, en modo alguno, que quede prohibido que ese modo de presentación alcance a otros escritos del proceso de amparo o incluso a otros procesos constitucionales. La solución dualista consistiría en sostener que en los restantes casos, no previstos expresamente por el art. 85.2 LOTC, sigue siendo preciso acudir personalmente a la sede del Tribunal para presentar los escritos; lo cual obligaría a dejar operativa la posibilidad de acudir, el último día del plazo, al Juzgado de guardia en las horas posteriores al cierre del Registro General del propio Tribunal Constitucional. Situación dual cada vez más anómala y que ya hoy en día provoca dificultades crecientes, tanto para los justiciables como para los Juzgados afectados y el mismo Tribunal Constitucional, a pesar de lo que la inercia parezca sugerir.

La tercera gran innovación que ha introducido la nueva ley en los requisitos procesales del recurso de amparo atañe al contenido mínimo preceptivo de la demanda. El artículo 49.1 de la Ley Orgánica sigue prescribiendo que la demanda debe exponer con claridad y concisión los hechos que la fundan, citar los preceptos constitucionales que se estiman infringidos y fijar con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. Pero ahora añade: “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

Esa especial trascendencia constitucional da cuerpo, precisamente, al nuevo requisito esencial para la admisión de los recursos de amparo y, por ende, su resolución mediante sentencia, como veremos enseguida. Lo que aquí interesa subrayar son dos cosas: una, que las demandas interpuestas ahora deben añadir algo nuevo,

que antes no resultaba exigible; segunda, que ese algo consiste en “justificar” que el recurso de amparo cumple el requisito de poseer una trascendencia constitucional especial.

En qué consiste esa trascendencia suscita numerosas dudas, que solo la jurisprudencia futura podrá aclarar. Lo que resulta claro es que, mientras eso ocurra, los demandantes de amparo o, con mayor precisión, sus Abogados deben dedicar unas líneas, párrafos o páginas a justificar que el recurso presentado, además de presentarse en tiempo y forma, reviste una especial trascendencia para la Constitución.

D) EL SISTEMA DE ADMISIÓN VIGENTE: LA ADMISIÓN DEL RECURSO

La modificación más importante en el terreno procesal que ha llevado a cabo la Ley Orgánica 6/2007 afecta a la potestad de admisión de los recursos de amparo. El nuevo artículo 50 de la Ley ya no atribuye al Tribunal la facultad de inadmitir recursos de amparo; por el contrario, le habilita para que admita a trámite, y por ende para que resuelva mediante sentencia, algunos: aquellos recursos cuyo contenido “justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional” (nuevo art. 50.2, apartado b), LOTC).

El giro es copernicano: no se trata de inadmitir los amparos que incumplen requisitos procesales de admisibilidad, sino de admitir sólo los que cumplen con dichos requisitos. Y la admisión a trámite pasa a depender, aparte del cumplimiento de los requisitos procesales ordinarios (tales como capacidad, legitimación y postulación, plazo y forma, etc.), exigidos por la letra a) del art. 50.2, de un requisito muy exigente: que el recurso de amparo ofrezca una trascendencia constitucional “especial” que justifique su decisión mediante sentencia del Tribunal Constitucional.

Por debajo de estos cambios, la Ley de 2007 ha modificado una regla esencial: los votos que hacen falta para la admisión ya no son dos, como en el sistema antiguo, sino cuatro como

regla general. Es decir, la reforma ha duplicado el número de Magistrados que deben estar a favor de resolver mediante sentencia un recurso de amparo para admitirlo a trámite.

Tanto la norma de 1979 como la de 1988 permitían que las Secciones admitieran a trámite, sin marcar pautas especiales de votación: por tanto, la mayoría formada por dos Magistrados podía acordar la admisión a trámite, de acuerdo con las reglas generales (art. 90.1 LOTC). Esto ya no es así.

La Ley de 2007 exige que la admisión sea aprobada por unanimidad de la Sección (art. 50.1 *in limine*): tres Magistrados. Y se preocupa de aclarar que cuando la admisión a trámite, “aun habiendo obtenido la mayoría”, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución (nuevo art. 50.2). Aquí vuelven a aplicarse las reglas generales del art. 90.1 LOTC: el recurso debe ser admitido al menos por cuatro Magistrados. Sólo en la hipótesis de división por mitades, el empate sería resuelto por el voto de calidad del Presidente.

Por consiguiente, el sistema vigente impone que la admisión la acuerden en principio cuatro Magistrados, que es el mismo número que se requiere para decidir el fallo de la Sentencia. Sólo en casos especiales es suficiente el voto de tres Magistrados: unanimidad de la Sección o voto de calidad de la presidencia de la Sala, si se produce una división 3 a 3.

La elevación del umbral de admisión es la reforma más profunda introducida por la Ley Orgánica 6/2007: de dos votos a cuatro, salvo situaciones especiales en que se requieren, en cualquier caso, tres. Esta modificación del *quórum* para admitir a trámite gravita sobre todo el sistema y tiñe la interpretación de los nuevos requisitos establecidos por la ley.

Congruentemente, la Ley permite a los Magistrados concentrarse en lo importante: decidir con el mayor acierto posible qué asuntos deben ser resueltos mediante sentencia. Por ende, una vez que se aprecia que el recurso no reviste una trascendencia constitucional especial, es preciso inadmitirlo mediante una pro-

videncia limitada a expresar “el supuesto en el que se encuentra el recurso” (art. 50.3 *in limine*, así como disposición transitoria tercera, segunda frase). Ya está bien de razonar en providencia (es decir, en resolución “no motivada”) lo que no son los derechos fundamentales. La labor hermenéutica de la Constitución debe hacerse en sentencia, razonada y publicada en el “Boletín Oficial del Estado”.

Sólo por este cambio, cuyos beneficiosos efectos ya se han dejado sentir hondamente, merecía la pena la Ley Orgánica 6/2007. Baste con anotar que en el mismo año de entrada en vigor de la Ley, el Tribunal Constitucional ha dictado más providencias de inadmisión que recursos de amparo registrados ese año: los recursos ingresados durante el año fueron 9.840 y fueron dictadas 11.220 providencias de inadmisión de amparos.

Pero la Ley de 2007 no se ha limitado a estos cambios, de por sí decisivos: ha modificado el criterio de admisión o, quizá más exactamente, ha perfilado con mayor claridad el concepto de cuál es el “contenido” de la demanda de amparo que justifica su resolución mediante sentencia (como venía diciendo, con poco fruto, el art. 50 LOTC desde su redacción de 1979). Efectivamente, el nuevo artículo 50.1 b) requiere que solo sean admitidos a trámite aquellos recursos de amparo que revistan una trascendencia constitucional “especial”, que es la que justifica que sean decididos mediante sentencia del Tribunal Constitucional. Naturalmente, precisar en qué consiste esa “especial trascendencia constitucional” (“etc”) se convierte en una labor clave para aplicar correctamente la reforma legal. Para esa tarea parece conveniente tener en cuenta la finalidad de la reforma y su texto.

Los fines que persigue la nueva norma los expone el preámbulo de la Ley orgánica. En él se declara que la reforma afronta “de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional”, a la luz de la experiencia de los cinco lustros de vida de la institución y los problemas puestos de manifiesto “en la realidad práctica” para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. El preámbulo hace

hincapié en “el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal”; también en “la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal”. La reforma se dirige, en este punto a “dar respuesta legislativa” a estos problemas, que dificultan al Tribunal el desempeño de sus responsabilidades: “El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución”.

La exposición de motivos menciona cifras concretas del volumen de litigiosidad que atenaza al Tribunal: hay un “gran número de casos planteados y resueltos —en constante incremento hasta alcanzar en el año 2004 el número de 7.951 asuntos ingresados y 7.823 resoluciones dictadas”. Lo cierto es que, mientras se tramitaba el proyecto de ley en las Cortes, la realidad desbordó las previsiones más pesimistas: en el año 2006 se llegó a tocar fondo, con más de once mil recursos de amparo ingresados (según la Memoria del Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.es/memorias/2006/memorias06.html>).

La previsión de que sólo serán admitidos a trámite y sentenciados los recursos de amparo que revistan una “especial trascendencia constitucional” debe ser interpretada, pues, a la luz de esta realidad y de los objetivos enunciados por la ley de reforma: mayor velocidad en la gestión de las admisiones y en el pronunciamiento de las sentencias, que deben ser dictadas en tiempo útil para reparar las vulneraciones constitucionales que pudieran detectarse. El preámbulo señala que “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el conte-

nido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso”.

Se advierte ahora la importancia capital que reviste la exigencia de que la demanda de amparo dedique un apartado específico a “justificar” la especial trascendencia constitucional del recurso. La ausencia de esa justificación específica puede conducir a entender que la demanda carece de uno de los requisitos formales esenciales, lo que conduciría derechamente a su inadmisión (en virtud del nuevo art. 50.1.a LOTC que, a diferencia del texto anterior, menciona expresamente como requisito procesal de admisibilidad el art. 49, que regula el contenido de la demanda y ha añadido la exigencia de justificación, como vimos).

La situación actual, con tiempos de espera de dos y tres años para decidir si se admite a trámite el recurso, y un total de tres a cinco años para otorgar amparo, es inaceptable. Las sentencias dictadas tan rezagadamente son, sin duda, un ejemplo de “recurso objetivo” que solo sirve, en muchos casos, para exponer cómo hubiera debido actuarse para respetar los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, pero con escasas y tardías repercusiones prácticas en el caso concreto.

La solución no consiste necesariamente en dictar menos sentencias, contra lo que suele entenderse en una primera lectura. La experiencia comparada muestra que los Tribunales con un sistema positivo de admisión de recursos pueden dictar tantas sentencias como sea preciso para asegurar la supremacía de la Constitución: lo que hacen es diferenciar cla-

ramente los asuntos importantes o novedosos, que requieren una respuesta cuidada y con amplios fundamentos jurídicos; los asuntos repetitivos, que simplemente exigen reafirmar la validez del precedente, normalmente mediante fallos breves e incluso sin ponencia formal (las denominadas decisiones sumarias); y por sustracción luego quedan los demás recursos presentados, que no forman parte de ninguna de las dos categorías anteriores, que pueden ser despachados con gran celeridad mediante una resolución sin motivar, una providencia (puede verse, para Estados Unidos, el estudio de María Ángeles Ahumada: “El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994; para Alemania, Pablo López Pietsch: “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998).

La ley española apunta claramente en esta dirección: los recursos que pueden resolverse mediante una “doctrina constitucional consolidada” pueden ser resueltos incluso por las Secciones de tres Magistrados, cabe suponer que mediante sentencias breves, con fundamentos jurídicos de mera remisión a las sentencias que establecen el precedente; luego están los asuntos que suscitan cuestiones novedosas o importantes para la Constitución; y todos los demás recursos, que nunca pueden ser considerados como de “especial trascendencia”.

La experiencia de otros países que han establecido sistemas similares al nuestro puede suministrar pautas relevantes para ayudar a interpretar el nuevo precepto. Pero nunca pueden sustituir la interpretación de su texto. A pesar de su complejidad aparente, suministra criterios sólidos.

Según el nuevo art. 50.2 LOTC, la especial trascendencia constitucional del contenido de un recurso de amparo debe ser apreciada “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamen-

tales”. Por un lado, la ley resalta que el contenido del recurso debe ser importante desde el punto de vista hermenéutico: normalmente suscitando cuestiones nuevas, no resueltas plenamente por la jurisprudencia constitucional, bien al determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales o bien, más en general, al interpretar la Constitución (como por ejemplo aspectos atinentes a su vigencia temporal, a principios fundamentales como el de imperio de la ley o la seguridad jurídica, a la interacción de los derechos con la ley o el orden constitucional de competencias). Por otro lado, el recurso de amparo puede no ofrecer cuestiones interpretativas novedosas pero, sin embargo, resultar importante para asegurar la aplicación o la general eficacia de la Constitución: puede pensarse en el supuesto de interpretaciones contradictorias de la Constitución por parte de Tribunales de órdenes jurisdiccionales especializados, o incluso de las Salas del propio Tribunal Constitucional, o el supuesto de contravenciones por parte de algún Tribunal judicial de la doctrina constitucional, para ilustrar los tipos de casos a los que alude la norma.

En cualquier caso, una interpretación adecuada de este inciso de la nueva ley será determinante del éxito o del fracaso de la reforma de 2007. La experiencia de la reforma de 1988, malograda en gran medida por el continuismo de las prácticas jurisdiccionales anteriores, debe ser una llamada de atención al Tribunal Constitucional y a los Abogados y demás profesionales que con él interactúan para promover el respeto efectivo de los derechos y libertades constitucionales.

6. UNA ALUSIÓN A LA ECONOMÍA DEL RECURSO DE AMPARO

Nuestra cultura jurídica es idealista. No tiene nada de extraño que nuestras instituciones padezcan desorganización y deseconomías de todo tipo. Un análisis económico del Derecho

rendiría frutos muy valiosos en muchos terrenos: valga un apunte en la materia que nos ocupa.

A) LA INSUFICIENCIA DE LA GRATUIDAD DEL AMPARO

La Ley Orgánica del Tribunal establece el principio de que la justicia constitucional es gratuita (art. 95.1 LOTC, invariable desde 1979). Eso no significa, en modo alguno, que los ciudadanos obtengan gratuitamente el amparo de sus derechos y libertades fundamentales; simplemente, que el Tribunal Constitucional no cobra aranceles u otro tipo de remuneración por prestar sus servicios jurisdiccionales. Ni cobra a los demandantes cuyos derechos han sido vulnerados, ni tampoco cobra a los poderes públicos que los vulneraron en el tráfico parlamentario o administrativo o en la vía judicial previa.

Los titulares de los derechos fundamentales deben, desde luego, abonar los derechos de los Procuradores que los representan ante el Tribunal de amparo. Deben, asimismo, abonar los honorarios de los Abogados que los defenden (art. 81 LOTC).

Igualmente deben abonar los gastos de las vías judiciales previas: normalmente los derechos y honorarios de sus profesionales forenses, los gastos de avales y depósitos y, en su caso, las costas procesales cuyo pago haya sido impuesto en las resoluciones judiciales dictadas en la instancia y, eventualmente, en apelación o suplicación, en casación y en incidentes varios.

La jurisprudencia actual no permite resarcirse de estos gastos, tanto en sede constitucional como en las vías judiciales previas. La condena en costas solo está prevista como sanción procesal a quien actúe en el propio proceso constitucional de modo temerario o de mala fe (art. 95.2 LOTC). Por consiguiente, la condena en costas es impuesta solo excepcionalmente (por ejemplo, SSTC 102/1989, de 5 de junio, o 84/1990, de 4 de mayo). Y nunca llega a cubrir los gastos sufridos en la vía judicial previa para reivindicar el derecho fundamental

que, finalmente, es amparado mediante la sentencia constitucional.

Su reparación mediante una indemnización se ve impedido por la jurisprudencia constitucional. Como vimos, la jurisdicción constitucional niega su competencia para otorgar indemnizaciones: por ende, no ordena el abono de cantidades que pudieran enjugar los gastos incurridos en los procesos judiciales previos a la sede constitucional de amparo, a pesar de que hayan sido necesarios para vindicar el derecho fundamental amparado. El contraste con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, de nuevo, elocuente.

Lo más que permite la práctica del Tribunal es liberar al ciudadano de abonar las costas de los procesos judiciales previos, en la medida en que las resoluciones imponiendo su abono son anuladas por vulneración de la Constitución. Pero sus propios gastos son, al final, solo suyos.

No se cumple la máxima de que el proceso necesario para proteger un derecho no debe añadir un gravamen a la vulneración del derecho mismo.

B) LOS EFECTOS PERVERSOS DEL SISTEMA DE HONORARIOS ACTUAL

La Ley que regula el Tribunal Constitucional español ha optado decididamente por la defensa técnica de los ciudadanos que demandan amparo de sus derechos y libertades. Podía no haberlo hecho, siguiendo con ellos ilustres ejemplos, como el de Alemania, cuyo Tribunal ha sido en tantas cosas el modelo a seguir. Pero el artículo 81 de la Ley Orgánica de 1979, inalterada desde entonces, no deja margen alguno a la duda: “Las personas físicas o jurídicas cuyo interés les legitime para comparecer en los procesos constitucionales ... deberán ... actuar bajo la dirección de Letrado”.

Esta norma incorpora en bloque las normas que rigen la profesión de la abogacía a la regulación del recurso de amparo. Las normas sobre su independencia, sobre su deber de defensa de los derechos que le son confiados, de actuar con calidad técnica y con probidad

deontológica: todas esas normas forman parte del conjunto que rige el ejercicio de la jurisdicción constitucional de amparo.

También las normas que regulan las retribuciones profesionales de los Abogados. Las graves deficiencias de que adolecen, y que repercuten negativamente en todo el sistema judicial español, se encuentran también en el origen de serias disfunciones del recurso de amparo. Sólo una reflexión sobre cuál es el papel que deben desempeñar los Abogados en la defensa de los derechos fundamentales, y sobre cuál es el papel que cumplen en la situación actual, permite entender cabalmente la realidad del amparo constitucional.

Las razones que sostienen la idea de que el papel del Abogado es decisivo nacen de un análisis de la situación actual. Si se presentan demasiados recursos de amparo, no ya inviables procesalmente, sino carentes de toda posibilidad de prosperar en cuanto al fondo, es porque los Abogados los presentan. Si no los presentaran, autorizados con su firma, la inflación de amparos desaparecería en el acto: cualquier petición de amparo presentada por un particular o por su Procurador, sin el aval de un Abogado, inicialmente o previo requerimiento de subsanación, debe ser rechazada sin más (artículo 31 de la Ley de enjuiciamiento civil en relación con los artículos 80 y 50.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Existe una porción de recursos de amparo que son presentados, a pesar de su evidente carencia de fundamento, porque el Abogado responsable carece de la preparación o de la diligencia que serían de desear. Pero este caso afecta a una proporción escasa de los miles de recursos registrados cada año. Los Abogados españoles tienen una capacitación profesional alta, y en su gran mayoría atienden con diligencia los intereses de sus clientes.

La mayoría de las veces, el Letrado que prepara el escrito y lo suscribe con su firma profesional sabe mejor que nadie que el recurso va a ser rechazado. Y, sin embargo, lo presenta.

En algunos casos, el afán de dilatar la ejecución de sentencias adversas o de enredar las causas penales o procedimientos gravosos para su parte puede ofrecer una explicación de esta conducta. Aunque es una explicación que choca con el dato de que la ley niega todo efecto suspensivo a la mera interposición del recurso de amparo (reforzado por la nueva redacción del art. 56.1 LOTC); y con el dato de que muchas de las demandas interpuestas no consiguen paralizar ingresos en la cárcel, desahucios ni embargos de cuentas o de inmuebles. No existen datos fidedignos, pero la experiencia cotidiana permite aventurar que más de la mitad de los recursos de amparo presentados no alivian en nada la situación real de los ciudadanos o empresas que, a pesar de todo, los interponen. O, más exactamente, instruyen a su Abogado para que lo haga. Y el Letrado, sabiendo muchas veces que no tiene ninguna posibilidad de prosperar, lo presenta. Mientras no se afronten las causas de esa conducta, las reformas de las leyes no conseguirán nada o casi nada.

El exceso de recursos lo provoca una cultura jurídica que valoraba “llegar hasta el Supremo” y, ahora, llegar hasta el Constitucional, hasta Estrasburgo o hasta donde haga falta. Un buen Abogado no es quien gana todos los recursos que interpone; sino quien interpone todos los recursos posibles, y aun los imposibles, los gane o no. Así lo viven los Abogados y, sobre todo, sus clientes. Naturalmente, un cambio cultural requiere tiempo, y la situación del Tribunal Constitucional ya lleva demasiado tiempo deteriorándose. Sin embargo, es posible cambiar las normas que responden a esa concepción cultural y que la hacen posible. No son normas de gran rango. Pero sí de gran impacto y, además, inmediato.

La primera y principal atañe a los honorarios de los Abogados y, por ende, a su práctica profesional. Las restantes la acompañan: régimen de impugnación de la apreciación de que un recurso es insostenible; costas y otros desincentivos de recursos infundados; y plazo para estudiar y presentar los recursos.

En España, los Abogados cobran si interponen recurso. Y, si no, no.

Esta obviedad es capital. Nuestro sistema jurídico es el que provoca el exceso de recursos en todos los órdenes, entre ellos en el constitucional. No es que los Abogados sean malvados o egoístas; esos prejuicios, cuyo origen se encuentran en los fundamentos idealistas y religiosos de nuestra cultura jurídica, no deben enturbiar nuestra visión de las cosas. Los Abogados son profesionales: se ganan la vida con su trabajo, y se atienen a las normas vigentes: procuran realizar las conductas profesionales que las normas retribuyen, y evitar las conductas que las normas dejan sin cobrar (y más si, además, son valoradas negativamente por la sociedad).

Por ende, los Abogados recurren, y recurren, y vuelven a recurrir hasta llegar al amparo constitucional, y más allá. Porque todos los baremos orientativos de los honorarios profesionales son unánimes: quien interpone recurso de amparo cobra, y además en una cuantía en modo alguno despreciable; por el contrario, quien no interpone recurso, no cobra. Da igual el motivo: ya sea por falta de tiempo, por desidia o ignorancia o ya, incluso, por entender que el recurso no puede prosperar. Hipótesis esta última que sorprende, pues no es habitual en nuestra cultura jurídica.

Veamos algún ejemplo. Los criterios orientativos en materia de honorarios del Colegio de Abogados de Zaragoza (<http://www.reicaz.es/normaspr/honorari/comh2001/constitu.htm>) establecen, como tipo básico, un importe de 1.082 euros por un recurso de amparo; y, si el recurso fuera inadmitido a trámite, “se devengará únicamente el 35 % de los honorarios correspondientes”, es decir, 378 euros (regla 421). Por supuesto, si el procedimiento tuviera cuantía se devengan honorarios aplicando el 100 por 100 de la escala general; es decir, la retribución se duplica o, al menos, se cobra un tercio si el recurso es inadmitido; si el asunto es indeterminado o inestimable, los honorarios “se señalarán discrecionalmente, teniendo en cuenta la importancia del asunto y demás circunstancias concurrentes” (regla 418).

Estas no son más que cifras orientativas y son, además, del año 2001. Pero muestran de forma patente lo que aquí se comenta: si el Abogado interpone recurso de amparo cobra un mínimo garantizado; si no lo interpone, no. Y, en la práctica, yo no conozco ningún encargo profesional que acuerde abonar honorarios por no interponer el recurso de amparo.

¿Cómo nos podemos sorprender de que el Tribunal Constitucional quede inundado de recursos? Porque el Abogado que autoriza con su firma un recurso de amparo no solamente es valorado como un buen profesional por todos, y señaladamente por su patrocinado. Sino que, además, percibe la retribución aneja a dicha valoración positiva. Por el contrario, negarse a presentar recurso no reporta ni prestigio ni honorarios.

La misma pauta rige la actuación de los Abogados de oficio, quienes suscriben aproximadamente un tercio de los recursos registrados en el Tribunal cada año. El Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, reconoce el derecho al cobro cuando se interpone recurso de amparo; es indiferente que sea, o no, admitido. La cuantía no es, quizá, muy elevada: 260 euros. Pero es idéntica a la prevista para el recurso de casación, y más del doble que la dispuesta para el profesional que formula un recurso de apelación (102 euros).

Los módulos sí que compensan al Abogado que, tras estudiar el asunto, considera que no está justificado presentar recurso. Pero la cuantía prevista, de 30 euros, muestra bien claramente que nuestro Derecho valora mejor a quienes formulan recurso (sea o no infundado, incluso manifiestamente) que a quienes realizan un “informe motivado de la insostenibilidad de la pretensión”.

Esta asimetría debe desaparecer, si de verdad se quiere afrontar el exceso de recursos de amparo (y, quizá también, de todo tipo de recursos). Un Abogado que se instruye de los autos y que estudia, o mejor aún conoce, la jurisprudencia constitucional en la materia; y que finalmente llega a la opinión profesional

de que el recurso de amparo no tiene visos de prosperar, debe ser valorado altamente. Y, al menos, debe ser retribuido en términos acordes con su importante función.

Negarse a interponer recursos infundados sirve a los intereses del ciudadano, al no alentar falsas expectativas y, finalmente, frustración (sentimiento que quizá pudiera ayudar a comprender la mala opinión generalizada sobre la justicia que padecemos en España, en parte superior a la que los hechos parecen justificar). Y, desde luego, sirve a los intereses de la justicia, al evitar la marea de recursos que invade al Tribunal Constitucional (y a los restantes Tribunales de recurso) hasta el riesgo de impedir el amparo eficaz de quienes verdaderamente necesitan la protección constitucional de sus derechos y libertades.

Sin este cambio, modesto y copernicano a la vez, nada se conseguirá. Nuevas reglas de admisión, nuevos o más rigurosos incidentes de nulidad o recursos previos, incluso la problemática supresión de derechos amparables, no impedirá que los recursos infundados sigan llegando.

Por el contrario, la marea podría invertirse si los criterios de honorarios y los módulos de la justicia gratuita premiasen a los Abogados que cumplen su función o, al menos, resultasen neutras. La noble función del Abogado no es recurrir; es defender los derechos de los ciudadanos, y muy señaladamente los que nuestra Constitución declara fundamentales. Para cumplirla deben interponer los recursos que con su arte y su ciencia estimen que pueden prosperar; y negando, mediante dictamen o nota motivada, la formulación de los recursos que son infundados, y que no deberían ser interpuestos.

Ese es el fundamento de la exigencia legal de que los recursos de amparo vengán suscritos por Abogado. Y es la justificación, igualmente, del monopolio que la ley ha otorgado a los peritos en Derecho para actuar ante los Tribunales en defensa de los derechos y libertades de todos.

Una vez clarificadas esas reglas de juego esenciales, sería posible abordar otras reformas necesarias. Por ejemplo, las que impidan la aberración de que la opinión fundada de un Abogado de que un recurso de amparo es insostenible, una vez confirmada por su Colegio profesional, dé lugar a la incoación ¡de un proceso judicial y de un subsiguiente recurso de amparo!, acerca de si el primer recurso de amparo era o no viable. O la reforma del plazo para interponer el recurso de amparo (arts. 44.2 y 43.2 LOTC), que no ha sido ampliado sustancialmente en la reforma de 2007, como vimos. El alargamiento del plazo de interposición haría posible reducir sustancialmente el número de recursos de amparo efectivamente interpuestos. Esta aparente paradoja tiene una explicación obvia: con un plazo de veinte o de treinta días, como el vigente, no da tiempo a consultar con Abogados especialistas ni a confiarles la defensa. Lo normal y lógico es interponer el recurso de amparo cuanto antes, no vaya a perjudicarse el plazo... Y luego, una vez interpuesto, ¿cómo puede plantearse siquiera la idea de retirarlo?

O la reforma del sistema de costas procesales del artículo 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que debe premiar a quienes no tienen más remedio que acudir al amparo constitucional para obtener la protección de sus derechos y libertades; y, viceversa, hacer recaer sobre quienes recurren sin fundamento alguno los elevados costes que la admisión de recursos de amparo infundados genera sobre la hacienda pública.

La llave se encuentra en las normas de honorarios. O, para ser más exactos: en recordar el papel que los Abogados cumplen, en todo sistema jurídico racional, como guardianes de la justicia. Y retribuirles, no por interponer recursos, sino por cumplir su verdadera función: interponer sólo aquellos recursos que pueden prosperar.

7. OBSERVACIONES FINALES: MITOS Y REALIDADES DE LA

JURISDICCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Las ideas que someto a su consideración se pueden resumir en unas líneas.

El recurso de amparo forma parte de la médula de la jurisdicción constitucional posterior a Auschwitz. Sin embargo, seguimos operando con concepciones mentales del período de entreguerras; y no reconocemos abiertamente que existe un problema de ubicación de la nueva institución creada para velar por la vigencia efectiva de la Constitución en la pirámide judicial preexistente. Mientras no afrontemos los planos de la teoría general y de las instituciones, la jurisdicción de amparo seguirá sufriendo el divorcio entre una práctica desbordante y una teoría desconcertada. Con el riesgo de reformas legales perjudiciales, como la que ha sufrido en 2007 el artículo 55.2 LOTC, que sacrifica el amparo de los derechos a la función nomofiláctica, o incluso las propuestas de supresión del recurso de amparo para devolver al Tribunal Constitucional sus “verdaderas” funciones y, de paso, restituir al Supremo su condición de tal en todos los ámbitos.

Es cierto que la protección de los derechos fundamentales que ofrece un Tribunal constitucional mediante el recurso de amparo puede ser conceptualizada como el ejercicio de una “jurisdicción constitucional” específica, distinta de la potestad que ejercen los Tribunales de Justicia. Sin embargo, este modo de razonar es insatisfactorio: no permite comprender la realidad de nuestro Derecho, obliga a trazar unas líneas de demarcación entre la “jurisdicción constitucional” y la “jurisdicción ordinaria” siempre borrosas y que impiden afrontar adecuadamente la necesidad de encajar al Tribunal de amparo en la estructura judicial y de asegurar que todos los Tribunales, con el constitucional y el supremo al frente, ofrezcan la mejor protección de los derechos y libertades de los ciudadanos,

Si se acepta la hipótesis de que la jurisdicción de amparo constitucional, que está llamada a definir y reparar los derechos fundamentales de los ciudadanos en último grado,

es una jurisdicción definida por la posición institucional propia de los Tribunales constitucionales, es posible advertir con precisión algunos de sus rasgos propios:

1) El Tribunal constitucional es un tribunal de último grado: juzga mediante recurso, revisando las sentencias y otras resoluciones adoptadas por tribunales que han conocido del mismo caso antes que él. Por tanto, adolece de limitaciones prácticas para conocer de los hechos, que en gran medida le vienen definidos por las resoluciones judiciales que revisa a la luz de la prueba practicada en el Juzgado o, eventualmente, en la apelación previa al amparo. Asimismo, en la mayoría de los casos la selección e interpretación de las normas jurídicas determinantes ya ha sido efectuada, para los hechos del caso, por los Tribunales especializados del orden jurisdiccional respectivo, en muchas ocasiones, por el mismo Tribunal Supremo. Una interpretación de las leyes aplicadas al caso que tiene gran peso, salvo que los Tribunales se hayan dedicado a sostener interpretaciones contradictorias; lo cual, por desgracia, no es infrecuente en España y puede ayudar a explicar muchas anulaciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Algún ejemplo llamativo ofrecen los casos en que se ha otorgado amparo porque el Tribunal Supremo había dictado sentencias contrarias a su propia doctrina legal (SSTC 150/2001, de 2 de julio, o 162/2001, de 5 de julio), incluso en sede de unificación de doctrina (STC 349/2006, de 11 de diciembre).

2) El Tribunal Constitucional está formado por un número limitado de Magistrados. Ese número no puede ser ampliado sin reformar la Constitución, lo que es afortunado: porque la tendencia natural a afrontar un registro abultado de casos mediante la ampliación del número de jueces causa resultados desastrosos en un Tribunal de último grado, al afectar negativamente a la consistencia y autoridad de la doctrina jurisprudencial. Que haya solo doce Magistrados constitucionales (lo que en mi modesta opinión es un número demasiado elevado, incluso) hace posible que el Tribunal de la Constitución coexista con Tribunales su-

premos con un mayor número de miembros, divididos en Salas especializadas en distintas ramas del ordenamiento.

3) Los límites a la jurisdicción constitucional de amparo de los derechos fundamentales manan de su propio *telos*: la finalidad de atribuir a los Tribunales constitucionales el poder y el deber de proteger los derechos y libertades declarados por la Constitución no suplanta a los restantes Tribunales en su poder y su deber de hacer exactamente lo mismo. Todos los Juzgados y las Salas de justicia deben guardar y hacer guardar los derechos constitucionales. En este ámbito no existe monopolio alguno en manos del Tribunal constitucional: el modelo kelseniano solo establece un monopolio en relación con las leyes; y solo en el extremo de declarar una ley inconstitucional y nula con efectos generales. Todos los Tribunales de justicia deben verificar la conformidad con la Constitución de las leyes que aplican, y plantear cuestión sobre los preceptos legales que estimen contradictorios con ella; y todos los Tribunales, no solamente el constitucional, deben leer e interpretar las leyes y los reglamentos a la luz de la Constitución y aplicar las normas legales de la manera que dé mayor eficacia a los derechos y libertades de los ciudadanos y, en general, de todos los seres humanos.

La finalidad de atribuir a los Tribunales constitucionales la potestad de proteger los derechos y libertades declarados por la Constitución en último término debe estar relacionada con el dato de que es un Tribunal único, formado por un número limitado de Magistrados y con jurisdicción última y definitiva. En otras palabras, los Tribunales constitucionales con jurisdicción de amparo son la garantía final cuando surgen casos difíciles o casos novedosos. Ofrecen orientación jurisprudencial a todos los Tribunales, y a todos los funcionarios y autoridades públicas, sobre cómo respetar y cumplir los derechos fundamentales. Ofrecen respuesta a las peticiones de la gente que ejerce nuevos derechos o que da nuevos usos a derechos arraigados con otro sentido. Y sostienen la unidad de la Constitución, y por ende del ordenamiento en su conjunto, asegurando que

los distintos derechos, poderes y, en general, preceptos de la Constitución conforman una sociedad democrática habitable.

Estas ideas generales pueden mostrarse útiles a la hora de comprender mejor la jurisdicción constitucional de amparo en la teoría y en la práctica. Por sí solas no dan respuesta al problema numérico del exceso de recursos de amparo, que es un problema real que amenaza de parálisis a todos los Tribunales constitucionales.

La respuesta a ese problema cuantitativo puede venir de la mano de reformas procesales, sin duda. La solución introducida recientemente por la Ley Orgánica 6/2007 sigue la estela de las reformas llevadas a cabo en Alemania en los años 1990, a consecuencia del informe de la Comisión Benda, o las reformas propuestas para afrontar los serios problemas cuantitativos que asedian al Tribunal Europeo de Estrasburgo (proyecto de Protocolo 14, que reforma el sistema de control del Convenio europeo de derechos humanos, e informe de la Comisión Woolf); o el *certiorari* creado en 1925 para regir el acceso al Tribunal Supremo federal de Estados Unidos, para abordar exactamente los mismos problemas. La idea que subyace a todas estas reformas procesales es que solo deben ser resueltas por el Tribunal constitucional mediante sentencia completa, es decir que no sea de mera remisión, una gavilla de casos importantes; y que el exceso de demandas de amparo presentadas será despejado rápida y eficientemente sin costes o retrasos indebidos.

Estoy plenamente de acuerdo con la necesidad de este tipo de filtros procesales. Abordan problemas palmarios de una manera razonable. Y, al mismo tiempo, subrayan las razones institucionales que justifican la existencia de los Tribunales constitucionales y su trabajo, codo con codo, con Tribunales supremos en los distintos países. Pero no debe olvidarse que

las reformas procesales ofrecen tan solo soluciones limitadas.

El exceso de litigiosidad, que en España no solo afecta al Tribunal Constitucional sino a la totalidad de los Tribunales de recurso (Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia), se debe a distintas causas. Aquí se ha apuntado la necesidad de revisar seriamente la economía del proceso constitucional de amparo. Y de repensar el papel institucional del abogado.

La exigencia de que las demandas de amparo sean presentadas mediante abogado no debería consistir en una mera exigencia formal de que el papel (o el documento electrónico) en que se plasma la demanda aparezca rubricado por un profesional de la abogacía. La dirección del Letrado que exige el art. 81 LOTC debería ofrecer un filtro serio, no solamente de procedimiento (para lo que, al fin y al cabo, ya se cuenta con procurador) sino de fondo. Los abogados no deberían presentar demandas de amparo sin presentar serias razones para temer que un derecho fundamental ha sido vulnerado; en otras palabras, sin una seria posibilidad de que el recurso prospere.

Naturalmente, esa función debe ser valorada y retribuida conforme a su gran importancia. Mientras los honorarios profesionales, baremos de justicia gratuita especialmente, premien a los profesionales que interponen muchos recursos de amparo, en vez de a los abogados que exponen mediante nota los que son insostenibles y solamente promueven los que tienen una probabilidad razonable de prosperar, no hay reforma procesal que valga. Solo recobrando conciencia de que la abogacía forma parte del sistema de justicia, y no precisamente una parte menor o desdeñable, será posible abordar con seriedad el tsunami de recursos que anegan al Tribunal Constitucional y los restantes Tribunales de la nación.

Se corre el riesgo, en España y en otros países, de que la justicia constitucional perezca ahogada en su propio éxito. Un resultado que,

de nuevo, ofrecería confirmación de que son las instituciones, no los mecanismos procesales en sí, los que deben ofrecer amparo a los derechos y libertades fundamentales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

El estudio de Francisco Rubio Llorente que se menciona en el arranque de este trabajo es “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, publicado en Francisco Rubio Llorente y Javier Jiménez Campo: *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Madrid, McGraw-Hill (1998) 155-73.

Sobre el origen y fundamento de la jurisdicción constitucional son imprescindibles Pedro Cruz Villalón: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1987); Eduardo García de Enterría Carande: “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743 (1981) 35-132, luego publicado en *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1979), reeditado en Civitas (2006). Y, por supuesto, Hans Kelsen (su bibliografía completa puede consultarse en el Instituto que lleva su nombre: <http://www.bunken.tamacc.chuo-u.ac.jp/scholar/morisue/datei.htm>); ofrece datos Nicoletta Bersier Ladavac: “Hans Kelsen (1881 - 1973). Biographical Note and Bibliography”, <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No2/art11.html>). En la materia de este estudio, sus obras más relevantes se pueden leer en tres idiomas, con distintos apéndices:

- *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*. Paris, Les Presses Universitaires de France (1929)

- *La giustizia costituzionale*. (ed. Carmelo Geraci, Antonio la Pergola) Milano, Giuffrè (1981)

- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. (ed. Juan Ruiz Manero) Madrid, Debate (1988) 109-155

- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931) (ed. R. J. Brie) Madrid, Tecnos (1995)

Las obras de referencia sobre el recurso de amparo son: Juan Luis Requejo Pagés (Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, Boletín Oficial del Estado (2001); Germán Fernández Farreres: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la LOTC*. Madrid, Marcial Pons (1994); Pablo Pérez Tremps: *El recurso de amparo*. Valencia, Tirant lo Blanch (2004). En general, puede verse la completa relación bibliográfica preparada en el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid para el Seminario sobre “La reforma del recurso de amparo” [en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-bib.htm>].

Los estudios iniciales sobre el amparo constitucional, cuya influencia perdura hasta hoy, son los debidos a Víctor Fairén Guillén: “El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución”, *Revista de Administración Pública* 89 (1979) 207-; Javier Salas: “Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo* 27 (1980) 553-62; José Almagro Nosete: *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional)*. Tirant lo Blanch, Valencia (1980) (2ª ed. con Pablo Saavedra Gallo, 1989); Jesús González Pérez: *Derecho procesal constitucional*. Madrid, Civitas (1980); Tomás de la Quadra-Salcedo: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales*, Madrid (1981); VV AA: *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia (1981) 3 tomos.

Luego han sido importantes las obras de Antonio Cano Mata: *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*. Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA (1983); José Luis Cascajo Castro, Vicente Gimeno Sendra: *El recurso de amparo*. Madrid, Tecnos (1984, con ults.eds.); Joan Oliver Araujo: *El recurso de amparo*. Palma de Mallorca, Universidad de las Islas Baleares (1986); Faustino Cerdón Moreno: *El proceso de amparo constitucional*. Madrid, Edilex (1987); Vicente Gimeno Sendra, Pablo Morenilla Allard: *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*. Madrid, Editorial Constitución y Leyes COLEX (2003).

Acerca de los antecedentes de la institución en España, José M. López Ulla: *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid (1999); Santiago A. Roura Gómez: *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1998); Víctor Fairén Guillén: “Los recursos de “grecuges”, “firmas de derecho” y “manifestación de personas”, el “writ de habeas corpus”, el recurso de “amparo” y el “mandado de seguridad”, garantías históricas y actuales de los derechos constitucionales de libertad de locomoción”, *Revista de Derecho Procesal*, 3 (1988) 619-704. En cuanto a la experiencia de la Segunda República, Martín Bassols Coma: *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República*, Madrid (1987); Rosa Ruiz Lapeña: *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la IIª República española*, Barcelona (1982); José Luis García Ruiz: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid (1980).

Sobre la definición de la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, es clásico el debate entre Luis María Díez-Picazo Giménez: “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo” REDC 40 (1994) [disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_040_015.pdf] y Pedro Cruz Villalón: “Sobre el amparo”, REDC 41 (1994) [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_041_009.pdf]. Véase, asimismo, Manuel Carrasco Durán: “El concepto constitucional de recurso de amparo”, REDC 63 (2001) [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_063_077.pdf].

Se han producido varios análisis sobre los problemas del recurso de amparo. Ofrece un elenco de estudios “desde dentro” la obra VV AA: *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. 1979-1994*. Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales (1995). Diversos son los planteamientos de Miguel Sánchez Morón: *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1987); Fernando Santaolalla López: “El recurso de amparo y el desamparo del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Político* 24 (1987); Juan María Bilbao Ubillos: “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, VV AA: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Santander, (1993) I: 123-78; Ignacio Borrajo Inieta, Germán J. Fernández Farreres, Ignacio Díez-Picazo: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid, Civitas (1995); Rafael Bustos Gisbert: “¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?”, *Teoría y realidad constitucional*, 4 (1999) 273-92; Ángela Figueruelo Burrieta: *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid, Biblioteca Nueva (2001); Enoch Alberti Rovira: “El recurso de amparo a revisión” en VV AA: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002) II: 1805-22; Manuel Aragón Reyes: “Problemas del recurso de amparo”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, ISSN 1575-720X, 8 (2003) 53-74; VV AA: *La reforma del recurso de amparo*. Valencia, Tirant lo Blanch (2004); Anamari Garro Vargas: “El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España: análisis de algunas de las propuestas a la luz de la constitución”, REDC 76 (2006) 95-142.

El tema conductor de este ensayo, el deslinde entre la jurisdicción constitucional cuando ampara derechos fundamentales y la llamada “jurisdicción ordinaria” de los Tribunales judiciales, parte del estudio de Francisco Rubio Llorente: “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 4 (1982), en *La forma del poder*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (2ª ed, 1997) 431-62. Una primera versión puede leerse en Ignacio Borrajo Inieta: “Limits of fact, law and remedies: myths and realities of constitutional review of judicial decisions. Constitutional court of Spain experience” en VV AA: *The limits of constitutional review of ordinary court’s decisions in constitutional complaint proceedings*. Brno, Constitutional Court of the Czech Republic (2005).

El tema es abordado en varios estudios valiosos: Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1985); F. Tomás y Valiente: “Poder judicial y Tribunal Constitucional” en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, CEC (1993); Andrés de la Oliva, Ignacio Díez-Picazo Jiménez: *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Madrid, MacGraw-Hill (1996); Luis López Guerra: “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional” y Pablo Lucas Murillo de la Cueva: “El amparo judicial de los derechos fundamentales” en G. Ruiz-Rico Ruiz (Dir.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch (1997); Raúl Canosa Usera: “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta” *Ius et Praxis*, ISSN 0717-2877 (1998) [disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19740104>]; Encarna Carmona Cuenca: *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares (2005).

Un conjunto de estudios, que profundizan en temas específicos de gran importancia, en VV AA: *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*. Valencia, Tirant lo Blanch (2006).

Con mayor especificidad, porque realmente la cuestión no es tanto de carácter general como de primacía en el conjunto judicial y, por ende, con el Tribunal Supremo, puede verse en Rosario Serra Cristóbal: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid, Tecnos (1999); José Luis Manzanera Samaniego: “La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional” en G. Ruiz-Rico Ruiz (Dir.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch (1997); Pascual Sala Sánchez: “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales” (Discurso de apertura del año judicial, leído el 12 de septiembre de 1994), *Memoria del Poder Judicial*. Madrid, CGPJ (1995); Enrique Bacigalupo Zapater: “La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional y el Poder Judicial”, *Poder Judicial* 45 (1997) y “El conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo” *Actualidad Penal. La Ley*. 38 (2002) 1005-08; Juan José González Rivas: “El recurso de amparo y su inserción en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, ISSN 0210-8518 (2000) 303-20; Jaime Vegas Torres: “Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, ISSN 1139-5583, 8-9 (2001-2002) 117-52; Francisco Fernández Segado: “El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: reflexiones al hilo del último enfrentamiento con ocasión del caso “Preysler””, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, ISSN 0210-1076, 98 (2002) 105-72; Rosario Serra Cristóbal: “¿Controlar al Tribunal Constitucional?” *Cuadernos de Derecho Público* 16 (2003); Francisco Rubio Llorente: “El guardián de la Constitución” *Claves de razón práctica*. 143 (2004); Rafael de Mendizábal Allende: “La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho procesal*, ISSN 0213-1137 (2005) 489-536; Julio Banacloche Palao: “Las conflictivas relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Su-

premo por razón del recurso de amparo: problemas y soluciones”, *Revista de Derecho Procesal*, ISSN 0213-1137 (2007) 69-109. Un interesante estudio comparado ofrece Giuseppe Campanelli: *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionali in Italia e in Spagna*. Torino, G. Giappichelli editore (2005).

Acerca de los hechos en el proceso de amparo, Juan Antonio Lascurain Sánchez: “Artículo 89” en Requejo (Coord.): *Comentarios a la LOTC*. cit. (2001) 1344-60; Enrique Ruiz Vadillo: “Los hechos probados y el recurso de amparo”, VV AA: *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (1985).

Las relaciones entre la jurisdicción de amparo y la ley presentan dos estratos bibliográficos. En el de carácter más procesal, puede leerse Joaquín Urías: *La tutela frente a leyes*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2001); Luis Javier Mieres Mieres: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*. Madrid, Civitas (1998); Roberto Galán Vioque: “Amparo frente a leyes”, *Revista Andaluza de Administración Pública* 25 (1995) 59-104; Pedro Cruz Villalón “El recurso de amparo constitucional I. El juez y el legislador”, VV AA: *Los procesos constitucionales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1992) 117-22; Ignacio Borrajo Iniesta: “Amparo frente a leyes”, *Revista de Administración Pública* 98 (1982) 167-220. En otro plano, Ricardo Alonso García, José María Baño León: “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 29 (1990), con un debate que sigue abierto, como muestran las aportaciones en Joaquín Huelin Martínez de Velasco (dir.): *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial (2007).

En un estrato más general, todas las reflexiones sobre la ley y los derechos fundamentales pueden comprenderse como reflexiones sobre la jurisdicción constitucional, así, por ejemplo, Luis María Díez-Picazo: *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid, Thomson-Civitas (1ª ed, 2003; 2ª ed, 2005), en particular cap. IV; Javier Jiménez Campo: *Derechos fundamentales: Conceptos y garantías*. Madrid, Trotta (1999) y “El legislador de los derechos fundamentales”, en VV AA: *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. Oviedo, Universidad de Oviedo (1993) 473-510; Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid, McGraw-Hill (1996).

Sobre los pronunciamientos de amparo, Xavier Pibernat Doménech: “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 29 (1990) 143-192 [disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_029_143.pdf] y “La sentencia constitucional como fuente del Derecho”, *Revista de Derecho Político* 24 (1987); Ignacio Díez-Picazo Giménez: “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo” en VV AA: *La sentencia de amparo constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1996) 17-74; Juan Antonio Xiol Ríos: “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo”, idem (1996) 75-124; Luis Gómez Amigo: *La sentencia estimatoria de amparo constitucional*, Pamplona (1998) y “La sentencia absolutoria de la instancia en el proceso de amparo constitucional”, *Revista de Derecho Procesal* (1995) 515-45; María José Alonso Mas: “La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo”, *Cuadernos de Derecho público*, 6 (1999) 85-112; Marc Carrillo: “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)” en VV AA: *La reforma del recurso de amparo*. cit. (2004) 42-114; Miguel Ángel Alegre Martínez: “El alcance del fallo en el recurso de amparo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1994”, *Revista General del Derecho* 598-599 (1994); Pablo Pérez Tremps: “Artículo 55” en Requejo (Coord.): *Comentarios a la LOTC*. cit. (2001) 858-77.

Más en general, Jesús M. Santos Vijande: *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada, Comares (1995); Juan Luis Gómez Colomer: “La ejecución de la sentencia estimatoria del amparo constitucional”, *La Ley* (1988) 2: 16-32; Francisco Ramos Méndez: “Eficacia práctica del recurso de amparo constitucional”, *Justicia*, ISSN 0211-7754, 4 (1982) 145-52; Vicente Garrido Mayol: “Las disfunciones del recurso de amparo constitucional: el problema de las sentencias platónicas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, ISSN 1699-1524, 2 (2003) 91-114.

En cuestiones más específicas, Tomás Vives Antón: “Acerca de los efectos de la estimación del recurso de amparo por vulneración de la presunción de inocencia”, *Poder Judicial* (1986) 97-105, recogido en *La libertad como pretexto*. Valencia, Tirant lo Blanch (1995); Juan Antonio Lascurain Sánchez: “El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7 (2001) 405-42; María José Alonso Mas: “La extensión subjetiva de las sentencias estimatorias del recurso de amparo”, *Cuadernos de Derecho Público* 6 (1999) 85-111; Luis Jimena Quesada: “La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional”, en VV AA: *La reforma del recurso de amparo*. cit. (2004) 239-69; Ignacio Borrajo Iniesta: “Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, 103 (1984) 209-28.

Sobre la admisión del amparo, Francisco Rubio Llorente: “El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 60 (1988), recogido en *La forma del poder*. cit. (2ª ed, 1997) 505-34; Juan Luis Requejo Pagés: “Hacia la objetivación del amparo constitucional (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994)”, *REDC* 42 (1994) 153-61 [[202](http://www.</p>
</div>
<div data-bbox=)

cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_042_153.pdf]; Ignacio Villaverde: “Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo”, *Teoría y Realidad Constitucional* 10-11 (2002) 323-65; el libro VV AA: *La reforma del recurso de amparo*. cit. (2004) ofrece diversas aportaciones: Carles Viver (pp. 38-39), Manuel Aragón Reyes (pp. 168-72), Javier García Roca (pp. 283-87). En general, Fernando Castillo Rigabert: *La admisión del recurso de amparo*, Murcia, Universidad de Murcia (1991).

Además de los estudios de Derecho comparado mencionados en el texto (María Ángeles Ahumada: “El certiorari. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994; Pablo López Pietsch: “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998), puede consultarse con fruto Séverine Nicot: *La sélection des recours para la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis)*. Paris, LGDJ (2006).

La mención al Presidente don Francisco Tomás y Valiente se refiere a su “Discurso de despedida pronunciado en el Tribunal Constitucional el 8 de julio de 1992”, publicado en su libro *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid, CEC (1993) y en *Obras completas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (1997) III: 2283-88, 2284. La cita de Andrew Le Sueur procede de su artículo “Panning for gold: choosing cases for top-level Courts”, en Andrew Le Sueur (dir.): *Building the UK's new Supreme Court*. Oxford, Oxford University Press (2004) 271-92. De ese artículo procede la cita de Lord Roskill, escrita en la Sentencia del caso *In re Wilson* (1985) AC 750, 756: “Your Lordships’ House is only able, in any given year, to hear and determine a limited number of cases and it is important for the evolution of the law as a whole that those should be carefully chosen”. Puro sentido común.

El informe elaborado por una comisión presidida por Lord Woolf que se menciona en el texto, que analiza lúcidamente los problemas que genera el aluvión de asuntos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es: *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights* (December 2005) [se encuentra en <http://www.echr.coe.int/ECHR/Resources/Home/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf>]. Es interesante también el informe del grupo de sabios, de 15 de noviembre de 2006 [<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>].

Sobre el Protocolo 14 al Convenio europeo de derechos humanos, véase <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=194&CM=2&DF=3/17/2008&CL=ENG>. Su memoria explicativa es de gran valor [se encuentra en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>].

Sobre costas y gratuidad del recurso de amparo, Susana Huerta Tocildo: “Artículo 95” en Requejo (Coord.): *Comentarios a la LOTC*. cit. (2001) 1389-404; Nicolás Rodríguez García: *Justicia gratuita: un imperativo constitucional (doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, con especial referencia a los procesos de amparo constitucional)*. Granada, Comares (2000). El enfoque que sería interesante desarrollar en relación con la jurisdicción constitucional, en particular en sede de amparo, es el que se aplica en Santos Pastor Prieto, Víctor Manuel Moreno Catena (dirs.): *El coste de la justicia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ (2001); Santos Pastor Prieto: *¿Ab de la justicia, política judicial y economía*. Madrid, Ministerio de Justicia (1993) y “Elementos para un análisis de la calidad de la justicia”, *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, 109 (2006) 43-84 y “Eficacia y eficiencia de la justicia”, *Papeles de economía española*, ISSN 0210-9107, 95 (2003) 272-305.

Estudios acerca de la realidad del amparo pueden verse en José Antonio Bernáldez Balado: “Análisis empírico del recurso de amparo constitucional”, *Justicia* 88 (1988) 7-20; Rosa Lapuente Aragón: “Las dificultades del recurso de amparo en cifras”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 2 (1990) 141-54; Sabela Oubiña Barbolla: “Diagnóstico del Tribunal Constitucional en el 25º aniversario de la Constitución: sobrepeso grave”, *InDret Working Paper* 184, Barcelona, enero de 2004 [disponible en http://www.indret.com/pdf/184_es.pdf]. Los datos ofrecidos en el cuerpo del estudio están sacados de las Memorias anuales del Tribunal Constitucional [disponibles en <http://www.tribunalconstitucional.es/memorias/memorias.html>].

Finalmente, sobre la reforma de 2007 puede verse Francisco Fernández Segado: *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*. Madrid, Dykinson (2008); Lorena Bachmaier Winter: “La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”, *La Ley*, ISSN 0211-2744 (2007) 1616-1621; Ignacio Borrajo Iniesta: “El nuevo recurso de amparo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho* (2007).

Varios autores y juristas ofrecen ponencias y debates, a partir del anteproyecto del Ministerio de Justicia, en VV AA: *La reforma de la justicia constitucional*. Cizur Menor, Aranzadi y Centro de Estudios Jurídicos (2006). También Ángela Figueruelo Burrieza: “La actual reforma del recurso constitucional de amparo”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, ISSN 1870-8390, 6 (2006) 233-49.

Fecha de recepción de originales: 14 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 2 de abril de 2008.

RESUMEN

El presente artículo examina la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En particular se analiza la ampliación que lleva a cabo del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones con la finalidad de potenciar el papel de los jueces y tribunales en la garantía de los derechos fundamentales y reducir con ello el número de demandas de amparo. Tras un análisis de la evolución del incidente de nulidad de actuaciones, de los problemas que en esta figura han ocasionado las últimas reformas legislativas, así como de las incertidumbres que provoca su estrecha imbricación con el recurso de amparo, se concluye que la reforma operada en este proceso previo al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional resulta ineficaz para alcanzar los objetivos perseguidos.

PALABRAS CLAVE

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, FUNCIÓN JURISDICCIONAL, GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, RECURSO DE AMPARO, NULIDAD PROCESAL, INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES, INCONGRUENCIA OMISIVA, DEFECTOS CAUSANTES DE INDEFENSIÓN.

ABSTRACT

The present article analyses the recent reform of the Organic Law of the Constitutional Court, LO 6/2007, 24th may. More specifically this article focus on the enlargement that it carries out of the objective scope of motion for the annulment of the proceedings with the purpose of increasing the role of the judges and courts in the guarantee of the fundamental rights and of avoiding with it the case overload of the Constitutional Court. After an analysis of the evolution of the incident of nullity, of the problems that in this figure have caused the last legislative reforms, as well as of the uncertainties that its narrow connection with the constitutional appeal, the authoress concludes that the reform operated in this previous process does not achieve the purpose that is pursued.

KEY WORDS

EFFECTIVE JUDICIAL PROCESS, JURISDICTIONAL FUNCTION, GUARANTEES OF FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL ACTION, NULLITY OF PROCEEDINGS, MOTION PETITIONING THE JUDGE TO DECLARE THE ANNULMENT OF PROCEEDINGS, MOTION TO VACATE PROCEEDINGS, FAILURE TO PROVIDE AN ADEQUATE STATEMENT OF GROUNDS, DEFECT OF FORM, RIGHT TO DUE TO PROCESS.

CONTRACCIONES Y DILATACIONES EN LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PARTO PREMATURO DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES E INCONGRUENCIA OMISIVA

Magdalena Nogueira Guastavino

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Madrid y ex Letrada del Tribunal Constitucional

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes: A) El limitado alcance del incidente de nulidad de actuaciones originario y la deformación forense que condujo a su supresión; B) Posición del Tribunal Constitucional ante la inexistencia de una vía reparadora en la jurisdicción ordinaria de la indefensión de rebeldes involuntarios por emplazamientos defectuosos; C) Instauración y posterior perfeccionamiento de un cauce para solventar las nulidades causantes de indefensión por emplazamientos defectuosos que no pudieron hacerse valer antes de recaer resolución firme. 3. El incidente de nulidad en el nuevo milenio: las disfunciones entre la LEC/00 y la LOPJ/03: A) La Ley 1/2000, de 7 de enero, (BOE 8), de Enjuiciamiento Civil como parte de un fracasado “dual paquete legislativo”; B) La reforma de la LOPJ/1985 mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre: disfunciones *intra* e *inter* normativas; C) ¿Prevalencia o incompetencia normativa?; D) Clases de omisiones y cauces legales de reparación; E) Una propuesta de integración 4. La reforma de la LOTC y la ampliación del objeto del incidente excepcional de nulidad de actuaciones: A) La dimensión constitucional del incidente de nulidad de actuaciones: a) Subsidiariedad del recurso de amparo e incidente de nulidad de actuaciones b) Supuestos de lesión múltiple y cauces discordantes de reparación; B) La ampliación del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones y las razones de una nueva reforma: a) Contracción del recurso

de amparo y dilatación del incidente de nulidad de actuaciones como elementos necesarios para el reequilibrio de las funciones del Tribunal Constitucional, b) La ampliación del incidente a todos los derechos fundamentales con acceso al recurso de amparo: un filtro poroso: 1.º. Reforma y múltiple lesión constitucional: se perpetúan las dudas, 2.º Mantenimiento del “incongruente” régimen de las “incongruencias”. 5. Algunas conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCION

Se ha afirmado que la evolución del tratamiento procesal de los cauces de protección de la nulidad de actuaciones tras obtener resolución firme no puede haber sido más atormentado (HERRERO ALARCÓN) y que el incidente de nulidad de actuaciones constituye, posiblemente, una de las instituciones más controvertidas en nuestra reciente historia procesal (GARCIMARTÍN MONTERO), lo que no puede más que compartirse cuando se examinan las últimas reformas y retoques sufridos por dicha institución.

La figura del incidente de nulidad de actuaciones entendida en su acepción más clásica, es decir como el tradicional medio diferenciado y autónomo de reparación de defectos de procedimiento causantes de indefensión, ha sufrido una convulsiva evolución que parecía haber quedado zanjada de modo definitivo con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo la caja de Pandora se abrió con violencia con la aprobación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocando enormes disfunciones en su relación con la Ley rituaría común recién aprobada y, en especial en relación con la figura de la incongruencia omisiva. La reciente modificación del incidente de nulidad de actuaciones contenida en la Disposición Final de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC/07) no sólo no ha contribuido a solventar las dudas jurídicas, sino que abre nuevos interrogantes.

La Exposición de Motivos de la LO 6/2007 justifica la reforma señalando que con ella se persigue básicamente proceder a una reordenación de las funciones del TC para que éste pueda cumplir de modo más eficaz y adecuado con su misión constitucional impidiendo que

el recurso de amparo, al que el Alto Tribunal dedica la mayor parte de su esfuerzo y tiempo, repercuta, como viene haciendo, en detrimento del resto de competencias constitucionales que le son propias. A tal fin, y junto a una reorganización funcional interna para agilizarlo (posibilidad de que las Salas deleguen a las Secciones la resolución de supuestos de mera aplicación de doctrina ya consolidada), se procede a una contracción de las causas de admisión del recurso de amparo y, en íntima conexión con tal opción, a una paralela dilatación del ámbito objetivo del incidente de nulidad de actuaciones, permitiendo su solicitud por la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE, es decir, aquellos con acceso al recurso de amparo.

Ambas técnicas se entrelazan y se reconocen explícitamente como ingredientes necesariamente vinculados para alcanzar la meta anunciada: “la ley establece una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de los derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex art. 241 LO 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria” (Exposición de Motivos de la LO 6/2007, II).

En definitiva, un acceso al amparo más restrictivo y selecto, junto a una ampliación del que venía actuando como mecanismo excepcional de protección y principal filtro para los recursos de amparo sustentados en la vulneración de determinados aspectos muy concretos del derecho procesal fundamental a la tutela judicial efectiva, constituyen los pilares esen-

ciales a los que se confía un nuevo rumbo en la justicia constitucional. Sin embargo, como se verá, y sin perjuicio de que el endurecimiento de la fase de admisión del recurso de amparo probablemente constituya el mecanismo más efectivo para la reordenación de funciones constitucionales proclamada, lo cierto es que la modificación del INA por parte de la LO 6/2007, no sólo técnicamente se erige en una reforma precipitada incurra en incoherencias técnicas, sino que, además, se muestra ineficaz para resolver los problemas que su ampliación pretendía paliar, dejando inalterados algunos de los vigentes más graves. En particular, la problemática que antes de esta reforma provocaba el régimen jurídico de la incongruencia omisiva, como figura cuya viabilidad reparadora en la jurisdicción ordinaria concentraba la mayor parte de las dudas jurídicas suscitadas por el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, sigue impregnada de incertidumbre jurídica. Junto a ello, se siguen sin resolver los problemas suscitados en los casos de doble o multipretensión constitucional a la hora de determinar el momento procesal oportuno en que interponer el recurso de amparo constitucional.

Para demostrarlo, resulta imprescindible recordar rápidamente la evolución del incidente de nulidad de actuaciones y la situación en que nos encontrábamos con anterioridad a la reciente LOTC/07, pues sólo de este modo es posible comprender la complejidad de la situación y el limitado alcance real de la reforma en este concreto aspecto.

2. ANTECEDENTES

A) EL LIMITADO ALCANCE DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES ORIGINARIO Y LA DEFORMACIÓN FORENSE QUE CONDUJO A SU SUPRESIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 dedicaba su Título III a la regulación “De los incidentes” y contemplaba la nulidad de ac-

tuaciones como incidente de previo pronunciamiento, es decir, como cuestión a resolver de modo incidental y con carácter previo a la cuestión principal. Le dotaba de carácter suspensivo (arts. 741-745) y lo configuraba como una posibilidad procesal absolutamente inadecuada para declarar la nulidad cuando ya existía una sentencia firme (GUASP).

Pese a ello, y a la censura del TS por su desviada utilización (STS 25 noviembre de 1969), en la práctica se mostró como el cauce excepcional para denunciar defectos procesales ocasionados a consecuencia de emplazamientos defectuosos a rebeldes involuntarios que carecían de cualquier otro medio alternativo de impugnación (VERGÉ GRAU). El conocimiento de una resolución judicial firme contra la que no se pudo ejercer el derecho de defensa, precisamente, por consecuencia directa de una defectuosa citación judicial y cuya reparación quedaba extramuros de otros cauces legales previstos sólo para rebeldes voluntarios, abocó a que algunos órganos judiciales admitieran la vía del incidente de nulidad a tales efectos aun en contra de la Ley. Su defectuosa utilización, cuando no abusiva para beneficiarse de su carácter suspensivo, condujo a su supresión legal mediante la reforma de la LEC/1881 llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, en la que se ceñía con claridad la posibilidad de denunciar la nulidad de actuaciones exclusivamente a través de los recursos pertinentes. Opción político-legislativa en la que abundaba un año más tarde la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985, de 1 de julio, (BOE 2 jul) al limitarse a añadir a los recursos la posibilidad de denunciar los vicios “por los demás medios que establezcan las leyes procesales” (art. 240.1 LOPJ), abriendo con ello otras posibilidades tales como su denuncia mediante excepciones procesales, oposiciones al juicio, protesta, impugnación a los recursos, etc.; pero manteniendo huérfanas de protección, por carentes de cauce procesal específico, las situaciones en las que la nulidad no se pudo denunciar con antelación a la sentencia firme, precisamente, por desconocer el justiciable su propia existencia a causa de una deficiente

notificación, es decir, por defectos procesales causantes de indefensión imputables al propio órgano judicial.

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA INEXISTENCIA DE UNA VÍA REPARADORA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA DE LA INDEFENSIÓN DE REBELDES INVOLUNTARIOS POR EMPLAZAMIENTOS DEFECTUOSOS.

En estos supuestos en los que el defecto procesal no encontraba encaje en los motivos de revisión de sentencias firmes o no cumplía los presupuestos de la audiencia al rebelde (para rebeldes involuntarios citados en forma legal), la única vía que quedaba para reparar la situación de indefensión era acudir al recurso de amparo pues era claro que por quedar afectado gravemente el principio de contradicción se vulneraba manifiestamente el derecho a una tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Al carecer la legalidad ordinaria de un cauce *ad hoc* para denunciar la lesión, el recurso de amparo se erigió en el cauce común de reparación de la tutela judicial efectiva. Precisamente el acceso directo al amparo provocó dudas en torno a la constitucionalidad del art. 240.2 LOPJ pues ello podría significar una falta de desarrollo legislativo del mandato del art. 53.2 CE (exigiendo procedimiento sumario y preferente en la jurisdicción ordinaria con carácter previo al recurso de amparo) y una vulneración consiguiente del carácter subsidiario del recurso de amparo.

La jurisprudencia constitucional transitó por tres soluciones. La primera, realizando interpretaciones asombrosas del art. 240.2 LOPJ e identificando sentencia definitiva con “definitivamente ejecutada” para dotar así de cobijo legal a estos supuestos de nulidad (STC 110/1988, de 8 de junio). La segunda, ante las críticas vertidas y la imposibilidad de mantener dicha tesis, limitándose a declarar que, a pesar de que las decisiones denegatorias sean legalmente correctas y razonables a la vista de la dicción del art. 240 LOPJ, la situación

de indefensión creada lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva cuando en estos casos no se admiten incidentes de nulidad de actuaciones tras sentencia firme; otorgando, por ello, el amparo solicitado (SSTC 211, 212 y 213/1989, todas ellas de 19 de diciembre). El razonamiento esgrimido condujo, como no podía ser de otro modo, a elevar al Pleno una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 240.2 LOPJ por contrario al art. 24 CE y al art. 53.2 CE. La importante STC de Pleno 189/1990, de 15 de noviembre, recoge, precisamente la tercera posición del Alto Tribunal. De modo impredecible, la mayoría del TC opta por una solución de signo contrario al esperado y considera, sin embargo, que el precepto cuestionado no es inconstitucional. En concreto declara que el hecho de que el recurso de amparo constitucional sea el “único y exclusivo recurso frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales detectados después de la firmeza de la Sentencia, a falta de otros aplicables por los Tribunales ordinarios” no es contrario a la Constitución. Ni al art. 53.2 CE, porque este precepto sólo exige tutela, cualquiera que ésta sea, y no exige dicha subsidiariedad. Ni al art. 24.1 CE pues, aunque a la jurisdicción ordinaria le esté vedada tal posibilidad por imperativo legal, el TC puede anular las Sentencias firmes, otorgando así la tutela requerida. Ni al art. 24.2 CE, por cuanto la prohibición de dilaciones indebidas no se vulnera por el hecho de que el ciudadano tenga la carga de ejercitar sus derechos y pretensiones según los recursos e instancias procesales establecidos por el legislador, en cuyo sistema han de hacerse valer y cuya resolución ha de tener lugar dentro de un plazo razonable.

La STC 189/1990, no obstante, exhortaba al legislador para articular un sistema específico para resolver estos casos y, entre tanto, invitaba a los órganos judiciales a interpretar de modo flexible los remedios de rescisión de la cosa juzgada existentes para permitir la tutela ordinaria de los derechos fundamentales. En especial, en algunas Sentencias posteriores, en relación con la audiencia al rebelde, considera este remedio no sólo procedente, sino exigido

ble incluso como vía previa al amparo (SSTC 310/1993, de 25 de octubre; 134/1995, 25 de septiembre). La proclamada expansión terminó por ser acogida por la jurisdicción ordinaria pero, desde la doctrina científica, obtuvo algún que otro puntual elogio pero, sobre todo, feroces críticas.

C) INSTAURACIÓN Y POSTERIOR PERFECCIONAMIENTO DE UN CAUCE PARA SOLVENTAR LAS NULDADES CAUSANTES DE INDEFENSIÓN POR EMPLAZAMIENTOS DEFECTUOSOS QUE NO PUDIERON HACERSE VALER ANTES DE RECAER RESOLUCIÓN FIRME.

La situación creada llevó doctrinalmente a proponer tres posibles soluciones. La primera, la creación de un proceso sumario y preferente para dotar de tutela jurisdiccional previa al amparo a este tipo de supuestos en que se generaba una indefensión carente de reparación procesal (aunque exponiendo al mismo tiempo sus dudas al respecto DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 1997). La segunda, mantener la laxa interpretación de los medios de rescisión de la cosa juzgada y existentes o bien proceder a una breve reforma en los mismos a fin de dar protección legal a estos concretos supuestos de indefensión (BORRAJO INIESTA) y, finalmente, la tercera proponía introducir un medio específico adicional de rescisión de sentencias firmes (DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 1997; GARCIMARTÍN MONTERO).

El legislador optó por la última de las posibilidades descritas con la reforma del art. 240 LOPJ llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 5/1927, de 4 de diciembre. Su Exposición de Motivos dejaba claro que la reforma era consecuencia de la doctrina del TC y ponía de manifiesto que lo único que con ella se pretendía era crear “un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos antes de dictar Sentencia o resolución irrecurrible”.

En su parte articulada y mediante la introducción de dos nuevos párrafos en el art. 240 LOPJ se inauguraba en la legislación procesal una regulación expresa que posibilitaba la reparación de la nulidad de actuaciones cuando se produjesen defectos de forma causantes de indefensión (normalmente por consistir en defectos de notificaciones o emplazamientos que, precisamente por ser conocidos tras la Sentencia firme, impiden a quien los sufre accionar mediante los mecanismos generales de nulidad habilitados en el seno del proceso). El problema es que dentro del ámbito de dicho incidente se añadían también los supuestos de “incongruencia del fallo”; por eso se tenía que precisar “siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer Sentencia o resolución que pusiera fin al proceso y que éstas (en relación con las incongruencias) no sean susceptibles de recurso en el que reparar la indefensión sufrida”.

Las reacciones a la nueva regulación legal no se hicieron esperar y, de nuevo, se revelaron dispares. Así, a favor de su introducción se argumentaba que ello evitaba la inadecuada situación que se había producido hasta el momento en el que la inexistencia de un cauce en la jurisdicción ordinaria abocaba a la interposición directa del recurso de amparo e, incluso, se razonaba que la regulación no sólo resultaba necesaria, sino que se había quedado corta en su alcance al limitar su cobertura a la indefensión y no haber incluido, como hubiera sido más adecuado, la posibilidad de denuncia de otros derechos fundamentales (LARROSA AMANTE, postura que acogerá más tarde la LO 6/2007). Por su parte las críticas se centraban en que las dilaciones indebidas del proceso, por las que la Ley 34/1984, de reforma de la LEC, había suprimido toda vía incidental suspensiva, se permitían e incentivaban de nuevo, señalándose que hubiera bastado bien con una pequeña reforma en el remedio de la audiencia al rebelde o en el recurso de revisión para evitarlas, o con atacar el problema de raíz, reformando seriamente el sistema de notificaciones y emplazamientos para evitar que fuesen los Tribunales los que provoquen la

indefensión que se trata de paliar, en lugar de establecer un proceso incompleto e inseguro (BORRAJO INIESTA).

Cualquiera que fuera la posición doctrinal, existía un punto de convergencia consistente en considerar que la parca regulación legal del incidente generaba problemas no siempre de fácil solución como los derivados de la exclusiva alusión a las partes legítimas para su interposición, lo que provocaba que se quedaran fuera precisamente las verdaderamente afectadas, es decir, las no comparecidas a causa del defecto de notificación; el hecho de que no se estableciera el rango de resolución que debía dictarse por el órgano judicial en las diversas fases de admisión y resolución, ni se indicara si podían ser o no recurridas; o que se silenciara cuál debía entenderse que era la regulación supletoria para resolver estas y otras dudas interpretativas.

Las voces doctrinales convergentes son oídas por el legislador que aprovecha la LO 13/1999 de 14 de mayo, (BOE 19), de modificación, de nuevo, de la LOPJ 6/1985, para proceder, a “perfeccionar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones” (EM). Pese a calificar-se dicha reforma de apresurada, innecesaria e insuficiente (MORENILLA ALLARD), algunas de sus novedades son relevantes. En particular, debe destacarse la inclusión como partes legitimadas para instarlo a “quienes no fueron parte pero hubieran debido serlo”, otorgando legitimación al titular del derecho fundamental vulnerado, así como la intervención legislativa declarando el carácter irrecurrible de las decisiones de inadmisión o desestimación del incidente, zanjando con ello la polémica existente. Del mismo modo, la introducción del inciso “que, en uno y otro caso” no sean susceptibles de recurso en el que reparar la indefensión resultaba clarificadora habida cuenta de que, en la redacción anterior, al no precisarse este aspecto, parecía que el presupuesto procesal del previo agotamiento de los recursos existentes contra la resolución viciada de nulidad únicamente afectaba al primer motivo, es decir a los defectos causantes de indefensión, pero no así a la incongruencia al fallo.

3. EL INCIDENTE DE NULIDAD EN EL NUEVO MILENIO: LAS DISFUNCIONES ENTRE LA LEC/00 Y LA LOPJ/03

A) LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, (BOE 8), DE ENJUICIAMIENTO CIVIL COMO PARTE DE UN FRACASADO “DUAL PAQUETE LEGISLATIVO”

Así las cosas, se promulga la Ley 1/2000 (en adelante LEC/2000), una Ley cuya razón fundamental de ser, a decir de ella misma, es la de adecuarse a los nuevos tiempos, hacer efectivo el derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión, reconocido en el art. 24 CE, y erigirse en Ley procesal “supletoria y común” (EM). Con tal objetivo, el legislador procesal civil explicita su intención de expulsar de la LOPJ el conjunto de preceptos procesales y llevarlos a la LEC, ciñendo la regulación del Poder Judicial a las normas relativas al “funcionamiento” de Juzgados y Tribunales de modo más adecuado con lo establecido en el art. 122 CE. Se pretendía, de este modo, inaugurar un reparto normativo que se proclamaba más afín al espíritu constitucional y en el que la nueva LEC recogiera toda la regulación referida a las resoluciones judiciales y actuaciones procesales, incluida la nulidad, derogando, necesariamente y al mismo tiempo las normas contenidas en la LOPJ que regulasen estos mismos aspectos. La pretensión legislativa anunciada dependía, con ello, de un “doble paquete legislativo”: la reforma de la LEC, que se materializaba con la norma promulgada, y la aprobación de una ulterior que derogara la LOPJ en los estrictos términos anunciados.

En lo que ahora interesa, la nueva LEC introducía mejoras relativas a la nulidad de actuaciones. No obstante, hasta tanto no se produjera la anunciada futura reforma de la LOPJ, el legislador tenía la precaución de adoptar una cautela específica para evitar distorsiones entre ambas regulaciones al no ser éstas siempre coincidentes ni de fácil armonización, como

finalmente terminaría demostrándose. A tal fin destina la Disposición Final Decimoséptima de la LEC/2000 sobre “régimen transitorio en materia de abstención y recusación, nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones” suspendiendo la aplicación de “los arts. 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, respectivamente” en tanto no se produjera la esperada reforma de la LOPJ.

Junto a ello, la LEC/2000 reordena las normas procesales diferenciando entre los aspectos relativos a las resoluciones judiciales, de un lado, y las relativas a las actuaciones procesales, de otro.

a) En el capítulo relativo a las resoluciones judiciales, se introduce un instrumento para subsanar rápidamente, de oficio o a instancia de parte, las manifiestas omisiones de pronunciamiento, “completando” las Sentencias en que por error se hayan cometido. Con ello, se dice, “no será preciso forzar el mecanismo del denominado «recurso de aclaración» y podrán evitarse recursos ordinarios y extraordinarios fundados en incongruencia por omisión de pronunciamiento” sin que la nueva figura del “complemento” afecte a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la Sentencia incompleta, porque “de un lado, los pronunciamientos ya emitidos son, obviamente, firmes y, de otro, se prohíbe modificarlos, permitiendo sólo añadir los que se omitieron” (EM). De este modo, tras la clásica regulación de la aclaración de algún concepto oscuro y corrección de errores materiales (art. 214 LEC) cuya aplicación se deja condicionada hasta una prevista futura reforma de la LOPJ (Disp. Final 17ª LEC), se introduce un nuevo incidente para la integración del fallo (CASAS BAAMONDE) o de subsanación y complemento de Sentencias o Autos defectuosos o incompletos en el art. 215 LEC, con el fin de remediar el vicio de incongruencia manifiesta de Sentencias y Autos que, a diferencia de la aclaración, se declara de inmediata entrada en vigor (Disp. Final 17ª LEC a contrario).

A decir del párrafo primero del art. 215 LEC/00: “Las *omisiones* o defectos de que pudieren adolecer Sentencias y Autos y que *fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones* podrán ser subsanadas, mediante Auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior”. El párrafo segundo declara que “si se tratase de Sentencias o Autos que hubieren *omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso*, el Tribunal, a solicitud escrita de parte, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará Auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla”. Posibilidad ésta que se concede también al propio Tribunal en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicta, mediante Auto, para “completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado” (art. 215.3 LEC). Prohibiéndose cualquier recurso contra esas resoluciones que denieguen o completen las resoluciones; pero ello “sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la Sentencia o Auto a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal” (art. 215.4 LEC), computándose los plazos en tal caso “desde el día siguiente a la notificación del Auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla” (art. 215.4 LEC).

b) De otro lado, como decíamos, se introducen mejoras en materia de actuaciones judiciales y, en particular, *se reforma la nulidad de las actuaciones judiciales en los arts. 225 a 230 LEC, aunque se condiciona su aplicación a una posterior reforma de la LOPJ* (Disp. Final 17ª LEC). En relación a los medios para solicitar la invalidez, la LEC/2000 mantiene el sistema ordinario de denuncia de la nulidad radical a través de los recursos, si bien en el texto del actual art. 227.1 LEC suprime la referencia a “demás medios que establezcan las leyes procesales”. Se mantiene igualmente la posibili-

dad de declaración de oficio, antes de dictarse resolución que ponga fin al proceso, pero se introduce a continuación un nuevo párrafo en el art. 227.2 LEC para restringir en fase de recurso la reparación de oficio de posibles nulidades procesales, instaurando con claridad un principio dispositivo en su denuncia, salvo cuando se apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare al Tribunal. Finalmente, tomándolo del art. 240.3 LOPJ, “con algunos perfeccionamientos aconsejados por la experiencia” según la Exposición de Motivos, se regula el incidente de nulidad excepcional de actuaciones en el art. 228 LEC.

Las novedades técnicas, menores pero necesarias, aportadas por la LEC en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC son variadas. Así, se aclara que la inadmisión del incidente cuando se suscitan cuestiones distintas a aquellas para las que está previsto se hará mediante providencia sucintamente motivada (art. 228.1.3º); se regulan los efectos de la estimación: reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado siguiéndose a continuación el procedimiento establecido; así como las consecuencias de la desestimación de la petición de nulidad: Auto con condena en costas y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió el incidente con temeridad, multa de 90 a 600 euros (art. 228.2 LEC). Mejoras éstas que, como veremos, serán más tarde asumidas igualmente por la LOPJ en la reforma de la LO 19/2003.

Pero junto a ellas, la LEC/00 introduce una modificación crucial que va a distanciar el incidente excepcional civil (contenido en el art. 228 LEC) del previsto con carácter general en el art. 240.3 LOPJ (vigente en dicho momento): *la supresión de la incongruencia como motivo para fundamentar este mecanismo excepcional de rescisión de la cosa juzgada*. Acogida la incongruencia omisiva entre los preceptos relativos a las resoluciones judiciales, y viabilizada su corrección a través del remedio de la integración o complementación, era lógico que la LEC la

excluyera como motivo del incidente de nulidad de actuaciones. Esta decisión debe valorarse de modo positivo ya que establecer junto a los defectos de forma causantes de indefensión como causa del incidente excepcional de nulidad de actuaciones a la incongruencia omisiva no era correcto técnicamente pues ésta no siempre genera indefensión, entendida en sentido constitucional, de falta de contradicción (DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ), ni exige necesariamente la reposición de actuaciones para su reparación (LOURIDO RICO). Críticas acertadas por cuanto, a diferencia de los defectos procesales causantes de nulidad por indefensión, en buena técnica jurídica la incongruencia omisiva no constituye una vulneración del derecho a un proceso sin indefensión, sino, más precisamente, del derecho a obtener una Sentencia fundada en Derecho, como canon jurídico autónomo aunque ambos supuestos sean vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Existiendo argumentos técnicos para la exclusión de la incongruencia omisiva en el nuevo incidente de nulidad de actuaciones contenido en la LEC/00, más dudosa es la exclusión en general de todo tipo de incongruencia. Mientras que en el art. 240.3 LOPJ el segundo de los motivos que permiten accionar el incidente excepcional de actuaciones es la “incongruencia del fallo”, en el remedio del art. 228 LEC directamente se excluye tal causa, expulsando de esta vía procesal, no sólo a la omisiva, para la que al menos se prevé un cauce específico en el art. 215 LEC/2000, sino también a la incongruencia *extrapetita* y por error. La no inclusión de ninguna incongruencia se justifica por el legislador porque “la incongruencia de las resoluciones que pongan fin al proceso, además de que no siempre entraña nulidad radical, presenta una entidad a todas luces diferente, no reclama en muchos casos la reposición de las actuaciones para la reparación de la indefensión causada por el vicio de nulidad y, cuando se trate de una patente incongruencia omisiva, esta Ley ha previsto, como ya se ha expuesto, un tratamiento distinto”. Justificación, no obstante, algo inconsistente si se tiene

en cuenta que en la *extrapetita* la indefensión constituye un elemento sustancial para dotarla de relevancia constitucional (por todas, STC 220/1997).

Cualquiera que sea el acierto justificativo, lo que es indudable es que a partir de la LEC/00, el incidente excepcional de actuaciones previsto en un futuro para el orden civil de la jurisdicción en el art. 228 LEC pretende dejar de ser el cauce adecuado para sustanciar toda queja relativa al vicio de incongruencia y se ciña a los vicios producidos en las actuaciones procesales.

B) LA REFORMA DE LA LOPJ/1985 MEDIANTE LA LEY ORGÁNICA 19/2003, DE 23 DE DICIEMBRE: DISFUNCIONES INTRA E INTER NORMATIVAS.

El desajuste del incidente de nulidad de actuaciones regulado en la LEC con respecto al contenido en la LOPJ/85, como se ha dicho, provocó que el art. 228 LEC quedara conscientemente suspendida y expresamente condicionada en su vigencia a la entrada en vigor a una futura reforma de la segunda, si bien presuponiendo el legislador procesal civil que la LOPJ, una vez reformada, suprimiría toda regulación en esta materia y que, al mismo tiempo, al activar la vigencia efectiva del art. 228 LEC/2000, cedería a la LEC/2000 todo su protagonismo erigiéndose ésta en la regla general para todos los órdenes jurisdiccionales carentes de regulación específica. De este modo, las omisiones en el fallo detectadas en resoluciones judiciales pasarían a repararse con carácter general, o bien por el cauce de la corrección (art. 215.1 LEC), o por el del complemento e integración (art. 215.2 LEC), de vigencia inmediata con la aprobación de la LEC al no quedar expresamente en suspenso en virtud de la DF 17ª LEC; quedando el incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC (latente en su vigencia hasta que lo reactivara la esperada reforma de la LOPJ) únicamente

para reparar las indefensiones atinentes a defectos en las actuaciones.

El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia suscrito por los principales partidos políticos de nuestro país el 28 de mayo de 2001 proclamaba entre sus objetivos que la Justicia fuera rápida, eficaz y de calidad. Para alcanzar estas metas, el propio Pacto reiteraba la necesidad de una inmediata y “profunda reforma de la LOPJ, norma reguladora de los aspectos fundamentales del poder judicial y de la propia Administración de Justicia” que finalmente se materializaría con la LO 19/2003, de 23 de diciembre, con entrada en vigor el 16 de enero de 2004.

Esta reforma “activa” y “precipita” la entrada en vigor de la regulación que la LEC/2000 había dejado en suspenso por expreso deseo de su propia DF 17º. Aunque algún autor ha puesto en duda que la LO 19/2003 provocara tal reacción y, en concreto, la entrada en vigor del art. 228 LEC, varios datos permiten mantenerlo. En primer término, la propia declaración contenida en la Exposición de Motivos de la LO 19/2003 afirmando que el sistema diseñado por la reciente LEC/2000 obliga, entre otras cosas, “a las debidas adaptaciones del régimen de nulidad de actuaciones y de aclaración o corrección de resoluciones”, por lo que la reforma de la LOPJ responde a tal invitación. Pero también, y con mayor contundencia, ello se deduce de la Disposición Final 2ª de la propia LO 19/2003 cuando señala que “en el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta Ley”; es decir, serán las Leyes de Procedimiento, y entre ellas la LEC, las que en un próximo futuro se deban adecuar a la nueva regulación contenida en la LOPJ reformada y no a la inversa como sin embargo se pronosticaba. Lo que sólo tiene sentido si el legislador es plenamente consciente de que ha decidido romper el plan inicial del “doble paquete legislativo” e imponer en la LOPJ las directrices generales a las que deberán someterse el resto de normas procesa-

les. La reactivación parece ser, por otro lado, la postura asumida en la praxis judicial (*vid.* Como ejemplo el caso examinado en la STC 174/2004).

De este modo, aunque la entrada en vigor de la LEC estaba prevista de antemano en el momento en que se reformara la LOPJ, con lo que no se contaba era que precisamente dicha esperada reforma abortara en algunos puntos la regulación que, en espera de su confirmación, había quedado condicionada. En efecto, frente a las previsiones derogatorias contenidas en la EM de la LEC en relación con las normas procesales de la LOPJ, la LO 19/2003 trastoca el sistema ya que, en lugar de derogar los arts. 238 y ss LOPJ, les da nueva redacción, trasladando a la LOPJ el contenido de los arts. 228 y ss de la LEC si bien con algunas pequeñas diferencias que, aunque a primera vista pudieran aparecer mínimas, presentan por el contrario un indudable impacto y entrañan un considerable esfuerzo de hermenéutica jurídica.

En concreto la LO 19/2003 extrae del antiguo art. 240 LOPJ la parte relativa al incidente excepcional de nulidad de actuaciones para contemplarlo ahora de un modo autónomo en el nuevo artículo 241 en el que se reproduce el contenido del art. 228 LEC/2000 y sus mejoras [en relación con el tipo de resolución para la inadmisión del incidente, e incorporando igualmente los efectos de la estimación del incidente así como el tipo de resolución y los efectos de la desestimación del mismo], pero *manteniendo, sin embargo y a diferencia de lo acaecido en el art. 228 LEC, la incongruencia del fallo como motivo del incidente excepcional de actuaciones*, a pesar de las críticas que dicho motivo había recibido de la doctrina y que justificaron su eliminación del art. 228 LEC/2000.

Tal mínima diferencia, incorporada como causa del incidente anulatorio en el texto aprobado por el Informe de la Ponencia a propuesta del grupo parlamentario socialista, sin embargo, origina toda una completa confusión en el régimen jurídico actual del incidente excepcional de nulidad de actuacio-

nes y presenta, por ser éste exigido de modo previo al recurso de amparo, importantes y complejas dudas en relación con la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, la relativa a cuál es la vía correcta en la legalidad ordinaria de reparación de los vicios de incongruencia, ausente en el art. 228 LEC/2000 pero presente y exigible su reparación por el art. 241 LOPJ. Pero no sólo hay disfunciones inter-normativas (LEC *versus* LOPJ), sino que, además, en la medida en que la LO 19/2003 también procede a reformar el art. 267 LOPJ, es decir la antigua aclaración, para incorporar la regulación conjunta de los arts. 214 y 215 LEC y, con ello, recepcionar en la LOPJ la subsanación, integración y complemento, se provoca una nueva disfunción, en este caso interna: entre el art. 267 LOPJ y el nuevo art. 241 LOPJ en materia de incongruencia omisiva pues aunque ambos preceptos aluden a la misma, en cada una de ellas se hace con un régimen jurídico y alcance distinto.

C) ¿PREVALENCIA O INCOMPETENCIA NORMATIVA?

A salvo de cuestiones menores como la referencia a Sentencia (LEC) o Sentencia y resolución (LOPJ), el contenido del incidente excepcional de nulidad de actuaciones es prácticamente idéntico en ambos cuerpos normativos y la única diferencia, como se viene insistiendo, reside en que mientras que en la LOPJ pervive la incongruencia como causa para instarlo, esa posibilidad deviene ahora inexistente en la norma procesal civil que, recordemos, se declara norma supletoria al resto de leyes procesales.

La pregunta que debemos hacernos es si dicha antinomia, esto es la existencia de una doble regulación (LOPJ y LEC), una permitiendo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones para todas las incongruencias producidas en la última resolución firme y otra negando este cauce reparador, puede resolverse mediante el criterio de prevalencia o jerarquía normativa. Tal punto de partida, sin

embargo, debe rechazarse de plano. En realidad, las antinomias normativas que se producen como consecuencia de una regulación diferente contenida en una norma con rango de Ley Orgánica y una norma con carácter de Ley Ordinaria, como es la LEC, no se disipan mediante aplicación del criterio de jerarquía normativa, sino que afectan al principio de competencia de suerte que, en virtud del mandato constitucional, lo que no debiera ser coincidente es el ámbito material de regulación de una Ley Orgánica con la de una ordinaria al ser expresión cada una de ellas de una diferente potestad normativa. De este modo, su relación es estrictamente material, de suerte que la reserva de Ley Orgánica, que debe ser interpretada, por lo demás, de modo restrictivo habida cuenta de la especial exigencia de consenso parlamentario a la que va unida y su tendencia a la petrificación (STC 135/2006, de 27 de abril), impide a la Ley Ordinaria regular materias reservadas a aquélla, y, a la inversa, la Ley Orgánica tampoco puede invadir materias reservadas a la Ley ordinaria (STC 76/1983, de 5 de agosto). En tales casos, para detectar el vicio de incompetencia de una norma hay que analizar si contempla materias que le están vedadas. Lo que ocurre es que no está nada claro cuál es el contenido único que debiera residenciarse en la LOPJ.

Hay reputados autores que consideran que la regulación del art. 228 LEC y la no inclusión en su seno de la incongruencia, no puede oponerse a la solución normativa acogida expresamente en el art. 241.1 LOPJ, donde sí se incluye. Conclusión negativa que se impondría “por la posición de esta Ley Orgánica en el referido conjunto normativo (arts. 122.1 y 117.3 CE)” y porque “tratándose de materia propia de la LOPJ, al afectar al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, su regulación del incidente de nulidad de actuaciones no puede resultar afectada por una Ley ordinaria”. De este modo, se expone que “no es que la LOPJ sufra efectos modificativos o derogatorios sobre la LEC, ya que su posición no es de superioridad según una relación

de jerarquía normativa, sino que su regulación, correspondiéndose materialmente con el ámbito de la reserva a Ley Orgánica (art. 122.1 CE) y vedada consiguientemente a la ley ordinaria, hace inválida la regulación de ésta que exceda sus límites materiales no sólo por acción o positivamente, sino también por omisión o negativamente como aquí es el caso”. Con dicha argumentación se llega a la conclusión de que la reforma de la LOPJ ha llevado a cabo, no la “no puesta” en marcha del art. 228 LEC, sino su invalidez: “no ha cobrado aplicación efectiva, sino que ha perdido validez al contravenir la regulación de la LOPJ en materia constitucionalmente reservada a ese específico instrumento legal. El efecto de la reforma de la LOPJ ha sido el de sancionar con la nulidad la regulación del art. 228 LEC en la medida en que no contempla ese vicio como causa del incidente anulatorio” (CASAS BAAMONDE). Desde esta posición, en consecuencia, el incidente excepcional de actuaciones del art. 241 LOPJ sería el cauce natural y obligado antes del recurso de amparo para las posibles incongruencias que se produzcan en la última resolución judicial, cualquiera que sea la misma y el orden jurisdiccional.

Pero, partiendo también del principio de competencia como criterio de solución del conflicto normativo producido entre la LOPJ y la LEC, es posible, sin embargo, inferir también una consecuencia diversa. El art. 122.1 CE declara que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, *funcionamiento* y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Todo depende de lo que se entienda por “funcionamiento”, si se refiere a un planteamiento interno o externo, y si dicho concepto abarca a la legislación procesal o si, por el contrario, debe entenderse, como viene sucediendo, que las normas rituales procesales no exigen norma orgánica, salvo en la propia configuración de los órdenes jurisdiccionales (STC 224/1993).

Si entendemos que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de ser una norma estrictamente procesal, afecta al funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, entonces, en efecto, es la Ley Orgánica la que tiene la competencia para regular este aspecto y las leyes ordinarias contradictorias con la misma incurren en exceso competencial, debiendo en ello reputarse nulas. Ahora bien, si se considera que el incidente de nulidad de actuaciones, así como otras normas estrictamente procesales, lo que verdaderamente regulan es la correcta tramitación y relación entre los órganos judiciales y los particulares afectados, entonces podría no considerarse una materia relativa al “funcionamiento de los tribunales” y, en realidad, el exceso se contendría en la LOPJ que lo regula. Junto al tenor literal del art. 122.1 CE, en interpretación sistemática con el art. 24 CE, esta segunda interpretación vendría también avalada por la propia declaración legislativa expresada en la EM de la LEC/2000 (V) que justificaba que la LOPJ se desprendiera de las normas procesales “impropiamente situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento” precisamente en el hecho de que la referencia del art. 122.1 CE “al “funcionamiento” de los Juzgados y Tribunales no puede entenderse, y nunca se ha entendido, ni por el legislador postconstitucional ni por la jurisprudencia y la doctrina, como referencia a las normas procesales, que, en cambio, se mencionan expresamente en otros preceptos constitucionales”. Si esta segunda opción fuera la correcta (LOURIDO RICO), entonces la norma de competencia sería la LEC y la LOPJ habría incurrido en exceso.

Cualquiera que pudiera ser la interpretación correcta en este sentido, existe una tercera posibilidad, coherente con la dualidad

normativa aunque no tanto con un principio de competencia estricto, pero más pragmática para ofrecer una solución temporalmente factible, cual es la de entender que mientras en el orden civil de la jurisdicción es la LEC en su totalidad la que rige y, consecuentemente, no se podrán reparar incongruencias omisivas a través del incidente de nulidad de actuaciones del art. 228 LEC/2000, en el resto de órdenes jurisdiccionales podría acudir para ello al incidente del art. 241 LOPJ. Solución, no obstante, que tampoco impediría en estos otros órdenes solicitar el complemento cuando se tercie por cumplir sus requisitos legales, bien por aplicación supletoria del art. 215 LEC/2000 o bien por directa aplicación del nuevo art. 267 LOPJ.

D) CLASES DE OMISIONES Y CAUCES LEGALES DE REPARACIÓN

En todo caso, lo cierto e indiscutible es que la reactivación de la LEC/2000 por la reforma de la LOPJ produce complejos problemas en relación, al menos, con la incongruencia omisiva y ello tanto se alcance la conclusión de que la regla de interpretación debe primar a la Ley Orgánica (LOPJ), como a la Ley Ordinaria (LEC). En concreto, si se aplica la LOPJ, entre la regulación del art. 267.4 y 5 LOPJ y el incidente de nulidad contenido en el art. 241 LOPJ, por cuanto en ambos casos se contienen cauces de reparación para las omisiones que pueden resultar incompatibles. Pero si se aplica la LEC, entre los arts. 215 (que sólo prevé reparación para las omisivas) y el art. 228 LEC, al no contemplar este precepto cauce alguno en relación con las mismas. Para entender estos problemas resulta especialmente gráfica la siguiente tabla comparativa:

Artículo 215 LEC/2000	
-----------------------	--

<p>1. Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar <i>para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones</i> podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior.</p> <p>2. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a <i>pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas</i> en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.</p> <p>3. Si el tribunal advirtiese en sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha <i>en que se dicta</i>, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, <i>pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado</i>.</p> <p>4. (...)</p>	<p>(...) 4. "Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar <i>para llevarlas plenamente a efecto</i> podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecido en el apartado anterior".</p> <p>5. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a <i>pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso</i>, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla.</p> <p>6. Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, <i>pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado</i>.</p> <p>7 y 8. (...)</p>
Artículo 228 LEC/2000	Artículo 241 LOPJ/ref.2003
<p>3 2 2 26 1 2 4 1 1 1 1 1</p> <p>1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, <i>siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso</i> y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (...).</p>	<p>4 3 12 1 12 19 21 65 3 1 1 1 1 1 1</p> <p>1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, <i>siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso</i>, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario (...).</p>

A fin de ofrecer una interpretación integradora de las normas exige diferenciar tres supuestos de omisiones:

Artículo 267 LOPJ/ref.2003 a) Omisiones accesorias a los pronunciamientos principales y necesarias para llevarlos a cabo: la subsanación como cauce contenido en los arts. 215.1 LEC y 267.4 LOPJ reformado.

El art. 215.1º LEC (acogido en su práctica literalidad por el art. 267.4 LOPJ reformado), permite la subsanación mediante Auto de las

omisiones o defectos de que pudieren adolecer Sentencias y Autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones. Se trata de un supuesto en el que existiría ya un pronunciamiento pero respecto del que faltarían algunos elementos menores pero necesarios para llevarlo a efecto, como podría ocurrir, por ejemplo, con la determinación de un periodo temporal, la cuantificación de los intereses en la condena o cosas así. Estos casos, que exclusivamente permiten la subsanación, se rigen por el procedimiento general

de las aclaraciones (215.1 y 267.4 LOPJ) y, lo que es decisivo aunque nada se diga, en ningún caso a su través puede resultar afectado el pronunciamiento judicial, pues con la subsanación exclusivamente se persigue hacer viable lo “ya” Juzgado mediante una mínima exigida adición o concreción añadida, prácticamente sobreentendida pero que resta por declarar. La diferencia con la aclaración (arts. 214 LEC/2000 y 267.1-3 LOPJ) residiría, así pues, en que mientras en ella se actúa sobre lo que la resolución “dice”, la subsanación se proyecta sobre lo que la misma “no dice” (BELLIDO PENADÉS).

b) Omisiones Manifiestas de Pretensiones deducidas y sustanciadas en el proceso: el complemento o integración del fallo de los arts. 215.2 y ss LEC y 267.5 y ss LOPJ reformado.

Por su parte, este mismo precepto, el art. 215 LEC, pero en sus párrafos 2º a 4º, reproducido posteriormente en la reforma de 2003 en el art. 267. 4º y 5º, regula el régimen de las omisiones manifiestas de pretensiones, ya sea a instancia de parte o de oficio por el propio Tribunal. En ambos supuestos no cabe recurso contra la decisión judicial adoptada y la queja que se pretenda hacer valer podrá viabilizarse a través de los recursos que procedan contra la Sentencia o Auto a que se refiera la solicitud o la actuación de oficio del Tribunal (arts. 215.4 LEC y 267.7 LOPJ reformado); recursos que comienzan a computarse “desde el día siguiente a la notificación del Auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla” (art. 215.4 LEC y 267.8 LOPJ reformado).

A diferencia de la aclaración pero en línea con la subsanación, el complemento sólo se puede realizar respecto de Sentencias y Autos (la aclaración comprende providencias) y también aquí estamos ante una omisión. Pero en el complemento lo omitido no es un pronunciamiento accesorio, sino una pretensión o alegación principal, incurriendo una incongruencia omisiva en sentido estricto entendida como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Debe precisarse, no obstante, y ello se revela

como decisivo a la hora de armonizar este precepto con la regulación del incidente excepcional de nulidad, que se alude a pretensiones “deducidas y sustanciadas en el proceso” con lo que, en sentido estricto, en el complemento se trataría de supuestos que técnicamente no se enmarcan en el concepto de indefensión constitucional, al haber existido contradicción, sino de infracciones del deber de dictar Sentencias fundadas en Derecho.

Se trata, además, de un cauce de reparación de las omisiones patentes, cuyo procedimiento difiere según se inicie a instancia de parte o de oficio, y que se proyecta tanto sobre las resoluciones firmes como las definitivas. El hecho de que el art. 267.7 LOPJ y el art. 215.4 LEC declare que no cabrá recurso alguno contra los autos en que se resuelva sobre el complemento “sin perjuicio de los recursos que procedan, *en su caso*”, supone advertir de modo indirecto que es posible que contra la resolución sobre la que se solicita el complemento no quepa recurso alguno, esto es, sea la última y devenga firme.

Al margen de ello, lo relevante de esta figura es que, en todo caso, en la complementación se exige siempre la conservación del resto del fallo, es decir, este nuevo instituto no ataca la intangibilidad de lo ya Juzgado “ni a la firmeza que, en su caso, deba atribuirse a la sentencia incompleta”, siendo los pronunciamientos ya emitidos en tal caso firmes y prohibiéndose su modificación quedando ceñido el complemento a la “adición” de los que se omitieron, tal y como aclara con rotundidad la Exposición de Motivos de la LEC/2000. De este modo, en el complemento se añade algo no dicho, pero no se modifica lo ya dicho. Orientación interpretativa, que es de agradecer contenga la LEC, por cuanto con ello se disipa toda duda sobre la dicción literal de los preceptos implicados (art. 215.2 y 3 LEC) en los que la referencia a que no se puede “modificar ni rectificar lo que se hubiere acordado” se contiene exclusivamente cuando el complemento es de oficio y no así si quien lo insta es la parte. Con la aclaración de que la intangibilidad del fallo se mantiene

en ambos casos se solventan estériles interpretaciones. Tal conclusión es extrapolable al art. 267 LOP, en tanto simple traslación de su precursor.

c) Incongruencia omisiva como causa del incidente excepcional de nulidad de actuaciones en el art. 241 LOPJ reformado, pero no así del incidente regulado en el art. 228 LEC.

Finalmente, junto a las omisiones señaladas, el art. 241 LOPJ de la reforma de 2003 preveía la posibilidad de que se instara el incidente de nulidad de actuaciones cuando existiera una incongruencia en la resolución que pone fin al proceso, cualquiera que ésta fuera, incluida, por lo tanto, la omisiva.

E) UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN

Así las cosas, cabe preguntarse cuándo y cómo se armonizan las distintas posibilidades expuestas. En este sentido, sobre la base de que entendiéramos que tanto la LEC como la LOPJ están vigentes y no cuestionáramos cuál es la que infringe el principio de competencia, podría interpretarse, que, salvo en el orden civil de la jurisdicción, en el resto de órdenes jurisdiccionales, en aplicación estricta de la LOPJ, las combinaciones posibles serían variadas.

En primer lugar, es evidente que las omisiones que se *produzcan durante la sustanciación del proceso* de que se trate, podrán siempre hacerse valer, en primer término, por la vía del escrito de subsanación (cuando es una omisión accesoria e instrumental) o del complemento (cuando es una omisión manifiesta de pronunciamiento de pretensión deducida y sustanciada) y luego, en caso de ser denegadas, a través de los recursos que resulten pertinentes contra la resolución que se intentaba subsanar o completar.

Pero si la incongruencia se produce no en una resolución definitiva, *sino en la que pone fin al proceso*, por no ser susceptible de ser impugnada mediante recurso ordinario ni extraordinario, entonces el espectro de opciones se amplía y variadas son las dudas.

a) Si la omisión *que se imputa a dicha resolución es meramente accesoria*, no cabe duda de que quien tiene interés en que se concrete el aspecto instrumental omitido, deberá interponer escrito de subsanación (art. 267.4 LOPJ), sin que, en tal caso, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones sea viable, ni siquiera posteriormente, por cuanto, en puridad, por lo general la omisión no lo es de una pretensión principal, sino sólo de un aspecto accesorio.

b) Si la omisión que se imputa a dicha resolución *es manifiesta y afecta a pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas* (art. 267.5 LOPJ), es decir, se trata de una incongruencia omisiva en sentido estricto, se produce aquí el primer dilema. En la medida en que el escrito de solicitud de complemento constituye también un cauce para la reparación de estos defectos (pues la posibilidad de interponerlos incluso cuando se producen en la resolución que pone fin al proceso se derivaría de la ausencia de limitación expresa en este sentido), la cuestión reside en si en estos casos se ha de interponer escrito de complemento o si, por el contrario, lo procedente es el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ que alude a cualquier incongruencia como uno de los motivos legales para activarlo.

Para resolver el juego de estas dos posibilidades se ha señalado que, en realidad, ambas se configuran como volitivamente alternativas, de suerte que correspondería a las partes implicadas la elección de aquella que le resulte más adecuada. Pero esta solución, la de entender que existe una elección para las partes, no puede llevar a distorsionar las figuras procesales ofrecidas por el legislador. Es decir, claro que las partes pueden elegir entre el complemento o el incidente, lo que ocurre es que tal elección ha de ser correctamente ejercitada y de su procedencia o improcedencia se pueden derivar serias consecuencias jurídicas con trascendencia constitucional, como puede ser la de considerar el recurso manifiestamente improcedente y considerar extemporánea la demanda de amparo. De este modo, lo cierto es que

una correcta utilización procesal de las figuras confrontadas aboca a instar el complemento si la parte no persigue la modificación del fallo; en caso contrario, lo procedente es interponer directamente el incidente de nulidad de actuaciones.

La clave, entonces, reside en la pretensión procesal que permite accionar cada una de estas figuras. Así, aunque en ambos casos lo que se solicita es que el órgano judicial se pronuncie sobre una pretensión que, pese a deducirse y sustanciarse, finalmente no obtuvo respuesta, en el complemento la reparación de tal omisión tan sólo persigue un pronunciamiento explícito sobre la pretensión omitida, pero no busca ninguna modificación de lo ya juzgado, ni siquiera la revocación de la resolución a la que se imputa la queja. Este es el típico mecanismo adecuado para aquellos casos en que es la parte que ha salido favorecida en la cuestión de fondo planteada quien insta la integración pues es la interesada en que la resolución se “complete”, habida cuenta de que estando de acuerdo con lo obtenido, exclusivamente persigue un pronunciamiento expreso sobre el conjunto de las pretensiones deducidas que abundarían y ratificarían dicho pronunciamiento favorable.

Por el contrario, en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones la pretensión es claramente diversa pues se erige en mecanismo de rescisión de la cosa juzgada. Se persigue la nulidad de la resolución judicial que ha incurrido en incongruencia omisiva y que se dicte otra nueva dándole respuesta aunque ello suponga la alteración de los pronunciamientos primigenios que, en virtud de la nulidad, carecen de efecto alguno y se desvanecen para el Derecho. No de otro modo puede entenderse la referencia del art. 241.2 LOPJ a que la estimación de la nulidad lleva consigo la reposición de las actuaciones al estado inmediatamente anterior, es decir, al anterior al dictado de la Sentencia o resolución que incurre en el vicio de nulidad. En este marco deben considerarse incluidos todos los supuestos en los que lo que se pretende

es una modificación del fallo, bien mediante una nueva valoración jurídica, una nueva interpretación o una nueva apreciación de la prueba para resolver la cuestión omitida.

En todo caso, lo que bajo ningún concepto parece posible es que se interponga en primer lugar escrito de complemento y, si es denegado, a continuación un incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por la sencilla razón de que, en tal caso, una posterior interposición del incidente incumpliría el art. 241 LOPJ que únicamente permitiría denunciar la incongruencia si no existió ocasión de denunciarlo con anterioridad. Cuestión distinta sería, no obstante, que el propio Auto al resolver las pretensiones del escrito de complemento incurriera en una nueva, y necesariamente distinta, incongruencia omisiva, donde entonces podría entenderse que se cumplen los requisitos a los que se vincula el incidente de nulidad.

Para finalizar, tan sólo señalar que cuando el problema de las incongruencias omisivas se plantea en el orden civil de la jurisdicción y, en aplicación única y exclusiva de la LEC por tener previsiones específicas, las incongruencias omisivas manifiestas que se produzcan en la última resolución firme cuando no lleven consigo la modificación del fallo deberán utilizar el cauce del complemento (art. 215.2º y 3º). Si por el contrario su reparación necesariamente exige la modificación del fallo de la resolución que se impugna, tendrían acceso directo al recurso de amparo al no ser el complemento un remedio útil ni contemplarse ninguna incongruencia (y por tanto tampoco la omisiva) entre las causas que permiten instar el incidente de nulidad de actuaciones; el resto de incongruencias parece que en este orden accederían también directamente al amparo, so pena que se interpretara que la *extrapetita*, que para producirse necesariamente exige que el apartamiento del debate haya causado indefensión, pudiera reconducirse al único motivo para el que el art. 228 LEC ha previsto el incidente de nulidad de actuaciones de alcance rescisivo.

4. LA REFORMA DE LA LOTC Y LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES.

A) LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

a) Subsidiariedad del recurso de amparo e incidente de nulidad de actuaciones

Así de poco claras las cosas, se procede a una nueva modificación del incidente de nulidad de actuaciones contemplado en la LOPJ mediante lo que en otro contexto se ha dado en denominar la técnica de la “deslocalización normativa” (DESDENTADO) pues se introduce mediante la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La defectuosa técnica en este caso revela, no obstante, la dimensión constitucional del incidente de nulidad de actuaciones, necesariamente intensa como consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo. En efecto, tanto el art. 43, como el art. 44 LOTC, exigen y exigen, respectivamente, el agotamiento de “la vía judicial procedente”, y que “se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial” (con mejor técnica ahora que su dicción anterior exigiendo el agotamiento de todos los “recursos utilizables”). El incidente de nulidad de actuaciones como cauce para remediar determinadas lesiones constitucionales se erigía así en requisito de procedibilidad de la demanda de amparo en dos aspectos clave del derecho a la tutela judicial efectiva: uno como proyección del derecho a no sufrir indefensión (defectos de forma causantes de indefensión) y otro, el relativo a las incongruencias, como vertiente del derecho a obtener una Sentencia fundada en Derecho (claramente al menos en lo que se refiere a la incongruencia omisiva). En todos los casos en que el incidente de nulidad de actuaciones se vislumbraba útil para repa-

rar la lesión a la luz de la pretensión realizada, su interposición previa devenía obligatoria, de suerte que su ausencia provocaba la inadmisión de la demanda de amparo por prematura (SSTC 225/1991, de 30 de diciembre, FJ 2; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 2; 189/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 39/2003, de 27 de febrero; 85/2002, 22 de abril; 84/2004 de 10 de mayo). Pero su interposición podía convertirse en un arma peligrosa y acarrear la extemporaneidad de la demanda de amparo cuando el incidente se ejerciera excediendo de sus límites legales, al ser doctrina constitucional consolidada la de que la interposición de recursos manifiestamente improcedentes constituye una dilatación artificial del plazo de caducidad del recurso de amparo; plazo considerado imperativo e improrrogable (por todas, SSTC 237/2006, de 17 de julio; 323/2006, de 20 de noviembre). Extemporaneidad en la que se incurría si, por ejemplo a través del incidente se denunciaba la violación de un derecho fundamental sustantivo, o, incluso, uno procesal dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE para el que el incidente no estuviere previsto, como sería, incurriendo en un típico error conceptual, interponerlo para reparar una “incongruencia interna” entre el fallo y los fundamentos jurídicos, por no tratarse dicho supuesto de una incongruencia en sentido estricto —al no comparar las pretensiones deducidas con el fallo—, sino de un defecto de motivación amparable en el art. 24.1 CE pero ajeno al muy delimitado ámbito de cognición del incidente de nulidad, siendo el incidente por tal motivo manifiestamente improcedente a los efectos del recurso de amparo por imposibilitado para reparar el derecho vulnerado (STC 68/1997, de 8 de abril y, con mayor claridad, STC 42/2004, de 23 de abril).

Esta vinculación constitucional del incidente de nulidad con el recurso de amparo, como era de prever, abocó a que las dudas de coordinación entre la LEC/2000 y la LOPJ reformada terminaran por llegar al TC, quien tuvo que enfrentarse a tan delicada cuestión sin alterar su doctrina reiterada por la que la interpretación del contenido y alcance de las

normas que regulan los recursos constituye una cuestión de legalidad ordinaria que, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, excede de su competencia por corresponder en exclusiva su solución a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria (art. 117 CE). Y lo hizo, como era de esperar, desde la única perspectiva en que podía hacerlo, es decir, limitándose a examinar si la demanda cumplía con el requisito de la LOTC de agotar los recursos en la vía judicial previa y, más precisamente, acudiendo al fundamento último o *ratio* de este requisito procesal y que no es otro sino el de verificar que el recurrente ha dado la ocasión al órgano judicial en la jurisdicción ordinaria de remediar la lesión del derecho fundamental.

Varios han sido los supuestos abordados, y la esencial idea que se extrae de la doctrina del TC es que el mero hecho de que exista en este ámbito una verdadera dificultad interpretativa, impide tachar de “manifestamente improcedente” la vía utilizada por el justiciable cuando, cualquiera que sea el escrito interpuesto (subsanción, complemento, incidente de nulidad de actuaciones), la respuesta obtenida del órgano judicial hubiera sido similar a la que hubiera obtenido de interponer el cauce alternativo (SSTC 174/2004, ATC 288/2005). Así, cuando en el ámbito penal se interpone subsanción del art. 215 LEC pese a existir una previsión específica en la LeCrim, pero el órgano judicial lo admite, el TC afirma que en tal caso no es exigible el incidente de nulidad de actuaciones de la LOPJ (en el caso examinado todavía art. 240.3 LOPJ) (SSTC 174/2004, ATC 288/2005), o cuando, en un pronunciamiento más respetuoso con la decisión judicial, considera que se ha cumplido el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo y no se interpone un recurso improcedente en aquellos casos en que el propio órgano judicial decide admitirlo inicialmente aunque finalmente lo desestime (STC 119/2006). Incluso, en uno de los casos más extremos, como es el examinado en la STC 135/2007, el TC rechaza la existencia de un óbice procesal por haberse acudido al incidente del art. 241

LOPJ en lugar de al complemento del art. 215 LEC, a pesar de que, precisamente, el órgano judicial había inadmitido *a limine* el incidente interpuesto por considerar que la incongruencia omisiva denunciada era “tan patente” y grosera, que el cauce que se debió seguir era el del complemento del art. 215.2 LEC, desestimando el incidente y manteniendo, con ello, la lesión del derecho fundamental denunciada. Frente a tal tesis, el TC insiste en que desde la perspectiva del recurso de amparo en este caso también se ha conseguido lo pretendido a través de la exigencia del artículo 44.1 a) LOTC, dirigida a salvaguardar su carácter subsidiario y evitar la posibilidad de que se inste la tutela dispensable a través del recurso de amparo “sin haberse intentado la reparación del derecho ante la jurisdicción ordinaria cuando había un razonable cauce legal para ello”, sin que el cauce utilizado por el recurrente pueda calificarse para el TC de “manifestamente” improcedente, ni de inútil desde dicha y única perspectiva. Algo parecido, por lo demás, se razona en las más recientes SSTC 144/2007 y 232/2007.

b) Supuestos de lesión múltiple y cauces discordantes de reparación

La relevancia constitucional del incidente se dejaba sentir también con fuerza en otro tipo de supuestos igualmente relevantes: los consistentes en “doble o múltiple” pretensión constitucional con cauces de reparación no homogéneos. Se trata de supuestos frecuentes en los que se producen dos o más lesiones de derechos fundamentales que, al no ser reparadas en la jurisdicción ordinaria, se denuncian en amparo. Ello, cuando se trata de dos derechos puramente sustantivos, imaginemos, libertad de expresión y derecho de libertad sindical de un representante sindical, no presenta problemas a la hora de interponer el recurso de amparo pues lo normal es que en tales casos los derechos fundamentales alegados se hayan vulnerado con carácter previo al proceso judicial, conste por ello su denuncia desde la demanda originaria y se solicite su reparación a través de

los recursos pertinentes, siendo a continuación el recurso de amparo el único cauce posible al ser el incidente de nulidad de actuaciones grosera y manifiestamente improcedente a tales efectos.

Pero el problema surge cuando el cauce de reparación de las variadas lesiones de derechos fundamentales previsto por el legislador no es común, en cuyo caso el recurrente se encuentra con cauces distintos de reparación según cuál sea la concreta lesión constitucional de que se trate y respecto de los que tiene que decidir si son alternativos, sucesivos o acumulativos. Se trata de casos en los que se considera vulnerado, de un lado, un derecho sustantivo (por ejemplo, libertad de expresión) que es objeto principal del pleito y para cuya reparación el incidente de nulidad de actuaciones resultaría “manifiestamente improcedente” y, de otro lado, adicionalmente el órgano judicial incurre durante el procedimiento en una infracción procesal reconducible al art. 24 CE y susceptible de reparación mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ antes de la reforma de la LO 6/2007. El dilema en tal caso es evidente: ¿se debe acudir en amparo una vez finalizado el proceso aunque una de las pretensiones constitucionales, aisladamente considerada, pudiera considerarse extemporánea?, ¿es mejor no esperar respecto a la pretensión sustantiva e interponer el recurso de amparo directamente olvidando el incidente para evitar que declaren extemporáneo el amparo?, ¿debe interponerse un recurso de amparo denunciando la vulneración del derecho sustantivo, para el que el incidente resulta inútil, y un segundo amparo denunciando la vulneración procesal en caso de que finalmente el incidente interpuesto como cauce obligatorio sea inadmitido o desestimado?

La inseguridad jurídica del planteamiento descrito no es un ejercicio intelectual, sino una realidad aplastante como demuestra la propia jurisprudencia constitucional. Abreviando la compleja problemática que subyace al problema expuesto, baste aquí con señalar que a la hora de considerar cumplidos los requisitos

procesales a los que se condiciona la admisión de la demanda de amparo la doctrina del TC parte de una regla general que consiste en la imposible coexistencia de un recurso de amparo con una vía judicial abierta y, en particular, en la imposibilidad de admitir un recurso de amparo cuando el recurrente ha interpuesto al mismo tiempo, o de modo ulterior a la presentación del amparo, un incidente de nulidad de actuaciones (exponentes especialmente gráficos en este sentido la STC 189/2002, de 14 de octubre, con voto particular del Magistrado Tomás S. Vives Antón; o, más recientemente recogiendo la doctrina anterior, la STC 85/2006). De modo que una demanda de amparo alegando vulneración de derechos sustantivos (o procesales ajenos al cauce reparador que permite el art. 241 LOPJ), pero también de derechos procesales para los que está previsto el incidente de nulidad de actuaciones, deberá esperar a la resolución de éste, cualquiera que sea su resultado, y acudir después al Tribunal Constitucional en amparo.

Junto a esta clásica doctrina, el TC ha mantenido en alguna resolución aislada una postura diversa que, por criticada, será después rectificada soterradamente. En concreto, admitiendo la interposición de dos sucesivos recursos de amparo: el primero solicitando la reparación de las lesiones para las que el incidente de nulidad es imposible; y el segundo, en un momento posterior, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva exclusivamente por falta de reparación en la vía judicial de las vertientes que tienen acomodo en el incidente de nulidad inadmitido o desestimado. Esta posibilidad se anunciaba en el ATC 205/1999, de 28 de julio, aunque se rechaza por la estrecha vinculación que en el caso concreto enjuiciado presentaba la incongruencia denunciada con las lesiones sustantivas aducidas. Pero se muestra en todo su esplendor en la sentencia del caso “Nike” (STC 8/2004, de 9 de febrero) donde el TC admitió la interposición de un primer recurso de amparo en el que se denunciaba la vulneración de dos lesiones concretas: el art. 24.1 CE en su vertiente de motivación razonable y fundada en Derecho

y el art. 14 CE en su faceta de igualdad en la aplicación de la Ley, aunque al mismo tiempo se había interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones por entender que la sentencia impugnada incurría también en incongruencia omisiva e incongruencia por error; causas éstas para las que, obligatoria y necesariamente, entendía el justiciable que debía acudir al incidente con carácter previo al amparo y que se alegaban pero advirtiendo que respecto de ellas se interponía el incidente a fin de agotar correctamente la vía judicial previa. Una vez inadmitido dicho incidente, inmediatamente a continuación se acudió de nuevo en amparo por no haber sido reparadas las incongruencias denunciadas. Este segundo recurso también fue admitido con independencia de que el TS inadmitiese el incidente *a limine* habida cuenta de que desde la perspectiva de la subsidiariedad del recurso de amparo no se había interpuesto de modo manifiestamente improcedente (se alegaban dos quejas expresamente contempladas en el entonces art. 240.3 LOPJ, con lo que era difícil, cuando no técnicamente incorrecto, aplicar la doctrina de la STC 189/2002). En consecuencia, tanto el primer como el segundo recurso de amparo se admitieron en momentos distintos, se consideraron temporáneos y terminaron acumulándose y resolviéndose sin considerar existente ningún óbice procesal.

La posición novedosa fue destacada por algún autor poniendo de relieve la ventaja de esta nueva posición al dotar al justiciable de algo más de seguridad jurídica, pese a destacar la ausencia de razonamientos sólidos del TC para descartar el carácter prematuro del primer recurso (GARCÍA-VILARRUBIA). Ciertamente afirmar como hace la Sentencia Nike que la razón básica de la admisión de los dos amparos es que en ambos se alegaban todas las pretensiones no resulta convincente pues, de ser así, siguiendo la doctrina general, alguno de los amparos debió inadmitirse total o parcialmente. Probablemente hubiera sido más sencillo razonar que en tal caso el agotamiento de la vía previa tenía en cuenta no tanto un determinado proceso y una determinada resolución judicial, cuanto concre-

tas pretensiones constitucionales, es decir, el TC pudo justificar el cambio en que lo importante son las pretensiones concretas deducidas y destacar que cuando las lesiones de derechos fundamentales no están imbricadas o claramente conectadas con las propias objeto del incidente de nulidad de actuaciones, verdaderamente la vía judicial previa para ellas ya estaba agotada. En el caso concreto el recurrente diferenció las pretensiones a la hora de recurrir e interpuso directamente el primer recurso de amparo alegando aquellas pretensiones para las que la vía judicial se había terminado, sin incurrir en un recurso manifiestamente improcedente como sería el incidente respecto de las mismas, ni en extemporaneidad respecto a las incongruencias denunciadas para las que el incidente era obligado y necesario con carácter previo al amparo, en este caso, el segundo amparo. Esta posición, en la que se priman las pretensiones concretas frente al proceso judicial, sólo en alguna ocasión esporádica se ha sostenido después aunque de soslayo (STC 116/2006, de 24 de abril).

Hasta aquí, por lo tanto, los problemas más relevantes de la imbricación del incidente de nulidad de actuaciones con el recurso de amparo.

B) LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y LAS RAZONES DE UNA NUEVA REFORMA

a) Contracción del recurso de amparo y dilatación del incidente de nulidad de actuaciones como elementos necesarios para el reequilibrio de las funciones del Tribunal Constitucional

La reforma de la LOTC por la LO 6/2007 se aborda sobre la base de la experiencia acumulada de más de 25 años de antigüedad del Tribunal Constitucional y se justifica en su Exposición de Motivos en una necesaria reorganización de las competencias de este órgano para su mejor y más equilibrado cumplimiento. Aunque no se diga expresamente, se viene

a reconocer algo ya conocido, cual es que el exceso de recursos de amparo ocupa a la institución de un modo desmesurado, retrasando el conjunto de procedimientos que se desarrollan ante el TC y ello provoca que la justicia ofrecida sea, por tardía, ineficaz.

En relación con su particular función de garante de los derechos fundamentales, la reforma procede a establecer, como elemento central, una nueva regulación en la fase de admisión del recurso de amparo. La contracción que se pretende es más que relevante, al parecer primar ahora su carácter objetivo. Aunque todavía no se puede augurar cuál va a ser la interpretación constitucional de la nueva LOTC en este punto, lo cierto es que ahora se condiciona la admisibilidad del recurso de amparo a que el recurrente justifique debidamente la “especial trascendencia constitucional” (art. 49.1 LOTC) del recurso, la cual será apreciada por el TC “atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” [art. 50.1.b) LOTC]. Perspectiva desde la que, en definitiva, se produce un trasvase del amparo “subjetivo” al “objetivo”, es decir, se pone el acento no tanto en el justiciable y en la reparación del derecho que le ha sido particularmente lesionado, cuanto en la idea de que, al hilo de su lesión, sea posible elaborar una doctrina objetiva interpretativa de la que obtener una mejor delimitación de un concreto derecho con vistas a una proyección más general. No obstante, en el sistema español no parece que la dimensión subjetiva desaparezca, pues entonces no tendría sentido la delegación en las Secciones de la competencia para dictar sentencias de amparo en supuestos de mera aplicación de doctrina, a salvo de que se entienda que tal previsión se proyecta, exclusivamente, sobre la “futura” doctrina objetivada que pudiera irse gestando. En todo caso, la fuerte contracción sufrida por el recurso de amparo en esta fase no debiera suponer una supresión de supuestos de lesión patente de derechos fundamentales, en tanto que, como derechos, intrínsecamente refieren a un sujeto

y la referencia que se hace a la trascendencia en la “aplicación” de la Constitución, pudiera (y necesariamente debiera) dar cobertura a supuestos de patente, grosera e incontrovertible lesión de un derecho constitucional, so pena de deslegitimarse el TC como garante último de los derechos fundamentales.

Junto a ello y con la misma finalidad de garantizar los derechos fundamentales, la reforma de la LOTC otorga “a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex* artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, ampliando los supuestos por los que puede solicitarse, de suerte que en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento, ahora se podrá solicitar “con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución”. Ampliación objetiva que se lleva a cabo con “la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales” a fin de “otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico” (III EM).

Ambas medidas, contracción y dilatación, se proclaman “encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria” (II EM).

b) La ampliación del incidente a todos los derechos fundamentales con acceso al recurso de amparo: un filtro poroso

El problema básico que plantea la nueva reforma del incidente de nulidad de actuaciones es que se actúa sobre una figura, el incidente de nulidad de actuaciones, nacido y pensado básicamente para reparar defectos de forma causantes de indefensión, que se reforma ex-

clusivamente en lo atinente a su ámbito objetivo, dejando inalterado el resto de su régimen jurídico, un régimen jurídico muy particular y declaradamente excepcional (por tratarse de un remedio para modificar la cosa juzgada). Es el hecho de que la reforma se acometa de modo parcial lo que la hace incurrir en algún defecto meramente técnico, pero, sobre todo, el que impide que se alcancen con plenitud los objetivos pretendidos por la LOTC/07.

Los primeros defectos de técnica legislativa se apreciaban ya en el Anteproyecto de Ley donde el párrafo primero del art. 241 LOPJ, único sobre el que la reforma actuaba, quedaba redactado del siguiente modo: “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que *aquella* no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. Referencia señalada en cursiva que tenía sentido cuando se aludía a un objeto dual, los defectos de forma y la incongruencia, pero que carecía de sentido en un incidente ampliado. De ahí que, correctamente se suprimiera en el Proyecto de Ley (BOCG, Serie A, núm. 60-1, de 25 de noviembre de 2005) en el que se contiene la redacción que finalmente será definitivamente aprobada y que sólo difiere respecto al Anteproyecto en este pronombre demostrativo.

El definitivo y necesario ajuste del primer párrafo olvidaba, no obstante, que el art. 241 LOPJ contenía todo un régimen jurídico de carácter excepcional que necesariamente debía comprobarse y adecuarse so pena de generar disfunciones o incoherencias. Pero no se hizo, dejándose inalterado el mismo. Ello provoca algunos interrogantes. Así, por ejemplo, se mantiene que el cómputo del plazo para pedir la nulidad sea de veinte días y siga computándose “desde la notificación de la resolución o,

en todo caso, desde que se tuvo conocimiento *del defecto causante de indefensión*, sin que en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución”. Este segundo plazo tenía su sentido en supuestos como el de la vulneración del derecho de defensa por defectuosa realización de los actos de comunicación o la pérdida del escrito de personación, pero se ha considerado por la doctrina que tras la reforma el plazo de cinco años no resulta justificado con carácter general (BACHMAIER WINTER). Cabría no obstante entender que este último cómputo afecta única y exclusivamente a los supuestos clásicos de indefensión y respecto de ellos sigue teniendo vigencia pero que no es extensible al resto de derechos fundamentales sometidos al primer plazo, de suerte que el mantenimiento de un régimen dual seguiría teniendo sentido habida cuenta de que, precisamente, es en los supuestos clásicos de indefensión en los que el desconocimiento obliga a la ampliación a fin de que el derecho tenga una oportunidad de ser ejercido. En cualquier caso, el primer plazo (o plazo general) sigue planteando problemas en el *dies a quo* para su cómputo pues la notificación que se establece como referencia permitiría su interposición en fechas no uniformes a todas las partes dependiendo de la fecha en que a cada una se les haya notificado, por lo que hubiera sido más adecuado ampliar el plazo para interponer el incidente, pero computar como fecha única de inicio la de la propia resolución, dotando así al órgano judicial y a las partes de mayor seguridad jurídica.

Junto a ello, antes de la reforma ya se había cuestionado la oportunidad de que el mismo Juez que cometió la infracción fuera el competente para repararla pues mientras una parte de la doctrina consideraba que ello era beneficioso (porque el conocimiento directo y profundo del asunto dotaba de prontitud a la respuesta judicial), otros autores consideraban que la reparación se dificultaba, precisamente, por la posible posición reactiva del mismo órgano a reconocer haber cometido la infracción. Las dudas sobre la oportunidad de mantener el sis-

tema de competencia del clásico incidente de nulidad de actuaciones resurgen en la reforma porque la ampliación llevada a cabo exige revisar el completo fallo que el mismo órgano dictó (BACHMAIER). Para solventar estos resurgimientos, no obstante, podría sostenerse que, en realidad, se mantiene inalterada la dinámica anterior del incidente. Si los derechos sustantivos que ahora se pueden denunciar mediante el incidente de nulidad de actuaciones, necesariamente, no han debido poderse denunciar con anterioridad (pues en caso contrario el incidente no podrá admitirse), es difícil que el órgano judicial realice un completo replanteamiento del litigio pues al no haber podido denunciarse su lesión antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso los nuevos derechos alegados no habrán tenido oportunidad de ser examinados.

Finalmente, y entre otras menores que podrían enumerarse (como los relativos al momento en que debía agotarse el incidente reformado a partir de su entrada en vigor como requisito previo al amparo), dudas surgen igualmente en cuanto a los efectos de la estimación del incidente porque se mantiene que se repondrán las actuaciones al “estado inmediatamente anterior al *defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido*”, mandato de irregular técnica cuando se proyecta al conjunto de derechos que ahora tienen cabida en el art. 241 LOP, salvo en relación con el derecho a no sufrir indefensión.

En cualquier caso, pese a los pequeños ajustes expuestos, lo cierto es que el lastre más importante que pesa sobre la reforma es la propia configuración del incidente de nulidad de actuaciones. Pretender un filtro constitucional constituye una buena idea especialmente si con el mismo se logra concretar y definir con precisión la posterior pretensión constitucional; objetivo crucial a los efectos de un mejor funcionamiento del “nuevo amparo constitucional” que inaugura la reforma de los arts. 44 y 50 de la LOTC. Pero si el filtro se limita a los supuestos de vulneración constitucional “de último grado”, por así decirlo, la exigencia

legal de que antes no se haya podido invocar y no exista posibilidad ulterior alguna para denunciar la lesión recién producida ello limita definitivamente su potencial acción y pretendido campo de actuación. Es decir, lo que ya no está tan claro es que el incidente logre en un futuro los resultados para los que se ha previsto, es decir, la disminución de los recursos de amparo en la confianza de que la jurisdicción ordinaria va a ser la esperada garante de las lesiones a la par que salvadora del colapso del Tribunal Constitucional. Ciertamente la reparación de las lesiones constitucionales pueden volverse enormemente efectivas por el buen hacer judicial en muchos de los asuntos para los que carecía de sentido que el Alto Tribunal tuviera que dedicar su esfuerzo material y humano en una última revisión. Pero, probablemente, al final el incidente excepcional de nulidad termine por convertirse en una simple rutina accesoria pero obligada para acudir en amparo, igual que venía siéndolo. En otras palabras, todo aquello que no sea estimado o considerado favorablemente para quien insta el incidente en la jurisdicción ordinaria, acabará en el Registro General del Tribunal Constitucional (o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad a decir del nuevo art. 85.2 LOTC), con mayores o menores argumentos tal y como venía ocurriendo, como demuestra el mínimo porcentaje actual de recursos de amparo admitidos y, todavía más, el de los que terminan por obtener un pronunciamiento favorable.

En este sentido, no cabe sino afirmar que se trata de un filtro “poroso” que tan sólo reducirá el trabajo del TC en aquello que se estime en la vía jurisdiccional y el resto simplemente llegará un poco más tarde. Desde luego no es en el incidente donde se pueden reducir los amparos, sino en el régimen transitorio de falta de motivación de las providencias de inadmisión y, sobre todo, con las nuevas exigencias en la fase de admisión del recurso constitucional. Pero, además, la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no resuelve tampoco los problemas en relación al momento de interposición del recurso de amparo que

se planteaban antes de la reforma en casos de pretensión constitucional dual, ni despeja las dudas en cuanto al régimen jurídico de las incongruencias.

1º. Reforma y múltiple lesión constitucional: se perpetúan las dudas

Así, en primer lugar, por lo que se refiere a las dudas atinentes al momento de interponer un recurso de amparo basado en una lesión dual con discordante cauce reparador, los problemas se mantienen inalterados. Ciertamente hay un único supuesto claro al que la ampliación habría otorgado cobertura y resuelto. Me refiero a aquellos en los que la doble vulneración constitucional se produce en la última resolución judicial pero para los que antes de la reforma la vía de reparación no era común. Ello incluye, de un lado, a todas las lesiones de distintos aspectos reconducibles al derecho a la tutela judicial efectiva acaecidas en la última resolución judicial respecto de las que, ahora, necesariamente el incidente se convierte en camino obligado para agotar la vía judicial previa a los efectos de interponer un posterior amparo. Se solventan así los problemas generados cuando concurrían diversas vulneraciones del art. 24 CE, pero respecto a las cuales el incidente no resultaba un cauce omnicompreensivo, por ejemplo, cuando se lesionaba el art. 24 CE por incurrir en una incongruencia (para la que el incidente era un remedio útil), pero también por apreciarse un error patente o una motivación arbitraria (para el que el incidente debía inadmitirse *a limine* por exceder de su objeto). Asimismo, por otro lado, podrían incluirse procesos en los que la concurrencia de lesiones se diera entre un derecho fundamental procesal y uno sustantivo, como ocurriría cuando la última resolución judicial lesiona el principio de igualdad en la aplicación de la ley e incurre asimismo en un defecto procesal causante de indefensión. Ampliando el ejercicio de imaginación, incluso, se podría solventar algún excepcional asunto en el que la concurrencia fuera completamente entre derechos sustantivos, por ejemplo, que se vulnerara el derecho a la igualdad en la ver-

tiente recién indicada y a la legalidad penal (en supuestos de absolución en instancia y condena en apelación).

Pero, ciertamente, salvo el primer ejemplo (concurrencia de vertientes distintas del derecho a la tutela judicial efectiva), resulta muy difícil que en la última y definitiva resolución judicial se geste una novedosa y doble pretensión sustantiva, supuesto único en el que el incidente de nulidad se erige en cauce reparador global. Más bien al contrario, las lesiones de derechos fundamentales sustantivos se habrán producido antes del proceso y le sirven de presupuesto o, a lo sumo, se producirán a consecuencia del propio desarrollo del proceso (imaginemos coacción de la libertad de expresión de abogado, vulneración de la presunción de inocencia o de la imparcialidad judicial). En este último caso, no sólo podrán ser alegadas en su seno, sino que así deberá hacerse necesariamente (mediante la recusación en el momento oportuno, la protesta, la alegación en el recurso pertinente, etc.), so pena de incumplir el requisito al que se supedita un posterior recurso de amparo en relación con la exigencia de previa denuncia (o invocación) del derecho vulnerado tan pronto como se tuviera oportunidad. Y si ya han sido denunciados, por anteriormente producida la lesión, el incidente de nulidad no sirve para reparar la lesión dual por impedirle su régimen legal, con lo que el amparo deviene, tal y como antes ocurría, la vía natural de reparación.

En definitiva, en los supuestos de doble pretensión, la tutela judicial ordinaria que se quiere potenciar con la reforma de la LOTC probablemente consiga el objetivo proclamado de reducir los recursos de amparo en aquellos casos en los que lo que se lesiona en la última resolución es un único derecho fundamental, el art. 24 CE (y, si se apura, el art. 24.1 CE y parcialmente del art. 24.2 CE), pero en vertientes variadas, pues ahora todas ellas pueden repararse mediante el incidente de nulidad de actuaciones, evitando con ello un ulterior recurso de amparo. Pero, incluso en tales mayoritarios casos, de no lograrse dicha reparación, no hay reforma que pueda impedir (salvo la

constitucional eliminando el propio recurso de amparo) que se acuda posteriormente en amparo, lo que demuestra, frente a los augurios del Consejo General del Poder Judicial previendo un aumento “sustancial” de las facultades de la jurisdicción ordinaria para tutela los derechos fundamentales, el escaso impacto real que tiene la ampliación de esta figura en la reducción de la sobrecarga del Tribunal Constitucional y la permanencia de las dudas relativas al momento de interposición del recurso de amparo en la abrumadora mayoría de casos en los que, todavía, la pretensión constitucional dual se siga produciendo en fases procesales distintas, salvo que consideremos, más allá de una interpretación literal del incidente, que la reforma pretende reforzar la regla general y permite soslayar la brevemente apuntada en el caso Nike.

2º. Mantenimiento del “incongruente” régimen de las “incongruencias”

Tampoco por lo que se refiere a las incongruencias la reforma ha aportado serenidad, perdiéndose en tal sentido una oportunidad justificadora.

En relación con las incongruencias omisivas el sistema se mantiene básicamente inalterado. De este modo, en resumida síntesis:

1º. Respecto a la incongruencia omisiva manifiesta y patente en la resolución que pone fin al proceso cuya reparación no suponga modificación del fallo, sino que tan sólo lo complementa, deberá distinguirse según el orden jurisdiccional.

En el orden civil, la situación se mantiene como antes de la reforma pues en caso de que la incongruencia se aprecie en la última decisión se deberá acudir al art. 215 LEC y después directamente en amparo. Las únicas novedades en este punto son sólo dudas. De entenderse aplicable el nuevo art. 241 LOPJ como un proceso de preamparo o amparo judicial especial y obligatorio como paso previo al recurso de amparo en todos los órdenes jurisdiccionales (lo que apoyaría el hecho de que su modificación se produzca, precisamente, al

hilo de la reforma de la LOTC y con una finalidad específica de reducción del volumen de recursos), podría pensarse que se abre un nuevo cauce de necesario agotamiento después de agotado el art. 215 LEC. Sin embargo, no parece que ello sea posible, simplemente porque si se ha interpuesto un escrito de complemento, ya se habrá denunciado con carácter previo la lesión constitucional y, en consecuencia, se incumplirá uno de los requisitos para acceder al incidente del art. 241 LOPJ, con lo que el régimen se mantendría inalterado. Otra posibilidad sería que, incluso en el ámbito civil, se optara por entender aplicable la LOPJ, como normativa especial en materia de derechos fundamentales. En cuyo caso cabría una alternativa novedosa: entender que no se debe acudir al complemento en tal caso y, en la medida en que supone una infracción del art. 24.1 CE en su vertiente de sentencia fundada en Derecho, acudir al mecanismo del art. 241 LOPJ y, después, de no subsanarse, en amparo. Esta posibilidad, sin duda, sería más afín con la declarada voluntad del legislador incrementando la tutela ordinaria de los derechos fundamentales y, por añadidura, solventaría algunos problemas en cuanto a su real garantía en dicha jurisdicción que evitaran supuestos como el que se resolvió en la STC 135/2007.

En el resto de órdenes jurisdiccionales en los que no se contemple una regulación especial, la situación es idéntica a la anterior, de suerte que, en caso de entender que el principio de competencia supone la aplicación exclusiva de la LOJP, habrá de actuarse por la vía del art. 267.5 y, en caso de no repararse en la jurisdicción ordinaria, acudir directamente en amparo.

2º También en relación con la incongruencia omisiva (manifiesta y patente, o no) en la resolución que pone fin al proceso cuya reparación suponga modificación del fallo se han de realizar diferencias.

Así, también en el orden civil la situación es exactamente igual a la de antes de la reforma. La ausencia de previsión específica de la LEC en el art. 228, abocaría a un amparo directo. Y la novedad remite a la duda ya planteada en

relación con el supuesto anterior sobre la aplicación, de entender que es un proceso especial y prevalente de tutela de derechos fundamentales, que debe acudir al art. 241 LOPJ y, de no repararse la lesión, después en amparo.

En el resto de órdenes en que no haya norma específica, la lesión debe ser reparada vía art. 241 LOPJ y, de no lograrse, posteriormente intentar el amparo.

3º. Finalmente en aquellos órdenes de la jurisdicción en que no se contemple una regulación específica para la incongruencia *extra petita* (causante, necesariamente, de indefensión con relevancia constitucional), la lesión debe ser reparada vía art. 241 LOPJ y, de no lograrse, posteriormente intentar el amparo. En el civil, salvo que la *extrapetita* se quiera considerar un defecto de forma causante de indefensión (en cuyo caso encuentra cobijo en el art. 228 LEC y deberá interponerse el incidente ahí contemplado), la única reparación posible es la del recurso de amparo directo o entender que, con carácter previo, en el ámbito civil es posible acceder también al incidente contemplado en el art. 241 LOPJ por acoger una previsión de tutela general de los derechos fundamentales para toda la jurisdicción ordinaria.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Nada puede objetarse a la necesidad de una reforma del incidente de nulidad de actuaciones y del propio recurso de amparo. El acuciante y desmesurado peso de este último en las tareas del Tribunal Constitucional llevaba años preocupando a los Presidentes de esa institución. La reforma operada en el recurso de amparo, tanto en los pendientes de resolución (enervando la necesidad de motivar la providencia de inadmisión: Disp. Transit. 3ª LOTC), como de los que se interpongan a partir de su entrada en vigor (invirtiendo el planteamiento existente hasta el momento y exigiendo que sea el recurrente quien acredite, no sólo la existencia indubitada y patente de

una lesión de un derecho fundamental, sino que la lesión evidente, adicionalmente, presenta trascendencia constitucional; o agilizando la resolución de amparos de mera aplicación de doctrina mediante la posibilidad de que se pronuncien las Secciones en lugar de las Salas), al margen de algunos problemas técnicos, era necesaria y, sin duda, va a ser el pilar más eficaz para lograr los objetivos anunciados por la Exposición de Motivos de la LO 6/2007.

Por el contrario, la proyección de la reforma más allá de la propia LOTC afectando al incidente de nulidad de actuaciones se muestra menos efectiva. La ampliación del ámbito subjetivo del incidente de nulidad llevado a cabo sin una paralela modificación y adecuación de su completo régimen jurídico, aunque resuelve algún problema, lo hace de modo aislado, no generalizable y cuantitativamente poco relevante, dejando, además, incólumes algunos de los aspectos más problemáticos en cuanto a su interrelación con el recurso de amparo y el cumplimiento de sus requisitos de admisión. Como se ha tenido ocasión ya de señalar, los únicos amparos que podrían filtrarse serían los justificados que ahora estima el TC, pero se trata de un número mínimo que no justifica el coste de un nuevo proceso con la demora que ello lleva consigo (DESDENTADO, 2007).

Ciertamente no es fácil dar alternativas eficaces y eficientes exentas de quiebras técnicas. El último autor citado propone para resolver el colapso del TC ocasionado por el recurso de amparo actuar en lugar de en la oferta, como hace la LO 6/2007, hacerlo en la demanda mediante dos tipos de medidas. La primera, mediante el establecimiento de costas o de depósitos en el recurso de amparo como mecanismo para desincentivar el abuso. La segunda, mediante la propia autolimitación del Tribunal Constitucional evitando ser la última palabra en cuestiones menores y dejando de lado su políticamente correcta doctrina constitucional excesivamente comprensiva con los defectos procesales de las partes y demasiado rigurosa con las decisiones judiciales.

Limitándonos no obstante a la exclusiva problemática que presenta el incidente de nu-

lidad de actuaciones, baste aquí con señalar que si la bienintencionada reforma hubiera realizado alguna pequeña modificación adicional pero dando un vuelco a la naturaleza originaria del incidente de nulidad de actuaciones (que ahora ya no debiera siquiera ir calificado en cuanto al alcance de la nulidad), a lo mejor, se hubieran podido solventar algunos de los problemas existentes.

Así, podría convenirse la regulación de un breve incidente de nulidad por vulneración de derechos fundamentales contemplado en la LOPJ tal y como se hace pero que expresamente disipara dudas sobre su aplicación a todos los órdenes de la jurisdicción, pues con ello se resolverían (al menos pragmáticamente) los problemas de competencia a los que anteriormente hacíamos referencia y las disfunciones entre la LEC y la LOPJ. Del mismo modo, para soslayar la problemática específica de las lesiones duales para las que el incidente constituye sólo un cauce parcial [es decir, cuando para alguna de las lesiones de derechos fundamentales el incidente se muestra absolutamente improcedente por haber acaecido con anterioridad a la última decisión, pero al mismo tiempo es esta última la que incurre en la vulneración de un nuevo derecho fundamental, por lo que respecto de ella debe acudir al nuevo incidente], cabría pensar en modificar el actual régimen jurídico para permitir el incidente para alegar el conjunto de los derechos fundamentales vulnerados, con independencia del momento en que se produjo la lesión. Para evitar los evidentes peligros de desbordamiento de esta nueva ampliación, no obstante, debieran establecerse unos estrictos límites en cuanto a la posibilidad de insistir en lesiones de derechos que ya han recibido respuesta judicial. De un lado, en cuanto a la necesidad de haberse invocado los derechos tan pronto fueron conocidos a fin de evitar estrategias

procesales. De otro lado, permitiendo exclusivamente la alegación de derechos fundamentales que tenga algún fundamento. Para evitar que ello no sea así, no queda más remedio que echar mano de un remedio nada popular pero siempre efectivo, el de crear un mecanismo que haga costoso el incidente. Posición sobre la que no cabe oponer la justicia de ricos y de pobres, bastando con incluir tal aspecto en la normativa de asistencia jurídica gratuita. Junto a ello, la regulación debiera impedir una nueva casación o instancia y, a tal fin, ceñir la posible respuesta judicial respecto a las lesiones sobre las que el órgano judicial ya se hubiera pronunciado a su mera ratificación y a la concreción del dilema constitucional resuelto y planteado; o, por el contrario, de apreciar de modo excepcional que concurre la vulneración denunciada, declarar la nulidad y revocar el fallo vinculado a tal motivo. Con alguna fórmula así o parecida, se solventarían las dudas en cuanto al momento de interponer el amparo (al ser siempre obligatorio el incidente en los términos señalados) y, sobre todo, se dejaría en manos de los órganos judiciales la delimitación de la posterior controversia jurídico-constitucional, facilitando incluso la tarea que el TC debe hacer en la fase de admisión del recurso de amparo si se estableciera expresamente la obligación judicial de razonar la trascendencia o intrascendencia constitucional del derecho que se dice lesionado. Pero todo ello siendo consciente de que si el lector fuera Goethe me exigiría guardarle de mis dudas, al tener ya bastante con las suyas propias, y sólo beneficiarle con mis convicciones, en cuyo caso, probablemente este artículo debió terminar sin conclusiones.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BORRAJO INIESTA I., “El empecinamiento en la nulidad de actuaciones”, *Tribunales de Justicia*, núm. 1/1998; CASAS BAAMONDE M.E., “La nueva regulación de los incidentes de nulidad de actuaciones y de subsanación y complemento de Sentencias”, *Relaciones Laborales*, núm. 2/2004, p. 2; DESDENTADO BONETE, *La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”*, RL, 1996, I, p. 479 y “La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo”, en *El futuro de la justicia constitucional. Actas de las XII jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEC y TC), 2007, pp. 23-30; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ I., “Un pequeño gran problema: indefensión y sentencia firme”, *Tribunales de*

Justicia, núm. 5/1997, y “La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras”, *Tribunales de Justicia*, núm. 2/1998, pp. 141ss; GARCIMARTÍN MONTERO R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid (Civitas), 2002; HERRERO ALARCÓN F., “Reacción Procesal frente a notificaciones defectuosas: la nulidad de actuaciones”, en AA.VV. *El Proceso Laboral. Estudios en Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Valladolid (Lex Nova), pp. 361-362; LARROSA AMANTE, M.A., “El incidente de nulidad de actuaciones a instancia de parte”, *Jueces para la democracia*, núm. 36/1999, pp. 75-91; LOURIDO RICO A.M., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC. Texto adaptado a la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ*, Granada (Comares), 2004; MERCADER UGUINA J.R., NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2005; MORENILLA ALLARD P., “De nuevo sobre el incidente de nulidad de actuaciones: la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo”, *La Ley*, T 4-1999, p. 1644; VERGÉ GRAU J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona (Bosch), 1982.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 11 de marzo de 2008.

RESUMEN

El sistema de indicaciones del artículo 417bis no responde a las características y valoraciones de la sociedad española actual, por lo que ha llegado el momento de abordar una reforma en profundidad de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Un debate serio y fructífero sobre las alternativas de reforma debería evitar los argumentos del pasado, excesivamente centrados en el debate sobre el valor de la vida en gestación, y centrarse en la elaboración de una adecuada política en materia de salud reproductiva todavía inexistente en España. Sobre estas premisas, el modelo del plazo con asesoramiento se presenta como una opción razonable para compatibilizar el debido respeto de la autonomía de las mujeres con la protección de la vida anterior al nacimiento.

PALABRAS CLAVE

ABORTO, INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO, SALUD REPRODUCTIVA, SISTEMA DE INDICACIONES, SISTEMA DEL PLAZO, ASESORAMIENTO.

ABSTRACT

The indications given in Article 417bis do not reflect the characteristics and evaluations of contemporary Spanish society. The moment has come to broach a substantial reform of the legislation regarding the voluntary interruption of pregnancy. A serious and fruitful discussion of the alternatives must avoid past arguments too centred on the debate over gestational life value, and focus on the development of appropriate political measures, so far in-existent in Spain, regarding reproductive health. Given these premises, the time limit model with counselling arises as a reasonable option for making respect for women's autonomy and protection of unborn life compatible.

KEY WORDS

ABORTION, VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY, REPRODUCTIVE HEALTH, INDICATIONS, TIME LIMIT MODEL, COUNSELLING.

OTRA VEZ EL ABORTO: EL INEVITABLE CAMINO HACIA UN SISTEMA DE PLAZOS

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

Sumario: 1. Una normalidad muy frágil. 2. El defecto de origen: la inseguridad jurídica asociada al sistema de indicaciones. 3. Presupuestos para una reforma: el nuevo escenario social. 4. La opción por el modelo del plazo. A) Las claves del modelo del asesoramiento. B) Una solución aceptable para la reforma del aborto en España. 5. ¿Qué plazo? Nota bibliográfica

1. UNA NORMALIDAD MUY FRÁGIL

Hasta hace apenas unos meses la interrupción voluntaria del embarazo parecía una práctica totalmente normalizada en España, tan sólo matizada por ciertas disfunciones administrativas que la mayoría de las mujeres habían asumido con resignación —como la falta de disponibilidad de este servicio en casi todos los hospitales públicos o la necesidad de afrontar de modo privado los costos de una intervención que muchas Comunidades Autónomas no incluyen entre las prestaciones sanitarias sufragadas por el sistema público de salud—. Pero ninguna de estas deficiencias impedía pensar que en España toda mujer que quiere abortar puede hacerlo sin más exigencias que el cumplimiento de unas pocas formalidades de sencilla realización. La legislación penal del aborto no parecía constituir obstáculo alguno.

Tal vez por eso, las escasas propuestas de reforma que se han oído en los últimos tiem-

pos apenas si han tenido eco en el ámbito académico y menos aún en la izquierda política, que ha venido postergando indefinidamente las profundas modificaciones legales en materia de salud reproductiva y aborto anunciadas en marzo de 2004. Muy probablemente esta actitud pasiva respondió al convencimiento de que esa aparente normalidad constituía una situación irreversible que no justificaba abrir nuevos frentes de confrontación con la iglesia católica ni reeditar los encendidos e incómodos debates del pasado.

Muy pocos pensaron que se trataba de una normalidad muy frágil, conseguida a costa de forzar una legislación profundamente restrictiva. Basta una somera lectura del conjunto de indicaciones recogidas en el artículo 417 bis —aislado superviviente de un cuerpo normativo derogado hace más de diez años— para comprobar que se trata de un modelo obsoleto que ha funcionado hasta ahora gracias a la conjunción de una serie de circunstancias

pragmáticas bastante alejadas de sus bases técnico-jurídicas.

Dos son básicamente los factores que han permitido evolucionar hacia una situación fáctica que, en los hechos, se acerca mucho más al sistema del plazo que al modelo de indicaciones recogido en la legislación vigente.

Por un lado, ha sido determinante la decisión de las clínicas acreditadas para la práctica de interrupciones del embarazo de realizar una interpretación generosa del peligro para la salud *psíquica* de la embarazada amparándose en la definición de la OMS, que identifica la salud con un estado general de bienestar biopsico-social de la persona. Este modo amplio de concebir la salud ha venido a suplir en buena medida la tan demandada indicación económico-social, permitiendo encauzar la gran mayoría de las situaciones de conflicto personal que dan lugar a un embarazo no deseado a través de la indicación terapéutica. Ello explica que el 97% del total de intervenciones abortivas registradas anualmente en España se funden en este primer supuesto.

Por otro lado, ha resultado igualmente decisivo el paulatino cambio de actitud de los agentes del sistema penal, cada vez menos propensos —pese a la rigidez de la ley— a investigar y perseguir las interrupciones del embarazo sospechosas de incumplir algún requisito legal.

Pero ha bastado con la reactivación de ciertos grupos antiabortistas amparados en la fase de conservadurismo que impregna toda la sociedad, apoyados por un puñado de jueces de tendencia ultra conservadora y con la no menos determinante connivencia de importantes sectores políticos del mismo signo, para que la tan apreciada normalidad saltara por los aires y se reeditaran imágenes que muchos creían definitivamente superadas: registros policiales a clínicas acreditadas, citaciones judiciales masivas a mujeres que han abortado, médicos bajo sospecha...

Ninguna duda cabe de las motivaciones político-morales que han desencadenado este importante retroceso en la realidad del aborto en

España. Pero no falta responsabilidad a quienes desoyeron las voces que hace tiempo vienen advirtiendo sobre la debilidad de un sistema despenalizador que por sus propias características es incapaz de garantizar la seguridad jurídica de quienes toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo. Tal vez la reciente experiencia sirva para recordar que la legislación no puede permanecer estancada en circunstancias del pasado y ha de acomodarse a las exigencias sociales de cada momento histórico. Si hace veinte años tenía sentido valorar el sistema de indicaciones del artículo 417 bis como una aceptable solución de compromiso, está claro que en la actualidad constituye un modelo obsoleto ampliamente superado por la realidad.

Prueba de ello son las características de los abortos que se practican en España: alrededor del 97% de las interrupciones se fundan en el peligro para la salud psíquica de la mujer, casi un 90% se efectúan en el primer trimestre de la gestación y el perfil de las usuarias es el de una mujer soltera, sin hijos, menor de 26 años, con estudios de nivel medio e ingresos propios. En suma, abortos de bajo riesgo basados en circunstancias estrechamente ligadas al bienestar personal de las mujeres. Una realidad mucho más cercana al espíritu del plazo que al vigente modelo de indicaciones.

2. EL DEFECTO DE ORIGEN: LA INSEGURIDAD JURÍDICA ASOCIADA AL SISTEMA DE INDICACIONES

Si bien la interpretación amplia de la indicación terapéutica contribuyó de modo decisivo a normalizar en los últimos años la práctica de abortos en España, los acontecimientos recientes han demostrado que ni siquiera una lectura generosa del artículo 417 bis puede garantizar la plena seguridad jurídica de las personas que toman parte en una interrupción voluntaria del embarazo.

La causa —más allá de las evidentes motivaciones político-morales de quienes han

impulsado las denuncias— se encuentra en la propia naturaleza del sistema de indicaciones, un sistema fundado en el modelo de regla-excepción que mantiene como regla general el carácter delictivo del aborto. Sólo excepcionalmente, cuando concurre alguna de las situaciones de conflicto expresamente definidas en la ley, aquella regla cede y el aborto se considera lícito. En otras palabras, en el modelo de indicaciones los abortos lícitos constituyen siempre casos excepcionales cuyas características y condiciones se explicitan en el propio texto legal.

De ahí que resulte consustancial al sistema la posibilidad del control judicial posterior a toda intervención en la que se alega la presencia de alguna de aquellas situaciones indicadas. No sería coherente limitar la justificación del aborto a ciertos supuestos legalmente tasados y al mismo tiempo impedir a los jueces que comprueben si esos supuestos concurren o no en el caso concreto. Mientras la licitud del aborto dependa de un conjunto de circunstancias predeterminadas por la ley, los tribunales han de conservar su legítima facultad de verificar si los participantes en la intervención clínica han permanecido dentro de las fronteras legales. Cualquier otra conclusión iría en contra de las bases mismas del Derecho penal y sería tanto como negar a los jueces la competencia para constatar la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa cuando una persona mata a otra alegando esa causa de justificación.

Por eso, en un modelo de indicaciones, sea cual fuere su alcance —también si se añade un cuarto supuesto—, los que participan en la interrupción de un embarazo siempre estarán expuestos a un posible —y legítimo— control judicial posterior, con el consiguiente riesgo de encontrarse con valoraciones divergentes de los peritos o del propio juzgador a la hora de evaluar la efectiva concurrencia de la indicación alegada.

Ese riesgo ya lo comprobaron muchos médicos en la primera época de aplicación del artículo 417 bis, cuando proliferaron las denuncias contra centros acreditados basadas en la “incorrecta alegación” de la indicación tera-

péutica por peligro para la salud psíquica de la embarazada, bien fuera por no resultar probada la relación de causalidad entre el embarazo y el riesgo para la salud, bien por discutirse la necesidad de la práctica del aborto para contrarrestar ese peligro.

Y lo mismo ha sucedido en los últimos meses. Una nueva avalancha de denuncias por la supuesta ejecución de abortos en fases muy avanzadas de la gestación o, una vez más, por la insuficiente justificación del peligro para la salud psíquica, ha desencadenado una serie de registros en clínicas acreditadas, citaciones judiciales de mujeres y médicos e incluso privaciones de libertad que han encendido todas las alarmas. Frente a ello, el gobierno ha declarado su intención de reforzar la seguridad jurídica de los médicos y la intimidad de las mujeres por vía de decreto, supeditando una posible reforma del actual sistema penal a un “amplio consenso” de todos los sectores sociales implicados. Más allá del normal escepticismo que despierta la búsqueda de consenso con los sectores más conservadores de la sociedad —y, en particular, con la iglesia católica— cuando del aborto se trata, lo cierto es que resulta difícil imaginar de qué herramientas se puede valer el Poder Ejecutivo para limitar, sin invadir las competencias de otro poder del Estado, las facultades de los jueces para indagar sobre el posible incumplimiento de una norma legal. Cuando se presentan denuncias con argumentos suficientes para crear una duda razonable sobre el cumplimiento de los requisitos de una indicación, la intervención judicial, si el propio órgano jurisdiccional así lo decide, parece inevitable. Porque el sistema de indicaciones atribuye la responsabilidad de decidir sobre la concurrencia del conflicto en el que se basan las indicaciones a un tercero imparcial distinto de la mujer embarazada. Una tarea que en principio corresponde al médico ejecutor, pero que en caso de duda sobre el cumplimiento de la legalidad vigente, se traslada al juez.

Por eso, ni siquiera una interpretación amplia y flexible del alcance de la indicación terapéutica es suficiente para garantizar la seguridad jurídica de quienes toman parte en

una interrupción voluntaria del embarazo. Ciertamente este tipo de interpretaciones alejan las posibilidades de resultar condenado por aborto ilegal, pero no así el riesgo de verse inmerso en una investigación judicial. Porque ante la interposición de una denuncia convenientemente fundamentada que origine dudas sobre la subsunción del caso en alguna de las indicaciones previstas en el art. 417 bis, surge para el juez el deber de verificar la legalidad de la conducta denunciada y, con ello, la inevitable exposición del personal sanitario —y de las mujeres— a un posible proceso judicial.

En síntesis, las propias características del modelo vigente en España exponen a quienes participan en una interrupción voluntaria del embarazo al riesgo, siempre latente, de verse sometidos a un proceso judicial que incluso en caso de absolución o sobreseimiento no evita los efectos negativos de la investigación de una posible actividad delictiva. De ahí que estemos ante un sistema generador de un nivel elevado de inseguridad jurídica tanto para los médicos —y demás personal sanitario— como para las propias mujeres embarazadas.

Ante estas circunstancias, parece inevitable afrontar un cambio en profundidad del sistema de despenalización hoy vigente en España, sin que resulten convincentes los pequeños ajustes que se anuncian desde el poder. Quienes entienden que la legislación actual es básicamente aceptable y no requiere grandes modificaciones deberían tener en cuenta la sorprendente coincidencia de su discurso con el de la oposición conservadora que ya ha anunciado que no hará cambio alguno en la ley, aunque vigilará su “riguroso cumplimiento”. Una advertencia que cualquier observador atento haría bien en tomar como una amenaza de serias restricciones en la práctica de interrupciones del embarazo en nuestro país, ya que basta con propiciar una interpretación rigurosa de la indicación terapéutica y, sobre todo, un control sanitario, policial y judicial estricto del cumplimiento de sus presupuestos, para cerrar la vía de escape que hasta ahora ha permitido eludir las severas limitaciones de una de las regulaciones del aborto más restrictivas de Europa.

3. PRESUPUESTOS PARA UNA REFORMA: EL NUEVO ESCENARIO SOCIAL

A nadie se le escapa que la sociedad española ha experimentado una gran transformación en las casi tres décadas que nos separan del primer debate sobre la despenalización del aborto. Desde la forma de concebir el ejercicio de la sexualidad entre los jóvenes hasta el reconocimiento del derecho de las mujeres a desarrollar su personalidad más allá del ámbito doméstico, muchos son los cambios que hoy dibujan un nuevo escenario social, muy distinto al que sirvió de base al arduo proceso de gestación del artículo 417 bis en la década de los ochenta. Y ese dato no se puede perder de vista a la hora de afrontar una revisión en profundidad del actual modelo de despenalización de la interrupción del embarazo. Aun contando con las inevitables implicaciones morales y religiosas que siempre trae consigo este tema, muy poco se conseguirá avanzar si los diversos sectores implicados se empeñan en reeditar los argumentos del pasado. Sólo atendiendo a las características del actual contexto social —y a las valoraciones ético-jurídicas que le acompañan— será posible tener una visión clara de las claves sobre las que debería girar la discusión en torno a una nueva reforma penal del aborto.

En una primera aproximación, y sin ánimo alguno de exhaustividad, señalaré a continuación algunas de las características que a mi modo de ver contribuyen a perfilar ese nuevo escenario social.

1. Un primer dato de gran significación es el profundo cambio en el *comportamiento sexual de los jóvenes*, que han adelantado de forma muy significativa el comienzo de su vida sexual. Según el conocido Estudio sobre Hábitos de Vida y Salud entre Adolescentes (HBSC), el 14,8% de las mujeres españolas de 15 años declaran haber tenido ya relaciones sexuales coitales, sin que esa precocidad vaya acompañada, sin embargo, de una adecuada información sobre métodos de control de la natalidad. Al contrario, como denuncian

muchos expertos, el acceso de los menores a la información en materia de sexualidad depende en buena medida del voluntarismo de los centros educativos y puede verse obstruido, incluso, por las concepciones religiosas o morales de algunos profesores. La educación sexual no forma parte todavía de la política educativa del Estado, lo que hace que la escasa información que reciben los adolescentes llegue a través de charlas o talleres impartidos por personal ajeno al ámbito escolar.

Naturalmente, esta deficiencia repercute en una peligrosa desinformación y en la pervivencia de no pocos mitos entre los más jóvenes que muchas veces acaban en embarazos no deseados. De hecho, la tasa de embarazos de menores de 18 años se duplicó entre 1990 y 2005, alcanzando el 14,4 por mil en este último año (frente al 7,4 de 1990). Una realidad que a su vez repercute lógicamente en el ámbito del aborto, hasta el punto de que en sólo una década el número de interrupciones del embarazo en mujeres de 15 a 19 años se ha multiplicado por dos (de 5.441 en 1991 a 9.918 en 2001). Y la tendencia sigue siendo ascendente. Según datos del Ministerio de Sanidad, en 2006 abortaron 13.894 adolescentes menores de 19 años, lo que representa el 13% del total de interrupciones del embarazo (IVE) registradas, una tasa que roza el 40% si la franja de edad se extiende hasta los 24 años.

2. También la fuerte *inmigración* de los últimos años constituye un elemento imprescindible para dibujar el actual panorama social con gran trascendencia en el ámbito de la salud reproductiva. Los escasos estudios realizados en España sobre la nacionalidad de las usuarias de clínicas acreditadas para la práctica de IVE ponen de manifiesto el constante aumento del número de mujeres inmigrantes —sobre todo latinoamericanas— que recurren al aborto. Algunas estadísticas apuntan a tasas cercanas al 40% en clínicas de Madrid; y en localidades más pequeñas, como Granada y Almería, las mujeres extranjeras representan ya la tercera parte del total de usuarias. El temor de las inmigrantes sin papeles a acudir a los centros públicos de planificación familiar por el riesgo

de ser expulsadas del país, pautas culturales diferentes en materia de sexualidad, altos niveles de desconocimiento sobre métodos anticonceptivos fiables —o dificultades para acceder a ellos— e incluso la incompatibilidad de sus horarios laborales con los de apertura de los centros de salud, son sólo algunas de las causas mencionadas por los expertos para explicar el marcado incremento de embarazos no deseados en este sector de la población femenina. Un estudio reciente de la Asociación de Clínicas Acreditadas para la Interrupción Voluntaria del Embarazo (ACAI) indica que el 51,50% de las mujeres extranjeras que recurren al aborto son inmigrantes en situación irregular y casi el 44% alegan como motivo principal su precaria situación económica, unas características que sin duda reflejan los problemas habituales de muchos inmigrantes en la España actual.

3. Por otra parte, ha de contarse con importantes *condicionantes de género* que contribuyen a la existencia de un gran número de relaciones sexuales de riesgo, sobre todo entre los más jóvenes y en la población extranjera. Muchas son todavía las mujeres que ceden al chantaje emocional de sus parejas para mantener relaciones coitales sin protección alguna y no son pocas las que, en las relaciones esporádicas, no se atreven a llevar consigo el preservativo por temor al qué dirán, conductas todas ellas que favorecen los embarazos no deseados y el consiguiente recurso al aborto.

4. Otro factor igualmente relevante a la hora de elaborar políticas sobre salud reproductiva y aborto es el *déficit de natalidad* existente en España, entendiéndose por tal la diferencia entre el número real de hijos y el que se desearía tener. Estudios recientes indican que un 60% de las mujeres que no tienen hijos o tienen sólo uno están insatisfechas y desearían tener más; si bien renuncian a ese deseo —no pocas veces a través del aborto— por motivos estructurales tales como la precariedad laboral, las dificultades para el acceso a la vivienda, la falta de ayudas suficientes para el cuidado de los niños o la persistencia de roles de género que imponen a las mujeres la responsabilidad esencial en la crianza de los hijos. Razones to-

das ellas que explican el retraso de la primera maternidad, situada actualmente en los treinta años de edad. En suma, una falta de bienestar en materia reproductiva directamente vinculada a las deficiencias estructurales del actual Estado social.

5. En el ámbito jurídico, resulta imprescindible atender al nuevo marco normativo que se ha venido fraguando en los últimos años con el propósito explícito de avanzar en el *reconocimiento de la plena autonomía de las mujeres*, tanto en la vida pública y laboral como en el entorno doméstico. La LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se refiere expresamente a la necesidad de introducir en el escenario social “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como ... de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia...”, una línea que profundiza la LO 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres; si bien es la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, la que con mayor acierto recoge esta nueva tendencia normativa al mencionar entre sus objetivos la misión de los poderes públicos de “promover la autonomía y ... fortalecer la posición social, económica y política de las mujeres... con el fin último de lograr una sociedad igualitaria en la que todas las personas sean libres, tanto en el ámbito público como en el privado, para desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales en función del sexo, y en la que se tengan en cuenta, valoren y potencien por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres”.

En un contexto normativo tan claramente orientado a consolidar el derecho de las mujeres a decidir y fraguar libremente su futuro, debería reflexionarse seriamente sobre la coherencia de mantener un sistema de despenalización del aborto en el que la decisión sobre la interrupción del embarazo depende de la valoración de terceras personas, relegando a la mujer a la condición de mera peticionaria de

una intervención médica cuya legalidad han decidido otros.

6. Igualmente importante en la descripción de los presupuestos jurídico-valorativos a tener en cuenta en un futuro debate sobre el aborto es el *estatuto jurídico de la vida en gestación*. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia han dejado claro que la vida embrionaria y fetal está alcanzada por la protección del artículo 15 de nuestra norma fundamental (STC 53/1985; FJ.5), un alto valor que encuentra su razón de ser en “su capacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una ‘persona’ en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.” (STC 116/1999; FJ. 9). Esa condición de bien jurídico constitucional crea para el Estado el deber de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma” (STC 53/1985; FJ. 7), si bien ello no es obstáculo para que en situaciones de conflicto la vida fetal pueda ceder frente a otros intereses de alto rango constitucional, como la vida, libertad o dignidad de las mujeres. Ni la vida intrauterina pueda prevalecer incondicionalmente frente a los intereses de la embarazada —sostiene el TC—, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*” (STC 53/1985; FJ 9)

En suma, del valor concedido a la vida en gestación en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional se derivan dos condiciones para la legitimidad de un sistema de despenalización del aborto: que la desprotección penal de la vida embrionaria o fetal se funde en el principio de ponderación de intereses y que ello no implique su desprotección total por parte del ordenamiento jurídico. Ninguna de estas premisas impide encauzar los supuestos de impunidad del aborto a través de otras alternativas distintas del sistema de indicaciones. Hasta ahora el Tribunal Constitucional sólo se ha pronunciado sobre el modelo de indicaciones porque es la materia que se sometió a su consideración, pero nada hay en sus argumentos que impida postular la legitimidad de otros modelos alternativos. En este punto todavía permanecen abiertas casi todas las posibilida-

des, con exclusión, eso sí, de los modelos extremos que proponen la total desaparición del delito de aborto consentido o la instauración de sistemas que otorgan preferencia absoluta e incondicional a la voluntad de la mujer embarazada.

Cuanto se ha dicho permite concluir que un debate serio sobre el aborto en la España del siglo XXI no puede girar sobre los mismos argumentos que hace veinte años. Hoy carece de sentido empeñarse en identificar a un embrión de pocas semanas con un feto plenamente formado y todavía peor con un niño ya nacido. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la vida en gestación es un proceso con múltiples cambios cualitativos “que tienen un reflejo en el ‘status’ jurídico público y privado del sujeto vital” (STC 53/1985; F.J. 5; en la misma línea STS 116/1999). Pero tampoco parece razonable volver a históricas reivindicaciones feministas que observan al *nasciturus* como un simple apéndice del cuerpo de la mujer. En una época en la que asistimos a la creación de embriones humanos en el laboratorio, resulta científicamente insostenible e incluso ridículo insistir en esa clase de discursos simplistas.

Las reglas del juego han cambiado y las valoraciones sociales también. Por eso carece igualmente de sentido que algunos se empeñen en apelar a un único modelo de reproducción humana basado en el matrimonio y la familia tradicional. Hoy es un hecho que los jóvenes comienzan a relacionarse sexualmente desde la adolescencia y el ejercicio de la sexualidad ha adquirido plena validez como derecho de todos los ciudadanos, sin distinciones de estado civil o condición sexual. De ahí que el discurso de la abstinencia y el matrimonio como solución para evitar embarazos no deseados esté también obsoleto y sólo resulte comprensible en el contexto de determinadas creencias religiosas y morales, ciertamente respetables, pero que no representan a la mayoría de la población española. Ni siquiera a una minoría considerable.

El nuevo escenario social en el que nos movemos apunta a la conveniencia de dejar en un segundo plano la confrontación moral

y las posiciones existencialistas para situar el futuro debate sobre el aborto en el ámbito mucho más práctico de la salud reproductiva. Ello permitiría, por un lado, poner el acento en la necesidad de desarrollar políticas educativas y de información serias en materia de sexualidad —dirigidas sobre todo a los grupos de mayor riesgo, como adolescentes y población inmigrante— y, por otro, insistir en el deber del Estado de fomentar las condiciones que permitan a las mujeres —y a sus parejas— alcanzar el pleno bienestar en materia reproductiva, sin verse obligadas a retrasar la maternidad o sencillamente a renunciar a ella por obstáculos asociados al declive del Estado del bienestar —precariedad laboral, dificultades para el acceso a la vivienda, déficit de guarderías, etc.—

Esta nueva dimensión hace posible sustraer el debate sobre el aborto de la anquilosada polémica sobre el mayor o menor valor de la vida embrionaria para dirigir la mirada a otros horizontes que ofrecen una visión distinta y enriquecida del problema y de las alternativas de solución. De esta manera, cuando se trate de enjuiciar si el Estado cumple o no con el deber constitucional de tutelar la vida en gestación ya no entrará en juego únicamente —ni siquiera en primera línea— el contenido de las normas penales, sino que deberá evaluarse sobre todo el nivel de cumplimiento de su misión primordial de desarrollar políticas públicas capaces de reducir el número de embarazos no deseados, punto de partida indispensable para reducir los abortos.

4. LA OPCIÓN POR EL MODELO DEL PLAZO

A la vista de los defectos estructurales que presenta el sistema de indicaciones —en particular, la inseguridad jurídica asociada al siempre posible control judicial de la efectiva concurrencia del supuesto indicado— y teniendo en cuenta, sobre todo, la finalidad declarada de nuestro ordenamiento jurídico de avanzar en el respeto de la autonomía de las mujeres,

parece llegado el momento de dejar atrás el obsoleto modelo de indicaciones para dar una opción seria al sistema del plazo. Un sistema de despenalización del aborto que durante la primera fase de la gestación deja la decisión de abortar en manos de la mujer embarazada sin supeditar su legitimidad a la concurrencia de algún supuesto previamente definido en la ley.

No se me escapa que esta alternativa puede suscitar ciertas dudas de compatibilidad con el contexto valorativo que el Tribunal Constitucional estableció en su Sentencia 53/1985 en relación a la vida en gestación, pero existen experiencias en el derecho comparado que pueden servir de ayuda para encontrar una salida razonable y fundamentada sin renunciar al plazo. Me refiero, en particular, al proceso que se vivió en la República Federal de Alemania en los años noventa y que concluyó con la implantación del llamado “modelo del asesoramiento”, una variante enriquecida del sistema del plazo.

A) LAS CLAVES DEL MODELO DEL ASESORAMIENTO

El llamado sistema del asesoramiento fue instaurado en la legislación alemana después de un arduo proceso de reforma que se inició en 1992 para dar cumplimiento al mandato de unificación de los derechos vigentes hasta entonces en los dos sectores de la Alemania dividida. Se trata de una variante del modelo del plazo, si bien presenta la peculiaridad de prestar especial atención a una fase previa de asesoramiento obligatorio que se concibe y estructura para incentivar la continuación del embarazo.

Es un sistema de plazos porque la decisión última de interrumpir la gestación durante las doce primeras semanas se pone en manos de la propia mujer, sin supeditar la impunidad del aborto a ningún supuesto definido en la ley. Pero se distancia del esquema tradicional del plazo porque impone a la embarazada una serie de exigencias previas a la toma de decisión, en particular el deber de someterse a un proceso de asesoramiento —de duración variable

según el juicio del asesor— en el curso del cual expone y discute con el asesor sus razones para interrumpir la gestación, al tiempo que es informada sobre los derechos y ayudas públicas con las que podría contar en caso de seguir adelante con el embarazo (bajas por maternidad, derecho de guardería, acceso preferente a una vivienda, etc.).

Esta consulta previa tiene el fin de poner a la mujer en condiciones de tomar una decisión responsable y su ejecución se encomienda en todo caso a personas distintas de las que ejecutan materialmente la intervención abortiva.

El particular protagonismo de esta instancia previa se debe a que es aquí donde se descarga todo el esfuerzo de protección de la vida intrauterina. No en vano el precepto que regula su contenido declara de modo expreso la finalidad de orientar la decisión de la madre a favor de la continuidad de la gestación. Para que un asesoramiento así concebido pueda funcionar resulta imprescindible, sin embargo, que existan los instrumentos adecuados para que la mujer vislumbre posibilidades reales de seguir adelante con el embarazo en condiciones favorables para ella y su futuro hijo. De ahí que la reforma alemana incluyera una auténtica batería de medidas extra-penales destinadas a facilitar la vida de las mujeres con cargas familiares. Entre otras iniciativas de carácter económico, laboral o asistencial, se reconoce, por ejemplo, el derecho a guardería para todos los niños a partir de los tres años de edad y se modifican ciertas leyes relacionadas con la vivienda a fin de facilitar la obtención de una casa adecuada a las mujeres con hijos.

De esta manera, el modelo alemán presenta una fórmula de protección de la vida intrauterina que se hace compatible con la renuncia general a la prohibición penal del aborto durante la fase inicial de la gestación. Se trata de un modelo ideado para tutelar la vida del *nasciturus* “con la mujer y no contra ella”, como de modo muy expresivo dijeron sus defensores con motivo de su revisión en sede constitucional.

Esta formulación del modelo del asesoramiento tiene la ventaja de haber superado un complejo proceso de revisión constitucional abriendo así un nuevo camino que puede ser de gran utilidad en la futura reforma española. No en vano el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el año 1985 siguió la estela de la decisión que pocos años antes había adoptado su par alemán, encontrándose múltiples semejanzas en sus argumentaciones. Esa cercanía en la forma y contenido de los planteamientos jurídicos permite establecer muchos paralelismos entre ambos ordenamientos y aconseja no perder de vista el largo camino ya recorrido por el legislador alemán en el siempre arduo proceso de cambio y modernización de una legislación sobre la interrupción del embarazo.

De especial interés resulta que el Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante, BVerfG) haya admitido la conformidad con su Ley Fundamental de un modelo basado en la renuncia a proteger la vida en gestación a través del Derecho penal durante su primera fase de desarrollo. La situación de partida del BVerfG no era sencilla, ya que en un pronunciamiento anterior había reconocido la obligación del Estado de tutelar la vida intrauterina en todas sus etapas, al tiempo que sólo admitía la legitimidad del aborto como un supuesto excepcional basado en situaciones de conflicto.

Como fórmula de síntesis, el BVerfG partió de la legitimidad de una opción político-criminal que apela a la responsabilidad de la propia mujer como elemento clave para evitar la práctica de abortos. El Tribunal reconoció que el mantenimiento de la amenaza penal durante el período en que la ley apuesta por el asesoramiento resulta contraproducente en la medida en que muchas mujeres podrían preferir caer en la ilegalidad antes de verse obligadas a someter al juicio de terceros un conflicto que viven como íntimo y altamente personal. Un sacrificio de estas características sólo podía tener sentido, a juicio del alto Tribunal, si al final del camino la mujer encuentra comprensión y respeto de su decisión definitiva.

B) UNA SOLUCIÓN ACEPTABLE PARA LA REFORMA DEL ABORTO EN ESPAÑA

El modelo del plazo con asesoramiento ofrece buenas condiciones para superar el actual sistema de indicaciones sin entrar en conflicto con el deber constitucional de protección de la vida intrauterina.

En la medida en que se trata de una variante de la solución del plazo, tiene la ventaja de no supeditar la impunidad del aborto a la concurrencia de un número tasado de supuestos legales, con la consecuencia inestimable de eliminar el riesgo de un control judicial posterior dirigido a comprobar la efectiva presencia de alguna de las situaciones de conflicto definidas en la ley. Las posibilidades de revisión judicial quedan limitadas únicamente a la verificación de los requisitos formales propios del sistema —certificado que acredite el paso de la mujer por el asesoramiento, ejecución en centro acreditado, etc.—, garantizando así la seguridad jurídica de cuantos intervienen en un aborto consentido. Los únicos riesgos de criminalización se derivan de su propia responsabilidad a la hora de dar cumplimiento a las exigencias legales de carácter formal.

Por lo demás, este modelo tampoco debería suscitar objeciones de constitucionalidad. Porque la tutela de la vida intrauterina no decae en ninguna de sus etapas de desarrollo, ni siquiera en la fase en la que se concede a la mujer el derecho último a decidir sobre la interrupción del embarazo. Sólo se cambia de perspectiva y, en lugar de acudir a la sanción penal, el ordenamiento jurídico opta, en este período inicial, por el camino de la prevención. De ahí la importancia de las medidas de política social que acompañan al modelo del asesoramiento. En este sistema el Derecho penal aparece sólo como un engranaje más dentro de un amplio conjunto de políticas destinadas a hacer frente al problema social que generan los embarazos no deseados; un problema que, como vimos, está vinculado, al menos en la realidad española actual, a graves deficiencias en la educación e información sexual de la población y a obstá-

culos estructurales que impiden a muchas mujeres tener los hijos que quisieran o las obligan a retrasar en exceso la maternidad. Frente a una población femenina en la que se detecta el deseo de tener más hijos de los que las circunstancias les permiten, parece obligado insistir en el deber del Estado de remover los obstáculos que impiden a muchas mujeres conciliar el desarrollo pleno de su vida personal y laboral con el bienestar reproductivo. Este tipo de medidas sin duda pueden resultar mucho más útiles de cara a proteger la vida en gestación que la mera desaprobación simbólica de los abortos expresada a través de una norma penal.

Como bien se dijera en la discusión alemana, se trata de optar por un sistema que, sin desconocer el valor de la vida embrionaria, intenta asegurarle la debida protección con la mujer y no contra ella, abriendo así mayores posibilidades a una salida exitosa del conflicto que todo embarazo no deseado comporta.

Y precisamente es en este contexto donde adquiere pleno sentido el asesoramiento previo. Porque se trata de poner a la mujer en condiciones de decidir de modo libre y reflexivo sobre el futuro de su embarazo partiendo de una serie de condiciones favorables para que opte por su continuidad, al tiempo que se le informa sobre métodos de control de la natalidad destinados a evitar futuros embarazos no deseados. Así, el ordenamiento jurídico consigue mantener su deber de tutela de la vida en gestación respetando al mismo tiempo la autonomía de las mujeres embarazadas para decidir sobre su futuro.

No se me escapa que este equilibrio se alcanza a cambio de obligar a las mujeres a exponer un conflicto personal frente a desconocidos ajenos a su círculo más íntimo. Sin embargo, ello no tiene por qué suponer una lesión de su dignidad, como algunos opinan. Todo depende de la forma que en la práctica adquiera el asesoramiento. Si la tarea se confía a los profesionales adecuados y se evitan interferencias morales y prejuicios religiosos, lejos de lesionar los derechos de la mujer, el asesoramiento puede convertirse en una fórmula para reforzar su autonomía al dotarla de la información y de

las técnicas adecuadas para tomar una decisión final reflexiva y libre de presiones externas.

Por eso es imprescindible que la ley establezca de forma detenida el contenido del asesoramiento y el perfil de sus ejecutores, entre los que deberían quedar excluidos tanto quienes se declaren objetores de conciencia al aborto como las personas vinculadas a instituciones religiosas o asociaciones claramente contrarias a este tipo de prácticas, al tiempo que se debería exigir una formación profesional solvente y con perspectiva de género.

Por otro lado, no ha de olvidarse que la limitación de la libertad de la mujer que en todo caso supone el obligarla a pasar por una fase de consulta previa queda en todo caso compensada al garantizarle que ningún tercero se erigirá en árbitro de su decisión. La última palabra le corresponde a ella y el Estado se muestra dispuesto a respetarla.

Bajo estos presupuestos, el modelo del asesoramiento se presenta como una fórmula adecuada para conseguir un equilibrio entre los dos deberes estatales que, a juicio del Tribunal Constitucional, han de cumplirse en cualquier alternativa de despenalización del aborto: el deber de tutela de la vida embrionaria y la debida atención a la dignidad, intimidad y libertad de las mujeres embarazadas. El levantamiento de la prohibición penal del aborto consentido durante la fase inicial del embarazo no está reñido con la tutela de la vida embrionaria. Sólo se trata de un cambio de criterio que hace efectiva esa protección por un camino alternativo al Derecho penal. La diferencia reside en que, en lugar de atacarse el problema de forma coactiva, se estructura un modelo social, asistencial y sanitario de naturaleza preventiva que tiende a poner las condiciones eficaces para reducir los embarazos no deseados y favorecer la natalidad. Desde el desarrollo de campañas adecuadas de educación sexual entre adolescentes e inmigrantes hasta la garantía de un sistema accesible de guarderías adquieren una función preventiva del aborto con altas posibilidades de servir mejor a la tutela de la vida en gestación que la tradicional prohibición del Derecho penal.

5. ¿QUÉ PLAZO?

Uno de los asuntos más debatidos a la hora de perfilar propuestas concretas del modelo del plazo es el relativo al límite temporal que debería fijar la ley para la ejecución de las interrupciones del embarazo.

En los últimos meses, y seguramente por la influencia de las noticias de prensa que relataron algunos casos dramáticos de abortos tardíos relacionados con graves malformaciones fetales, se han oído voces solventes que proponen extender el plazo general hasta las 22 o incluso las 24 semanas de gestación, coincidiendo con el momento de la viabilidad extrauterina. Una vez alcanzada la fase en la que el feto está en condiciones de vivir fuera del claustro materno, se dice, la vida adquiere un valor más elevado que justifica la prohibición penal de la interrupción del embarazo.

Sin desmerecer la importancia de este argumento —es cierto que la posibilidad de vivir de forma independiente concede una dimensión distinta al feto que puede influir en las percepciones sociales—, creo que existen motivos suficientes para dudar de la conveniencia de un plazo tan dilatado.

A mi modo de ver, los argumentos para fijar el plazo de licitud general del aborto no han de buscarse en la evolución biológica del nasciturus. De hecho, ni siquiera quienes optan por este camino consiguen ponerse de acuerdo sobre el momento del desarrollo fetal en el que se produciría ese salto cualitativo a partir del cual la vida intrauterina adquiere mayor valor para el ordenamiento jurídico —últimamente se ha vuelto a mencionar, por ejemplo, el inicio de la actividad cerebral como dato clave—. Una incertidumbre que se intensifica si buscamos ayuda en el ámbito jurisprudencial. Porque si bien la STC 53/1985 admitió la presencia de “cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica” en la vida humana con reflejo en el estatus jurídico del sujeto vital, lo cierto es que no extrajo más consecuencias de ese principio que la referencia al nacimiento como un momento básico para incrementar la valoración social de la nueva persona, sin alusión concre-

ta a otros estadios previos del desarrollo embrionario y fetal que pudieran graduar su valor frente al derecho (F.J.5). Todo ello provoca una debilidad en los argumentos vinculados al ascenso paulatino del valor de la vida en gestación que lo convierte en poco recomendable para elaborar una propuesta bien fundamentada y sin fisuras del modelo del plazo.

Por eso me parece preferible volver la vista hacia otro tipo de argumentos. En particular, entiendo que una vez asumida la decisión político-criminal de conceder preferencia a la voluntad de la mujer durante la primera fase de la gestación, la determinación del plazo debería realizarse en atención a las posibilidades y necesidades reales de las embarazadas para poder acceder a ese derecho en condiciones de normalidad y seguridad, sin descuidar el deber de ofrecer la mejor tutela posible a la vida intrauterina.

Y desde ese punto de vista no parece que un plazo demasiado amplio sea beneficioso para la salud y bienestar personal de las mujeres que se ven en la necesidad de abortar. Es sabido que los abortos tardíos implican mayores riesgos para la salud de las mujeres. Además, da la impresión de que desde el punto de vista psicológico no es lo mismo un aborto de pocas semanas que el de un feto plenamente formado al que se ha llevado en el vientre durante un período más o menos prolongado.

Pero, sobre todo, las estadísticas indican que en España alrededor del 88% de las interrupciones del embarazo se ejecutan entre las 8 y las 12 primeras semanas de gestación. Las que superan las 21 semanas, en cambio, apenas representan el 2% del total. Y todo ello sin que el plazo de doce semanas dentro del cual tiene lugar la inmensa mayoría de las interrupciones del embarazo responda a exigencias legales, ya que prácticamente todos los casos se encauzan a través de la indicación terapéutica que carece de limitaciones temporales. Ello demuestra que un período de tres meses es suficiente, en condiciones normales, para que las mujeres puedan tomar una decisión meditada sobre su embarazo.

Ciertamente hay excepciones dignas de atención. Es el caso de las malformaciones fetales, que muchas veces no se pueden detectar hasta una etapa bastante más avanzada del embarazo. Tampoco hay que desatender —aunque sea infrecuente— los casos de aparición tardía de algún tipo de riesgo significativo para la salud de la embarazada o incluso para su vida. Pero precisamente por su carácter excepcional, estas situaciones pueden resolverse de forma adecuada a través de un reducido grupo de indicaciones que actúen como complemento del criterio general del plazo.

Desde luego debería mantenerse en todo caso la *indicación terapéutica* sin supeditarla a plazo alguno, tal como sucede en la actualidad, ya que es una vía indispensable para captar los supuestos de peligro para la salud o la vida de embarazada que no puedan atenderse dentro del plazo general de las doce semanas.

Pero, sobre todo, es imprescindible contar con una *indicación embriopática* para recoger los supuestos de malformaciones fetales detectadas en fases avanzadas de la gestación. Resulta aconsejable, por ello mismo, ampliar el plazo de veintidós semanas previsto en el actual artículo 417bis para evitar que la detección tardía de ciertas enfermedades pueda representar un obstáculo para las mujeres que opten por el aborto. El límite de veinticuatro semanas, coincidiendo con la viabilidad extrauterina, parece un plazo razonable en este caso. Contando, claro está, con que el sistema funcione de forma adecuada y que las mujeres no se vean obligadas a realizar trámites interminables o tropiecen con médicos objetores que obstaculizan deliberadamente el procedimiento. De hecho, muchos de los casos dramáticos que han saltado a la prensa en los últimos meses ponen de manifiesto este tipo de

situaciones inadmisibles en un Estado social y de derecho que garantiza a todos los ciudadanos el acceso a la sanidad pública y el derecho a la protección de la salud.

El correcto funcionamiento de esta indicación requiere que se asegure el acceso de todas las embarazadas a un procedimiento ágil y rápido para la detección de posibles malformaciones fetales, con información sobre la posibilidad de optar por el aborto y sin prejuicios que puedan obstaculizar esta alternativa.

Un obstáculo evidente para alcanzar esta deseable normalidad en la gestión sanitaria de las interrupciones del embarazo se encuentra en la falta de reglamentación legal de la objeción de conciencia del personal sanitario. Desde que el Tribunal Constitucional declarase que la objeción de conciencia es expresión directa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa proclamado en el art. 16 C.E. (STC 53/1985; F.J. 14), esta prerrogativa ha sido profusamente invocada por el personal sanitario de los centros públicos, hasta el punto de que en muchas regiones de España resulta prácticamente imposible abortar en la sanidad pública. Esta situación resulta particularmente reprochable cuando se producen supuestos de malformaciones fetales, ya que el procedimiento para su detección requiere agilidad de cara a evitar demoras excesivas que acaben por impedir la práctica del aborto dentro el plazo legal, además de tratarse de una intervención más delicada por el mayor riesgo para la salud de las mujeres que siempre entraña un aborto tardío. Por eso resulta prioritario abordar la regulación de la objeción de conciencia en la idea de compatibilizar este derecho constitucional con el derecho de las mujeres embarazadas a obtener una atención adecuada por parte de la sanidad pública.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Ante la imposibilidad de reproducir la rica bibliografía penal relativa al aborto de los años ochenta y noventa, se ha optado por realizar una limitada selección de los trabajos doctrinales vinculados al debate más reciente. Por otra parte, se indican las fuentes de las que se han extraído la mayoría de los datos estadísticos citados en el texto. AAVV; *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Debate de expertos*, Fundación Alternativas, 2005, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalternativas.com/laboratorio)

- Bacigalupo, S. / Gropengiesser, H.; “La reciente reforma de la regulación de la interrupción del embarazo en Alemania y su influencia en la actual discusión española”, *Cuadernos de Política Criminal*, 59, 1996, 527- 569.
- Bernal del Castillo, J.; “Una interpretación alternativa de la despenalización parcial del aborto: de la justificación a la exculpación”, *Cuadernos de Política Criminal*, 92, Madrid, 2007, pp. 59-91.
- Bernardi, Fabricio; *El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública*, Fundación Alternativas, 2003, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalalternativas.com/laboratorio)
- Delgado, M. / Barrios, L.; *Los determinantes de la interrupción del embarazo en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004.
- Eser, A. / Koch H.G.; Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Bundestag-Sonderrusschuss “Schutz des ungeborenen Lebens” vom 13-15.11.1991. Dictamen presentado por los autores con motivo de la reforma del aborto en Alemania.
- Grupo de Estudios de Política Criminal; *Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*, 1995, Málaga.
- Laurenzo Copello, P.; “El aborto en la jurisprudencia: crítica y alternativas”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, 5, 2000, pp. 3-8.
- Laurenzo Copello, P.; *El aborto en la legislación española: una reforma necesaria*, Fundación Alternativas, 2005, Madrid. (Versión electrónica: www.fundacionalalternativas.com/laboratorio)
- Romeo Casabona, C.; *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, Comares, Granada.
- Ropero Carrasco, J.; “La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVI, 2003, pp. 211-251.
- Ropero Carrasco, J.; “Las disfunciones introducidas por el sistema de indicaciones en la protección de la vida y la salud en la fase prenatal: una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto a partir de la provocación de la situación de conflicto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº extraordinario 2, 2004, pp. 331-400.
- Los datos citados pueden consultarse en:
Boletín de salud sexual y reproductiva (ACAD), nº 0, 2006.
Ministerio de Sanidad y Consumo; *Interrupción Voluntaria del Embarazo. Datos definitivos correspondientes al año 2006*, Madrid, 2007.
Observatorio de salud reproductiva (CSIC); www.saludreproductiva.com

Fecha de recepción de originales: 6 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 4 de abril de 2008.

TEMAS DE HOY

La armonización de la legislación procesal penal en la Unión Europea:
los derechos del imputado

Marcos Loredó Colunga

La influencia de la decisión de la Corte Penal Internacional de Confir-
mación de Cargos en el caso Lubanga en el desarrollo del Derecho
Penal Internacional

Héctor Olásolo Alonso

Agentes transnacionales y eficacia horizontal de los derechos humanos

Ana M. Jara González

RESUMEN

En este artículo se analiza el tortuoso proceso de gestación y las mutaciones en el contenido del aún hoy proyecto de decisión-marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales aplicables a los procesos penales celebrados en la Unión Europea. Esta norma en ciernes trata de materializar una iniciativa legislativa que persigue la armonización de la legislación procesal penal en el ámbito comunitario en lo que concierne a ciertas garantías procesales del imputado y se orienta hacia la determinación a estos efectos de unos mínimos comunes a todos los Estados miembros. Los derechos cuya homogeneización se promueve son, conforme al estado de cosas actual, exclusivamente los relativos a la información, a la asistencia de abogado (de oficio, en su caso) y a la interpretación y traducción en todo caso gratuitas. Por medio de esta actuación se pretende unificar la práctica forense de los distintos países, sustentando así la confianza recíproca que resulta preceptiva para avanzar hacia el efectivo reconocimiento automático e incondicionado de las resoluciones judiciales extranjeras de naturaleza penal en todo el ámbito comunitario, actuación enmarcada en el proceso de conformación de la UE como un «espacio de libertad, seguridad y justicia».

PALABRAS CLAVE

DERECHO PROCESAL COMUNITARIO, ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA, DERECHOS DEL IMPUTADO, GARANTÍAS PROCESALES PENALES, PROCESOS PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA, PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO, RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES, ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

ABSTRACT

In this article it is analysed the process of gestation and the mutations in the contents of the still project of a Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union. This norm tries to materialize a legislative initiative which wants to harmonize the criminal procedural legislation in the communitarian ambit on certain procedural rights of the charged and it is oriented to the fixation of minimum and common standards for all the Member States. The rights whose harmonization is promoted are, in the current situation, only those about information, legal aid (free of charge, in case) and interpretation and translation without fees in any case. The unification of the practice in the different countries is pretended through this action to support the mutual trust which is needed in order to progress towards the effective and unconditional mutual recognition of foreign judicial decisions on criminal matters in all the communitarian space, actuation part of the process of conforming the EU as a «freedom, security and justice area».

KEY WORDS

COMMUNITARIAN PROCEDURAL LAW, LEGISLATIVE HARMONIZATION, RIGHTS OF THE CHARGED, CRIMINAL PROCEDURAL GUARANTEES, CRIMINAL PROCEEDINGS IN EUROPEAN UNION, MUTUAL RECOGNITION PRINCIPLE, RECOGNITION OF FOREIGN JUDICIAL DECISIONS ON CRIMINAL MATTERS, FREEDOM, SECURITY AND JUSTICE AREA

LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

(A propósito del proyecto de
decisión-marco del Consejo relativa
a determinados derechos procesales
aplicables a los procesos penales
celebrados en la Unión Europea)

Marcos Loredo Colunga

Profesor de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. Antecedentes, estado actual de la cuestión y perspectivas de futuro. 3. El proyecto de decisión-marco sobre los derechos del imputado: A) Objetivos y justificación. B) Instrumento normativo. C) Ámbito de aplicación: a) Objetivo. b) Subjetivo. c) Espacial. d) Temporal. D) Derechos reconocidos: a) A la información. b) A la asistencia letrada. c) A la asistencia de intérprete y a la traducción de documentos. E) Disposiciones complementarias. F) Orientaciones prácticas. 4. Abreviaturas. 5. Jurisprudencia. Nota bibliográfica.

1. PLANTEAMIENTO

Asegurar el reconocimiento y escrupuloso respeto de unas garantías mínimas a todo sujeto sometido a un proceso penal ha sido una de las tareas en las que más ha incidido la comunidad internacional al determinar el contenido básico de los más relevantes convenios de carácter multilateral. Ello es así hasta el punto

de que en los textos que podemos considerar esenciales en materia de derechos fundamentales de la persona¹ encontramos claros exponentes de esta preocupación, ya que en su articulado se consignan indefectiblemente, entre otros, los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso público con garantías y sin dilaciones indebidas, a un juez imparcial, a la defensa, a la asistencia letrada, a ser informado

de la acusación, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a un intérprete o al recurso frente a la resolución condenatoria.

La vieja Europa, decidido y fiel baluarte de estos valores, ha estado tradicionalmente en la vanguardia de esa consagración de derechos, de modo que esta evidente inquietud se ha trasladado de manera natural al seno de la UE. Resulta entonces que esta organización parte de su compromiso manifiesto por el respeto de los derechos consagrados en el CEDH² y pretende a partir de ahí avanzar en su contenido y en el nivel de protección de dichas garantías; primero fue a través de la CDFUE³ y, en el momento actual, mediante una singular iniciativa legislativa cuyo análisis es objeto de este trabajo: un proyecto de decisión-marco relativa a determinados derechos del imputado aplicables a los procesos penales celebrados en la UE.

Conforme se deriva de este planteamiento, ha ocurrido que, conscientes de la relevancia de la cuestión, las instituciones comunitarias han decidido promover la regulación pormenorizada del tema mediante una normativa de mínimos propia y específica que, además, ha de traducirse en la adopción por los Estados miembros de medidas concretas. Con ello se ha puesto en marcha la que será, sin duda, una importante fase dentro del dilatado proceso de armonización de la legislación procesal penal en el ámbito de la UE, proceso que a su vez se incardina dentro del más amplio y complejo de la conformación del territorio comunitario como un «espacio de libertad, seguridad y justicia» y que analizaremos en el epígrafe siguiente.

La gestación de la norma que ahora nos ocupa se enmarca dentro de las recientes iniciativas comunitarias en el campo de la cooperación jurídica en el ámbito penal, orientadas hacia la implementación del principio de reconocimiento mutuo respecto de las resoluciones jurisdiccionales extranjeras, estando este fenómeno sustentado en buena medida en la confianza recíproca entre los distintos Estados⁴. Admitir la equivalencia de las decisiones judiciales foráneas sin cuestionar su ca-

pacidad ni el respeto a los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías —asumiendo por tanto su eficacia de forma automática y promoviendo su inmediata ejecución— exige una confianza sin fisuras, casi incondicional, en los sistemas jurídicos y judiciales del resto de países. Esta fiabilidad no puede exigirse como un acto voluntarista, sino que ha de sustentarse en previsiones específicas y en garantías fehacientes de la corrección, equidad y justicia de los procesos judiciales desarrollados en todo el territorio comunitario, de modo que se asuman de manera natural las resoluciones en ellos dictadas sin necesidad de acudir a un procedimiento intermedio. Es decir, caminamos hacia la supresión del *exequatur* en todo el ámbito de la UE como un paso más en el proceso de integración política.

El proyecto inicial de esta decisión-marco fue presentado por la Comisión en abril de 2004⁵, siguiendo a partir de entonces los trámites legislativos oportunos. De modo que ya ha sido informado favorablemente por el Parlamento y, en el momento actual, resta únicamente que el Consejo le preste su respaldo unánime. Con tal objeto, este órgano ha tratado de aproximar posiciones en diversas ocasiones a lo largo de 2006 y 2007, pero aún continúa en este íterin a día de hoy, presionándose desde distintas instancias para que se proceda a una inminente aprobación. A estos efectos, la consecución de un acuerdo al respecto se incluía en la agenda de la presidencia alemana para el primer semestre del año en curso. No obstante, la abierta oposición de determinados Estados a la adopción de una norma vinculante sobre la materia determinó el definitivo bloqueo de la propuesta en el Consejo JAI celebrado en Luxemburgo los días 12 y 13 del pasado mes de junio de 2007, lo que introduce serias dudas acerca de la definitiva viabilidad de esta iniciativa⁶.

En este estado de cosas, el presente trabajo pretende realizar un análisis exhaustivo de ese instrumento normativo en ciernes, examinando no sólo el potencial contenido previsto, sino valorando objetivamente sus virtudes, limitaciones y posibles carencias, al objeto

ponderar su adecuación a los objetivos marcados. Conforme a este planteamiento, comenzaremos estudiando los antecedentes y el iter legislativo desarrollado hasta el momento, para pasar a continuación a examinar las concretas previsiones contenidas en la última de las redacciones propuestas, haciendo especial referencia a la incidencia que, previsiblemente, supondrá para el Derecho español la transposición de la normativa comunitaria al ordenamiento interno para garantizar su debida aplicación y respeto.

Para concluir esta breve introducción, no resta sino apuntar que esta iniciativa legislativa encaja dentro de la aspiración de configurar la UE como un «espacio de libertad, seguridad y justicia». Este objetivo veremos que ha sido elevado a la categoría de prioritario por la Comunidad en estos últimos años como vía para asegurar la libre circulación en sus más amplios términos y se traduce en el desarrollo de una intensa actividad normativa en el ámbito JAI. Por otra parte, debe indicarse que esta concreta actuación que examinamos responde igualmente a la tendencia actual del Derecho comunitario en virtud de la cual, superada la fase de la mera cooperación internacional al amparo del principio de petición, se tiende hacia la implantación del principio de equivalencia de las resoluciones, para lo que resulta inexcusable una previa armonización de la legislación de los Estados miembros. Así, si bien en unos casos se actúa mediante la creación de procedimientos específicamente comunitarios⁷, en otros como el que nos ocupa, se opta por la fijación de estándares básicos comunes que cada Estado debe garantizar a través de los instrumentos que considere oportunos: se trata en este segundo supuesto de una técnica legislativa desarrollada por medio de las decisiones-marco, instrumento que se evidencia como adecuado para la armonización de la legislación procesal conforme se viene realizando en los últimos años en diferentes materias⁸.

2. ANTECEDENTES, ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

El adecuado análisis de la situación en la que se encuentra este proyecto —así como de las expectativas más inmediatas al respecto— exige un previo aunque somero examen de los antecedentes y la evolución de la cooperación judicial en material penal en el seno de la UE. Así, nos aproximaremos a los retos que se asumen en el momento actual, apreciando la evolución experimentada y valorando la coherencia del proceso seguido hasta ahora⁹. Conforme a este planteamiento, debe aludirse en primer lugar al origen de las Comunidades Europeas, momento en que subyace únicamente un interés de cooperación entre los Estados miembros a los efectos meramente económicos: la creación de un vasto mercado único en el que poder competir en posición de igualdad¹⁰. En este estadio evolutivo, el tratamiento de las cuestiones penales (tanto sustantivas como procesales) no encajaba entre las prioridades de la organización —ni entre sus objetivos en sentido estricto—, de manera que se relegaba a los ordenamientos internos o, en su caso, a los tratados internacionales que los países integrantes pudieran concertar entre sí o con terceros para la más fácil aplicación de mecanismos de auxilio judicial.

Con todo, resulta relevante destacar que la actuación de la UE se asienta ya desde ese momento inicial en el principio básico de la «libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales» como postulado indiscutible para la consecución de sus objetivos, conforme establece el artículo 3.1.c del TCCE. Ello es así porque esta premisa —que originariamente respondía a la pretensión exclusiva de configurar un mercado común— ha traído como consecuencia lógica la supresión de las fronteras internas. De manera que la libre circulación que se pretendía de origen ha supuesto el incremento progresivo de las exigencias añadidas, ya que, para que efectivamente las personas puedan desplazarse con libertad por todo el territorio comunitario, se requiere que

se les asegure una equivalencia en sus derechos y obligaciones, así como idénticos niveles de protección y de seguridad jurídica en todo ese ámbito geográfico. De modo que, resulta evidente, esa limitación competencial originaria se supera prontamente, incorporándose de manera sucesiva objetivos de carácter político tendentes a la integración de los Estados miembros y a la configuración de una ciudadanía netamente europea. Aun siendo esto así, veremos que las distintas parcelas de cooperación internacional no irán asumiéndose sino de forma parcial y progresiva, encontrándonos actualmente con un campo de actuación comunitario sensiblemente más extenso que el primigenio, pero del que de momento se excluyen ciertas materias que se relegan al acuerdo intergubernamental entre los Estados miembros; son éstos los llamados segundo y tercer pilar comunitarios: la política exterior y de seguridad común y la cooperación policial y judicial en el ámbito penal¹¹.

Analizando el proceso evolutivo, resulta que el interés efectivo por la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la UE surge en los años setenta y se desarrolla de manera significativa a lo largo de los ochenta del pasado siglo. No obstante, el tratamiento de estos temas se lleva a cabo en ese primer momento al margen de la estructura institucional de las entonces Comunidades Europeas, de forma que los representantes de los distintos Estados se reunían de manera informal y alcanzaban acuerdos de carácter intergubernamental, pero se trataba de instrumentos ajenos en sentido estricto al sistema de fuentes comunitario¹².

El panorama cambia de manera significativa en los pasados años 90, a raíz de que el Tratado de Maastricht¹³ consolida la transformación de las Comunidades Europeas en una unión política y en una organización internacional de integración y no de mera cooperación: la Unión Europea. Esta metamorfosis supone un revulsivo en el ámbito que nos ocupa, ya que determina la efectiva incorporación de la cooperación judicial al TCCE como una competencia más, creando a estos efectos el llamado «tercer pilar» comunitario, que integraba en

ese momento la cooperación policial y judicial tanto en el ámbito civil como en el penal. La peculiaridad en esta materia será la aplicación de un régimen legislativo particular, de modo que la generación de normas se realizará a través de los acuerdos intergubernamentales, adoptados como regla general por unanimidad y que, a su vez, cada Estado debe ratificar posteriormente, con la posibilidad de introducir reservas respecto del mismo¹⁴.

La creación de este tercer pilar se inspira en su momento en la especial configuración de la PESC, pero con dos claras diferencias¹⁵: se prevé la posible comunitarización de las materias y se atribuye competencia jurisdiccional al TJUE al respecto de las mismas. En todo caso, se apoya en un evidente predominio del Consejo como institución decisoria¹⁶, que parte de propuestas procedentes de la Comisión o de un Estado y formaliza consulta preceptiva —que no vinculante— al Parlamento como regla general, asumiendo en última instancia el TJUE competencia, aunque limitada, para controlar el correcto cumplimiento de las normas¹⁷.

Una vez implementada esta nueva vertiente dentro de las políticas comunitarias, los progresos se suceden con mayor celeridad¹⁸ y pronto se inauguran nuevas vías de actuación. Ello va a significar un cambio de orientación a finales de los años 90, con la incorporación de nuevos objetivos —la integración política— y la presentación de nuevas perspectivas en materia de justicia penal, que se traducen en la implicación de las instituciones y en la apertura de una etapa que podemos calificar de desarrollo de la cooperación jurídica internacional entre los Estados miembros y no de mero auxilio judicial.

Esa nueva situación es el resultado, en primer lugar, de la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997¹⁹, que introduce como específico objetivo comunitario la transformación del territorio europeo en un «espacio de libertad, seguridad y justicia» y que concibe este propósito como presupuesto esencial para materializar en toda su extensión el «principio de libre circulación» que subyace en el origen de

la UE. Esta idea había sido apuntada ya por Valéry Giscard d'Estaing en 1977, pero ahora se retoma y dota de contenido más concreto, de modo que este tratado incorpora la concepción de un «espacio judicial europeo» como meta que entronca con la premisa de la libre circulación que la UE promueve desde sus orígenes. Y la materialización de este espacio debe ir necesariamente acompañada de un refuerzo de las fronteras externas y, también —y de forma simultánea—, de una homogeneización del territorio interno, unificando el tratamiento de los ciudadanos, sus derechos y las vías para su reclamación, logrando crear con ello un verdadero entorno específico en el que los sujetos se muevan con libertad y niveles equiparables de protección. No basta entonces el mero auxilio o incluso la cooperación entre los Estados, sino que el fin último es la libre circulación de las resoluciones judiciales de manera que resulten eficaces en todo el territorio de la UE, lo que ha dado en llamarse la «quinta libertad» comunitaria, un añadido a la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios. De manera que se pretende sustituir el principio de petición por el de reconocimiento mutuo —equivalencia de las resoluciones— al amparo de la confianza recíproca en los sistemas jurídicos y judiciales del resto de Estados miembros, lo que incluye confianza en el respeto de los derechos fundamentales.

Ese tratado, además, comunitariza la cooperación civil, de manera que el tercer pilar queda desde entonces restringido a la cooperación policial y judicial exclusivamente en el ámbito penal. Esta materia se incluye entonces en el Título VI del TUE como una «política o forma de cooperación», de modo que las actuaciones en este ámbito se mantienen aún dentro del campo intergubernamental²⁰. Con todo, puede afirmarse que se trata de una sección mixta —con requisitos más atenuados que la PESC—, ya que se admite control jurisdiccional por parte del TJUE²¹ y se prevé su paso al pilar comunitario automáticamente si el Consejo así lo acuerda por unanimidad²². En todo caso, el aspecto que nos interesa es que mantiene en este ámbito la forma de tra-

bajo conforme a premisas específicas, de manera que se recurre a la negociación directa entre los Estados miembros para llegar a consensuar acuerdos que se alcanzan por medio de instrumentos singulares tanto en su forma de adopción como en su limitado carácter vinculante²³.

La actividad institucional comunitaria en este campo se incrementó claramente a resultas de la consagración de esa idea del «espacio de libertad, seguridad y justicia» como objetivo específico de la UE, para lo cual es necesario garantizar a los ciudadanos unos estándares mínimos en todo el territorio. En aras a la consecución de este objetivo, se trabaja en distintos dominios para la aproximación de las legislaciones nacionales, tanto en el ámbito civil como en el penal. De modo que la conformación del espacio judicial europeo en que queremos convertir la UE, pasa a partir de este momento por la convergencia de las más diversas normas al objeto de materializar el reconocimiento mutuo y automático de las resoluciones judiciales dictadas por órganos del resto de Estados miembros. Dicho reconocimiento ya hemos visto que se asienta en buena medida sobre la confianza en los ordenamientos jurídicos y en los sistemas judiciales de los demás países. En lo que respecta al ámbito penal, al tiempo que se trabaja en la armonización de las normas de Derecho sustantivo, se requiere igualmente una aproximación clara de los aspectos procesales, generando confianza en cuanto a la correcta tramitación y resolución de la causa: confianza en que las normas extranjeras son adecuadas e idóneas y se aplican de manera apropiada por sus propios órganos.

Continuando con el análisis de esta evolución, para la efectiva aplicación práctica de las disposiciones del Tratado de Ámsterdam, el Consejo y la Comisión aprobaron inmediatamente un plan de acción, el llamado Plan de Viena, en el que se preveía expresamente la puesta en marcha de un proceso para facilitar el reconocimiento mutuo de decisiones y la ejecución de resoluciones en materia penal²⁴. En ese mismo año de 1999, el Consejo de Tampere²⁵ consagra el reconocimiento mutuo como

«piedra angular» sobre la que ha de asentarse la cooperación judicial²⁶, destacando igualmente entre sus conclusiones el requerimiento al Consejo y a la Comisión para que adopten de forma inmediata un programa para llevar a la práctica ese principio mediante la fijación de normas mínimas de naturaleza procesal a los efectos de facilitar dicho reconocimiento²⁷. En ejecución de este mandato encontramos la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 26 de julio de 2000 sobre reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, en la que se ahonda en dicha idea al afirmar que «debe, por lo tanto, garantizarse que no solamente el trato de sospechosos y los derechos de defensa no se resentan de la aplicación del principio [de reconocimiento mutuo], sino que las garantías incluso mejorarán a lo largo del proceso»²⁸.

Estas previsiones entroncan ya directamente con la iniciativa legislativa cuyo estudio nos ocupa, al concretarse en un programa de medidas adoptado por el Consejo y Comisión destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal²⁹, en el que se vincula el reconocimiento mutuo a la existencia y el contenido de determinados parámetros, como son la existencia de «mecanismos de protección de los derechos de [...] las personas sospechosas» y «la definición de las normas mínimas comunes necesarias para facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo» (parámetros 3 y 4). La propuesta de decisión-marco pretende uniformar la protección de esos derechos individuales.

En 2002, a los efectos de llevar a la práctica las previsiones contenidas en los distintos textos analizados, la Comisión puso en marcha una consulta abierta sobre la materia cuyas aportaciones le permitieron presentar en febrero del año siguiente el ya mencionado «Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la UE»³⁰. En este trabajo se constataba el hecho de que, si bien todos los Estados miembros eran signatarios del CEDH, en la práctica existían sensibles divergencias en la aplicación

de dicho convenio —e, incluso, flagrantes violaciones del mismo puestas de manifiesto por el TEDH—, lo que justificaba la intervención de la UE al amparo del artículo 31 del TUE fijando a estos efectos unos estándares mínimos comunes. A partir de este primer documento se continuó trabajando sobre el tema³¹ y, en abril de 2004, la Comisión remitió al Consejo un «proyecto de decisión-marco sobre determinados derechos del imputado en los procesos penales celebrados en la UE»³², poniendo en marcha con esta iniciativa el complejo sistema legislativo comunitario.

A raíz de esa propuesta inicial de la Comisión se han sucedido las intervenciones de las demás instituciones implicadas, pronunciándose en primer lugar el Parlamento favorablemente a la iniciativa³³ y siendo tratado el tema en el seno del Consejo —de manera oficial— al menos en sus reuniones de junio y diciembre de 2006, así como en las más recientes de abril y junio de 2007, todas ellas determinantes a los efectos que nos ocupan:

- En la primera de estas sesiones al más alto nivel se consensuó una significativa reducción del contenido en contraposición con el proyecto original y la conveniencia de una redacción genérica acompañada de una relación de medidas prácticas. Esta posición fue asumida oficialmente por la presidencia y dio lugar a la propuesta por ella remitida al Grupo de Trabajo de Derecho Penal Sustantivo en fecha 22 de diciembre de 2006, que constituye el texto esencial que va a ser analizado en el presente artículo³⁴.
- En la cumbre del pasado diciembre, ante la división de opiniones al respecto, se plantea la alternativa entre adoptar un texto de carácter vinculante o no vinculante. Esta última opción ha sido fervientemente propugnada por los Gobiernos de Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido, quienes han desarrollado su particular iniciativa al respecto, conteniendo únicamente recomendaciones de carácter práctico a adoptar de forma voluntaria

por los distintos Estados. Dicho texto ha sido remitido igualmente al referido grupo de trabajo el 17 de enero siguiente³⁵.

- Por su parte, el pasado mes de abril, la presidencia del Consejo flexibilizó su propuesta inicial y planteó dos alternativas. Una primera opción —la preferida por la mayoría de los Estados—, sería la adopción de una decisión-marco acompañada de una resolución no vinculante en la que se recogieran las medidas prácticas conforme al texto de diciembre de 2006. Pero igualmente abrió la puerta a que se debatiera la posibilidad de adoptar la decisión-marco limitada a los litigios transfronterizos —y en particular a los propios del ámbito de la orden europea de detención y entrega—, además de la resolución no vinculante. Con todo, las posiciones resultaban tan enconadamente opuestas que se dieron por bloqueadas las negociaciones, posponiéndose hasta junio la adopción de una decisión definitiva.
- Finalmente, en el Consejo de junio se evidenció de nuevo la imposibilidad de alcanzar la unanimidad necesaria —ya que únicamente apoyaban la iniciativa 21 de los 27 Estados miembros— bajo la excusa de injerencia en cuestiones puramente internas, de modo que se retiró del orden del día la consecución del acuerdo³⁶. Siendo esto así, puede verse en esta situación evidentemente anómala una consecuencia más de la no entrada en vigor del TCE, ya que dicho Tratado preveía la adopción de este tipo de normas con una mayoría cualificada, pero desterrando la técnica de la unanimidad que tantas fricciones y retrasos genera.

En este estado de cosas, resulta que ya han transcurrido más de tres años desde la remisión al Consejo de la propuesta por parte de la Comisión, cuyo texto fijaba como objetivo temporal que el primero de enero de 2006 todos los Estados miembros hubieran transpuesto la normativa a su Derecho interno. Obvia decir

que esta optimista previsión ya ha sido rebasada con creces, pero la situación es, si cabe, mucho más controvertida. Ello es así porque, a día de hoy, no sólo no se manejan fechas concretas para su efectiva aplicación, sino que se cuestiona incluso la potencial aprobación de esta norma, pues conforme acabamos de apuntar, en el seno del Consejo se ha puesto de manifiesto la existencia de posiciones abiertamente enfrentadas que dificultan el consenso al respecto, barajándose en última instancia tres alternativas extremas bien diferentes: adoptar una norma vinculante, conformarse por el momento con una resolución no vinculante o derivar la cuestión hacia la cooperación reforzada. En este punto nos encontramos, pendientes de las decisiones que se adopten y sin abrigar grandes expectativas al respecto.

3. EL PROYECTO DE DECISIÓN-MARCO SOBRE LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

A) OBJETIVOS Y JUSTIFICACIÓN

Conforme hemos analizado en el epígrafe anterior, el proyecto de decisión-marco que estudiamos cobra sentido únicamente dentro del ambicioso proceso de transformación del territorio comunitario en un «espacio de libertad, seguridad y justicia» puesto en marcha a raíz del Tratado de Ámsterdam. La culminación de un proyecto de tal envergadura precisa de avances graduales, parciales pero progresivos, que sienten las bases adecuadas y permitan una evolución lineal hacia el objetivo último: la obtención de un nivel homogéneo de protección de los derechos individuales en el seno de la UE. Esta equiparación no se consigue únicamente con la aproximación de las normas de carácter material, sino que se precisa igualmente un tratamiento procesal compatible que permita el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales extranjeras. A estos efectos, hemos visto que se trabaja simultáneamente en distintos frentes y uno de ellos es la armonización de las garantías procesales

del imputado fijando estándares mínimos. Estas ideas que subyacen claramente en la inicial propuesta de decisión-marco elaborada por la Comisión³⁷, se mantienen igualmente en el articulado del texto ulteriormente remitido por la presidencia en diciembre de 2006, si bien de forma más escueta³⁸.

En este estado de cosas, el punto de partida para analizar el sentido de esta norma hemos de encontrarlo en esa aspiración al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales extranjeras, que se ampara en buena medida en un elevado grado de confianza tanto en los ordenamientos jurídicos foráneos como en la aplicación de los mismos realizada a través de los correspondientes procesos judiciales. La relevancia de este objetivo ya hemos visto que fue puesta de manifiesto en el Consejo de Tampere y desde entonces se trabaja para su materialización, enmarcándose de forma indubitada la presente iniciativa en dicho proceso. A estos efectos, resulta obvio que la asunción como propias de las decisiones emanadas de un órgano forastero —de manera automática e incondicionada— no puede exigirse como un acto de fe a los Estados, sino que debe sustentarse en previsiones específicas y garantías concretas que fundamenten la eficacia equivalente de todas las resoluciones jurisdiccionales sin atender a su origen.

Con esta decisión-marco se pretende, por tanto, avanzar de forma decidida y fundamentada en esa dirección. Ello es así porque la confianza que ha de sostener el reconocimiento mutuo no se consigue mediante la exclusiva aproximación de los aspectos sustantivos, sino que requiere igualmente una confianza cierta en la regularidad de los procesos penales y, especialmente, en el respeto a las garantías integrantes del derecho al proceso debido. La armonización y el reconocimiento mutuo han de verse como mecanismos complementarios en el camino hacia el espacio judicial europeo, y no la primera como requisito previo del segundo, si bien la fijación de estándares mínimos siempre va a facilitar su puesta en práctica³⁹.

Esa confianza subyacente ha de sustentarse en primer lugar en la ratificación por parte de todos los Estados miembros del CEDH⁴⁰, pero la realidad evidencia la inexistencia de una aplicación uniforme del mismo y esta disfunción justifica la intervención de las instituciones comunitarias para homogeneizar la práctica policial y judicial mediante la concreción de las exigencias de dicho convenio⁴¹. La equiparación en los niveles de protección no se logrará si cada Estado determina unilateralmente el grado de tutela que ofrece a los imputados, de modo que la intervención comunitaria debe verse desde esta perspectiva como indiscutible. Esta conclusión viene avalada por los numerosos pronunciamientos al respecto del TEDH, que evidencian un nada despreciable nivel de incumplimiento de las previsiones del mismo, así como significativas diferencias en la puesta en práctica de las previsiones del mencionado convenio en los distintos Estados signatarios del mismo⁴².

Se parte entonces de las previsiones del CEDH⁴³ y se pretende uniformar su aplicación sin introducir obligaciones nuevas para los Estados, sino únicamente concretando y unificando las pautas sobre cómo debe cumplirse de manera adecuada con lo allí previsto conforme ha establecido de forma reiterada el TEDH⁴⁴. La incorporación por tanto de la doctrina de este órgano sobre estas específicas materias ha de reducir de forma significativa el número de asuntos que se plantean ante dicha sede. De manera que la decisión-marco nace con vocación de complementar el CEDH, facilitando su cumplimiento homogéneo, si bien su ámbito es sensiblemente más restringido, ya que, según veremos, desarrolla únicamente un número muy limitado de los derechos recogidos en el mencionado convenio.

La justificación de esta norma se encuentra entonces en estos razonamientos previos y se asienta sobre la base jurídica que supone el artículo 31.1.c del TUE, que viene a admitir que la acción comunitaria sobre cooperación judicial en materia penal pueda extenderse a la compatibilización de las normativas internas, lo que es posible lograr mediante la aproxi-

mación de las normas procesales, por ejemplo estableciendo unos mínimos comunes. Por otra parte, se garantiza igualmente el respeto a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad que han de inspirar toda actuación legislativa comunitaria⁴⁵. En el caso que nos ocupa, resulta palmaria la concurrencia de ambos presupuestos, ya que la intervención de la UE resulta preceptiva para lograr los objetivos marcados, pues la práctica evidencia que la actuación individual y unilateral de los distintos Estados no ha logrado la unificación en la actuación que se persigue y resulta precisa para una correcta aplicación del CEDH y para elevar el nivel de confianza mutua. Además, al tratarse de una regulación de mínimos, se respeta igualmente el de proporcionalidad, sin perjuicio de la posible ampliación futura⁴⁶.

Igualmente debe destacarse que se trata de concretar unos estándares básicos, de modo que nada impide que cada Estado fije un nivel superior de protección y sin que en ningún caso esta norma permita un retroceso al respecto, al incluir como veremos una cláusula de no regresión⁴⁷. Por último, mención especial debe hacerse a la selección de derechos realizada, ya que, *a priori*, parece poco justificada, pues ni son todos los que aparecen en el Convenio, ni existe razón aparente para considerarlos los más importantes. No obstante, conforme indica la Comisión en su propuesta, dicha elección se ampara en el «componente transnacional» que no se aprecia en otras manifestaciones del derecho a un juicio justo y resultan por tanto los condicionante más emblemáticos a los efectos del reconocimiento mutuo. Más aún, se han seleccionado aquellos derechos que se considera están mejor implantados en los distintos sistemas y ofrecen menos problemas para unificar, sin perjuicio de la incuestionable y preceptiva ampliación de los mismos de manera casi inmediata hasta llegar a consensuar la generalidad de garantías esenciales del imputado.

B) INSTRUMENTO NORMATIVO

Ya es sabido que la política europea en materia de cooperación judicial penal integra el

llamado «tercer pilar» comunitario, en cuyo seno se trabaja mediante acuerdos de carácter intergubernamental y exclusivamente por medio de instrumentos legislativos particulares: posiciones comunes, decisiones-marco, decisiones y convenios⁴⁸. Siendo esto así, resulta preceptivo que para legislar sobre estas cuestiones el Consejo recurra a uno de dichos tipos de norma jurídica y, en el caso que nos ocupa, la vía elegida ha sido la decisión-marco, norma propia de este ámbito y que responde a unas premisas muy específicas que es conveniente analizar.

Como particularidades de este tipo de disposiciones debemos señalar en primer lugar que se limita a marcar unos objetivos finales a alcanzar, pero deja libertad a los Estados miembros para determinar los mecanismos internos precisos para lograrlos, de manera que resulta preceptiva su recepción o transposición a cada Derecho nacional para devenir eficaz, no siendo en otro caso directamente aplicable⁴⁹. Además, las decisiones-marco han de adoptarse por unanimidad de los miembros del Consejo, de manera que la oposición de algún Gobierno lleva indefectiblemente al bloqueo del proceso —tal y como está ocurriendo en el momento actual—, con lo que la única solución, una vez agotadas las posibilidades de alcanzar un acuerdo, de derivar el asunto hacia la cooperación reforzada⁵⁰.

En el caso concreto, el objetivo de la decisión-marco hemos visto que reside en la fijación de unas normas mínimas comunes, luego puede considerarse que la norma utilizada es la adecuada. Pero, para que esta técnica legislativa resulte realmente efectiva, deviene inexcusable una clara y exhaustiva precisión de las metas perseguidas, de manera que aparezca como indubitado qué debe garantizarse, cuándo y a quién, dejando discrecionalidad a cada Gobierno únicamente en lo que respecta al cómo. En este estado de cosas, la generalidad en la redacción de la norma opera en detrimento de su eficacia y determina la no consecución de sus objetivos. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el elevado nivel de incumplimiento del CEDH deriva en buena medida de su falta

de concreción en cuanto a las medidas a aplicar, lo que obliga a la TEDH a comprobar en cada caso concreto si las disposiciones internas de cada Estado se ajustan y dan respuesta a las exigencias del tratado⁵¹.

La perpetuación de ese error debería evitarse en todo caso; no obstante, se reitera el recurso —a menudo abusivo— a conceptos jurídicos indeterminados que permiten el mantenimiento impune de la diversidad de soluciones nacionales al dejar las manos libres a cada Estado para determinar las condiciones que permitan ejercitar los derechos consagrados⁵². Más aún, las decisiones-marco generan el riesgo de que los Estados no las traspongan a su Derecho interno, no lo hagan en plazo o no se ajusten de forma estricta a las previsiones marcadas al efecto. Ante esta potencial distorsión, el control de la actividad estatal corresponde a las instituciones comunitarias⁵³, quienes deberán promover en su caso el correspondiente recurso de incumplimiento ante el TJUE conforme establecen los artículos 226 a 228 del TCCE⁵⁴.

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN

A la determinación del ámbito de aplicación de esta norma se dedica el primero de los artículos del texto propuesto por la presidencia, que toma en consideración la reconocida conexión entre la decisión-marco y el CEDH para afirmar que, salvo que expresamente se indique lo contrario, ambas normas operan en idéntica órbita; más aún, invoca igualmente la doctrina del TEDH como orientadora de la interpretación de todos sus preceptos⁵⁵. Debe, además, tenerse en cuenta que ello implica igualmente la aplicación de las reservas y declaraciones formuladas por los distintos Estados al propio Convenio en virtud del artículo 56 del mismo. En todo caso, resulta conveniente analizar con mayor detenimiento estas previsiones y, a estos efectos, vamos a referirnos de forma individualizada al marco objetivo, subjetivo, espacial y temporal en que ha de aplicarse la regulación contenida en la disposición comunitaria.

a) Objetivo

El contenido del CEDH excede de forma significativa de la regulación contenida en la decisión-marco, ya que no se limita a la consagración de garantías procesales mínimas en el ámbito penal, sino que desarrolla con mayor extensión la generalidad de derechos considerados fundamentales, tanto aquéllos con una vertiente meramente procesal, como los que cobran sentido y deben ser respetados en las más distintas facetas de la vida humana. Por el contrario, la norma comunitaria no participa de esa vocación universal en este punto y responde a una acotación más estricta ya contenida en su propia denominación —«Proyecto de decisión-marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales aplicables a los procesos penales celebrados en la UE»—, de modo que se restringe a determinados derechos procesales que resultan exclusivamente aplicables a los procesos penales.

En consonancia con este planteamiento, los apartados 1 y 3 del artículo primero de la propuesta recogen estas precisiones, indicando que las normas mínimas contenidas en la decisión-marco se aplicarán a los procesos penales en su más amplia acepción, incluidos aquéllos destinados a enjuiciar la legalidad de una detención. Llama la atención, sin embargo, la ausencia en el seno del articulado de una precisión que sí encontramos en la Exposición de Motivos, cual es la referencia expresa de la aplicación a los procesos de extradición, de remisión de un sujeto a un tribunal penal internacional o de ejecución de un mandato europeo de detención y entrega⁵⁶. Con todo, la naturaleza penal de estos procesos no parece cuestionable.

Por otra parte, debe destacarse que en el texto actual se han omitido referencias más explícitas que sí se recogían en la propuesta de la Comisión ofreciendo una determinación más precisa de este ámbito, ya que se afirmaba que la aplicación de esta norma se extendería «a todos los procesos celebrados en la Unión Europea destinados a determinar la culpabilidad o inocencia de una persona sospechosa de haber

cometido un delito o a decidir las consecuencias de una confesión de culpabilidad respecto de una imputación. También comprende cualquier recurso que emane de dichos procesos»⁵⁷. Por el contrario, como aspecto positivo llama la atención la omisión de la referencia exclusiva a los procedimientos por «delitos», ya que existen otro tipo de ilícitos penales cuyo enjuiciamiento ahora sí podemos entender comprendido sin necesidad de realizar una interpretación extensiva al respecto. En todo caso, la conclusión ha de ser que se incluye todo proceso penal (y exclusivamente los procesos penales, porque habla de infracciones penales, excluyendo por tanto los procedimientos sancionadores de naturaleza administrativa), al margen de la gravedad del ilícito perseguido, ya que no distingue entre los distintos tipos de infracción⁵⁸.

En última instancia, conforme hemos indicado previamente, toda delimitación del ámbito de aplicación de esta norma debe acomodarse necesariamente a la doctrina al respecto emanada del TEDH en relación con la aplicación del CEDH. Así, nos encontramos con que este órgano ha elaborado un peculiar concepto de proceso penal a estos efectos, pues afirma que no corresponde exclusivamente al Derecho interno de cada Estado la determinación de cuándo se trata un proceso de esta índole, sino que, por el contrario, el propio Tribunal afirmará, en su caso en contra de ese criterio nacional, el carácter penal de un proceso atendiendo si lo considera a la naturaleza de la infracción o al tipo y gravedad de la sanción prevista, siendo estos criterios alternativos y no cumulativos⁵⁹.

Con todo, la delimitación de este ámbito objetivo de aplicación no resultaría completa sin hacer expresa referencia a una controvertida cuestión a que se alude exclusivamente en la Exposición de Motivos y que implica la introducción de facto de una importante restricción pese a no existir reflejo expreso en el articulado. Esto es así porque el parágrafo 5 de la EM afirma la primacía del Derecho nacional cuando excepcione los derechos recogidos en la decisión-marco en el caso de que se persi-

gan delitos especialmente graves que atenten «contra los fundamentos del Estado de Derecho»⁶⁰.

Esa previsión hace expresa referencia al terrorismo, supuesto típico para el que está pensada, pero no lo restringe al mismo y permite una interpretación libre por parte de cada Estado con el único límite de que las restricciones no contravengan «la esencia misma de las garantías procesales». El manejo de conceptos jurídicos evidentemente indeterminados deja un margen de discrecionalidad demasiado amplio a los Estados, con el riesgo de introducir fisuras insalvables en el sustento de esa confianza mutua por la que trabajamos. Con ello se está introduciendo la posibilidad de relajar o inaplicar flagrantemente algunas de las garantías mínimas en procesos por ilícitos que se consideren especialmente graves, cuestión que nos genera serias dudas al respecto de su conveniencia, ya que no se concretan ni los posibles delitos ni las potenciales excepciones, de manera que se deja la puerta abierta a que cada Estado introduzca las limitaciones que considere oportunas haciendo perder todo sentido a esta normas de mínimos que devendrían letra muerta por esta vía. Consideramos, por el contrario, que hay que defender la inaplicación de esta excepción, pues desaparecerían los mínimos en esos casos y se abriría un muy amplio margen de discrecionalidad.

Puede alegarse que la introducción de este tipo de cláusulas no constituye una novedad en los textos al uso⁶¹, de manera que, si buscamos previsiones equivalentes, encontramos referencias próximas que no idénticas tanto en el CEDH⁶² como en el PIDCP⁶³, pero en ambos casos la delimitación de los supuestos excepcionales es mucho más restringida y se exige expresamente que se informe previamente de la pretendida derogación, dejando constancia de las causas que la motivan, el ámbito de aplicación, la duración prevista y las medidas que se van a adoptar en ese sentido, así como del momento en que cese el estado causante y vuelvan a estar vigentes plenamente las disposiciones del CEDH. Más aún, el TEDH mantiene al respecto una interpretación restrictiva

—tanto en cuanto al espacio físico en que se pueden aplicar dichas derogaciones como en la duración temporal de las mismas—, doctrina que entendemos debe primar igualmente en la aplicación de la decisión-marco⁶⁴.

b) Subjetivo

En lo que respecta a la determinación de los sujetos titulares de los derechos aquí contemplados, encontramos plena coincidencia entre las previsiones del CEDH⁶⁵ y la propuesta de decisión-marco⁶⁶, pues en ambos casos de refieren a los «detenidos» y «acusados» en relación con una infracción penal, añadiendo además la norma comunitaria expresa referencia a la «conveniencia» de interpretar dichos términos conforme a la jurisprudencia del TEDH al respecto. El término «detenido» resulta evidentemente menos confuso, pero en lo que concierne al concepto de «acusado», el TEDH ha sentado la doctrina de considerar como acusación lo que en nuestro ordenamiento sería mera «imputación», siempre que sea transmitida al sospechoso de manera oficial por la autoridad competente⁶⁷. En este sentido, el texto de la Comisión resultaba más claro en cuanto que afirmaba de forma genérica que los derechos se aplicarían «a cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito»⁶⁸.

En todo caso, una interpretación sistemática, teniendo además en cuenta esa doctrina del TEDH, ha de llevarnos necesariamente a concluir que los derechos han de reconocerse a todo sospechoso, sin esperar a que se formule frente al mismo una acusación en sentido estricto, ya que sino dichas garantías carecerían de sentido. Luego la lectura más adecuada sería considerar que los derechos han de reconocerse a todo «imputado», independientemente de qué autoridad formule dicha imputación (policía, fiscal, juez), entendido como toda persona afectada por una investigación o un proceso derivado de la comisión de un ilícito penal siempre que se traduzca en una imputación (aunque no sea formal), tenga lugar o no la detención (basta que sea llamado a declarar, por ejemplo) y sin necesidad de que exista tam-

poco una acusación en sentido estricto, pues afirmar otra cosa dejaría vacíos de contenido real estos derechos, ya que su reconocimiento podría resultar extemporáneo.

Destacar igualmente que no se distingue entre ciudadanos de la UE y de otros países, de modo que los derechos se reconocen a todos aquellos sometidos a la jurisdicción de un Estado miembro, pues de lo contrario se introduciría un elemento de discriminación difícilmente justificable. Esta interpretación concuerda igualmente con las previsiones del artículo primero del CEDH, en el que se afirma la vocación universal en el reconocimiento subjetivo de los derechos, sin distingos de ninguna naturaleza. Con ello se hace especial incidencia en la protección del ciudadano extranjero, (cuya presencia es cada vez mayor en los distintos Estados como consecuencia de la libre circulación y del carácter transnacional de la delincuencia) quien es susceptible de sufrir mayor indefensión por desconocimiento del idioma, del sistema y de la falta de apoyos. De modo que se incide en la necesidad de ofrecer información en lengua que se comprenda y garantiza la asistencia en todo caso gratuita de traductor e intérprete a estos efectos⁶⁹.

c) Espacial

El CEDH se aplica en todo el territorio de los Estados signatarios, sin perjuicio de las declaraciones que al respecto puedan formular las partes contratantes conforme señala el artículo 56 del mismo. La decisión-marco, por su parte, constituye una norma exclusivamente comunitaria, luego su ámbito espacial de aplicación ha de restringirse necesariamente al territorio de la UE. El texto de la presidencia no ha considerado preceptiva una expresa afirmación al respecto, de manera que alude al ámbito espacial únicamente en su título, señalando que se trata de garantías procesales aplicables a los procesos penales «celebrados en la UE». Por su parte, la propuesta de la Comisión resultaba también en este punto más exhaustiva y recogía dicha acotación expresamente en su articulado⁷⁰.

En todo caso, esta delimitación territorial debe matizarse tomando en consideración la especial posición de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido en relación con las materias JAI⁷¹. El status específico de que gozan dichos Estados en relación con estas cuestiones determina que el primero de ellos no participe en la adopción de decisiones en el seno del Consejo relativas a este tipo de asuntos, de modo que las potenciales normas adoptadas no le serán de aplicación salvo que expresamente así lo manifieste con posterioridad a su adopción⁷². Por su parte, Irlanda y el Reino Unido aparecen igualmente excluidos *a priori* del proceso de elaboración y aprobación de disposiciones de esta naturaleza, si bien pueden incorporarse voluntariamente al mismo o asumir la aplicación de la norma en su territorio una vez adoptada⁷³. No obstante, en el proceso legislativo que nos ocupa estos dos Estados participan activamente, encabezando además la alternativa minoritaria en el Consejo que se opone a la adopción de un texto vinculante⁷⁴. Con todo, la consecuencia de estas situaciones que debemos calificar de anómalas y excepcionales es la introducción de una restricción en el ámbito espacial de aplicación que entendemos ha de considerarse no asumible por los demás Estados y, en todo caso, reveladora de una evidente falta de voluntad por parte de los protagonistas de avanzar efectivamente hacia un espacio judicial europeo.

En otro orden de cosas, debemos igualmente destacar que no se distingue entre procedimientos puramente internos o transnacionales, luego ha de aplicarse a todos ellos independientemente de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, del lugar de comisión o persecución del delito. Esta parece ser la opción adecuada, ya que la limitación a los procesos en que podría precisarse el reconocimiento y la ejecución de una resolución extranjera implicaría una discriminación respecto de los propios nacionales o residentes, además de introducir un elemento de complejidad a los efectos de determinar el carácter transnacional del litigio desde el momento inicial. Aun siendo esto así, no podemos ignorar que una

de las alternativas planteadas por la presidencia en el Consejo del pasado abril se refería a la posibilidad de restringir la aplicación de la decisión-marco a los asuntos transfronterizos, concretamente los relativos a la orden europea de detención y entrega.

d) Temporal

Por último, debemos determinar en qué momento se reconocen y pueden por tanto exigirse los derechos aquí contenidos. En este punto, el CEDH únicamente indica que la información sobre los motivos de la detención y la acusación formulada debe realizarse en «el plazo más breve posible», pero no incluye ninguna referencia al respecto de los otros derechos. La propuesta de decisión-marco, por su parte, incluye una expresión similar —«lo más pronto posible»— para hacer referencia al momento en que se debe informar de los derechos y también proporcionar asistencia de letrado. Pero estas previsiones son igualmente insuficientes, ya que no se alude al derecho a la asistencia de intérprete y traductor, aunque el respeto a su filosofía exija que se proporcionen igualmente de manera inminente en cuanto conste que desconoce la lengua que se está utilizando. También sobre el particular la Comisión recogía previsiones expresas más completas y esta idea entendemos que ha de ser la que impere: reconocer los derechos desde el momento en que cualquier autoridad informe de las sospechas, sea la policía, el representante del Ministerio Fiscal o el juez correspondiente. Esta lectura se encuentra avalada por el propio TEDH, quien no entra a distinguir entre autoridades y se inclina por la interpretación más favorable al presunto delincuente⁷⁵.

Por otra parte, en cuanto al momento final, parece indiscutible que deben extenderse estos derechos hasta el momento en que fenezca definitivamente el proceso mediante sentencia firme, de modo que cubra el agotamiento en su caso de todos los posibles recursos, incluyendo por consiguiente tanto el amparo ante el TC como las potenciales demandas ante el propio TEDH.

D) DERECHOS RECONOCIDOS

Conforme se ha indicado previamente —y a tenor de las manifestaciones realizadas por la Comisión en su propuesta inicial—, la elección de las garantías procesales cuyos estándares mínimos se pretenden armonizar se ampara en el «componente transnacional» que no se aprecia en otras manifestaciones del derecho a un juicio justo, de modo que resultan los aspectos más relevantes a los efectos del reconocimiento mutuo. Más aún, se han seleccionado aquellos derechos que se considera están mejor implantados en los distintos sistemas nacionales y que, por tanto, ofrecen menos dificultades para unificar su práctica. En todo caso, estas afirmaciones deben acogerse sin perjuicio de la incuestionable y preceptiva ampliación del contenido de la decisión-marco que se espera de manera casi inmediata, ya que el objetivo a medio plazo ha de ser llegar a consensuar la totalidad de las garantías esenciales del imputado, estableciendo así un estatuto común y exhaustivo para el sujeto pasivo del proceso penal, equiparable al ya previsto para la víctima del ilícito⁷⁶.

Centrándonos ya por fin en los derechos de naturaleza procesal que vienen a considerarse en esta norma, la primera de las cuestiones a destacar es su carácter parcial o fragmentario⁷⁷. Esta limitación se evidencia del análisis de los antecedentes, ya que desde el mencionado Libro Verde hasta aquí hemos asistido a una progresiva reducción de las potenciales previsiones del texto. De modo que la versión actual del proyecto pone de manifiesto que se ha renunciado a la idea originaria de aprobar una norma más ambiciosa y, si bien ya en su origen se afirmaba que se trataba de una regulación de mínimos, esta nota característica resulta hoy en día más evidente. Así, en el documento finalmente sometido por la presidencia a la ratificación del Consejo únicamente se conservan tres de los posibles derechos inicialmente barajados, acogiendo además una formulación básica y escueta de todos ellos —conforme ya decidió el Consejo en junio de 2006—, de modo que asume la supuesta conveniencia de limitar el acuerdo a un texto genérico acompa-

ñado de una propuesta de medidas prácticas más específicas.

Por su parte, la procedencia de los derechos afectados no parece controvertida. Esto es así porque ya desde los primeros estadios de la gestación de la decisión-marco se ha evidenciado la íntima conexión existente entre el contenido específico del proyecto y las previsiones del CEDH. Es más, la norma comunitaria hemos visto que confiesa como objetivo que la aplicación de dicho Convenio se uniformice en el territorio de los Estados miembros de la UE, asumiendo además por vía legislativa la jurisprudencia del TEDH sobre estas específicas materias; como efecto reflejo, han de reducirse por tanto el número de asuntos que se plantean ante este órgano. Ello no obstante, la propuesta inicial de la Comisión incorporaba al articulado otros derechos hasta entonces no consignados al menos de forma expresa en los textos de referencia⁷⁸, elevando con ello el nivel de protección ofrecido al imputado. Sin embargo, ese afán tuitivo manifestado en momentos previos no ha sido acogido con entusiasmo por el Consejo, quien ha ido cercenando el articulado de la propuesta hasta hacer de él un reflejo más fiel del texto del CEDH, si bien incorpora igualmente ciertas precisiones al respecto de los derechos allí contenidos que debemos destacar debidamente en su momento.

En este estado de cosas, nos encontramos con que en la propuesta de la presidencia se recogen exclusivamente los derechos a la información, a la asistencia de defensor y de intérprete y a la traducción de documentos, títulos que encabezan respectivamente los artículos segundo a quinto de la propuesta, sin perjuicio de que, como analizaremos en los apartados siguientes, el contenido de dichos preceptos resulte una ampliación y concreción de sus enunciados en algunos casos. Estas previsiones ponen de manifiesto un evidente trasunto de las disposiciones contenidas en los artículos 5.2 y 6.3 del CEDH, que se insertan dentro del contenido del derecho al proceso debido —justo o equitativo— y a la defensa, conforme ha puesto de manifiesto de mane-

ra reiterada el TEDH⁷⁹. De modo que no se trata de derechos autónomos e independientes entre sí, sino de ramas de un mismo árbol, de distintas garantías procesales que deben respetarse escrupulosamente para avalar el correcto desarrollo del proceso judicial, singularmente permitiendo el ejercicio del derecho de defensa en el mismo en toda su extensión.

Por último, y antes de pasar a analizar el contenido de los derechos acogidos en la postera de las propuestas, procede una breve referencia a aquéllos ahora no contemplados y que sí aparecían por el contrario en el texto de la Comisión: el derecho a recibir una atención específica y el derecho a la comunicación de la situación de privación de libertad. El primero de ellos resultaba ciertamente original, pues pretendía garantizar una especial protección a aquellos sospechosos que por su edad, estado mental, físico o emocional no estuvieran en situación de entender el contenido o el significado del proceso. Para ello se aludía a la conveniencia de prestar la atención médica oportuna en cada caso o de permitir la presencia de un tercero durante el interrogatorio, pero no se concretaba más en qué debía consistir ese peculiar celo⁸⁰. Respecto del derecho a informar de la situación de detención y a comunicarse con su familia, empleador, autoridades consulares o, incluso, una organización humanitaria⁸¹, se trata por el contrario de una posibilidad sí reconocida, al menos parcialmente, tanto en nuestro ordenamiento⁸² como en otros textos internacionales⁸³, luego la novedad podía considerarse más relativa. En todo caso, no olvidemos que estas previsiones han desaparecido de la última versión del proyecto de decisión-marco, así que nos centraremos exclusivamente en el análisis del contenido de los derechos efectivamente consignados en su articulado.

a) A la información

Requisito previo e ineludible para garantizar la posibilidad de una efectiva puesta en práctica de sus derechos por parte de cualquier sujeto es, sin duda, que su titular tenga un co-

nocimiento preciso de los mismos; no sólo de su existencia, sino también de su contenido y extensión, de las restricciones o posibles límites y de las demás condiciones determinantes para su ejercicio. Siendo esto así, la primera de las garantías que han de asistir a toda persona que se presume responsable de la comisión de un ilícito penal ha de ser, necesariamente, que se le informe de esa sospecha, que se le haga sabedor de su situación y de las posibles consecuencias derivadas de la misma, así como que se le transmita un conocimiento cierto de los medios a su disposición para actuar de forma adecuada y no sufrir indefensión, interviniendo en el proceso en su caso ya iniciado y que ha de desarrollarse con todas las garantías.

En consonancia con este planteamiento, la última versión de la propuesta de decisión-marco alude en primer lugar —y entendemos que con acierto— a este derecho a la información, que resulta el adecuado punto de partida para asegurar un proceso justo. A mayor abundamiento, nos encontramos con que el legislador comunitario no se aviene a recoger únicamente un derecho genérico y abstracto, sino que trasciende esta cuestión meramente formal tratando de concretar en cierta medida la esencia y calidad de la información que debe transmitirse al sospechoso. Más aún, atiende además a su específica situación personal, teniendo en cuenta en su caso el hecho de que haya sufrido detención.

De modo que el contenido de este precepto parte de las previsiones recogidas a su vez en los artículos 5.2⁸⁴ y 6.3⁸⁵ del CEDH, pero amplía lo allí previsto, ya que no se limita a reconocer el derecho a recibir información lo antes posible sobre el motivo de la detención —obviamente si ésta ha tenido lugar— y sobre la imputación formulada en su contra —en todo caso—, sino que exige que la información sea «detallada» y que se extienda a todo dato que sea «útil» al imputado y, expresamente, a las garantías procesales que le asisten, al menos a los derechos reconocidos en la propia decisión-marco⁸⁶. Con todo, únicamente este último inciso puede traducirse en consecuencias prácticas.

Estas exiguas previsiones deben necesariamente ponerse en conexión con la doctrina del TEDH sobre el particular, quien introduce precisiones relevantes sobre el fondo de la cuestión. Así, este órgano ha indicado al respecto de este derecho que al detenido debe dársele razón tanto de los aspectos fácticos como de los jurídicos que hayan determinado su detención, admitiendo sin embargo que no sea el propio agente de policía quien de forma inmediata transmita toda las indicaciones oportunas⁸⁷. De otro lado, también ha afirmado este Tribunal que la información sobre la imputación debe extenderse no sólo a los hechos, sino también, y de forma igualmente detallada, a la posible calificación jurídica de los mismos⁸⁸.

En otro orden de cosas, debemos llamar la atención sobre una omisión abstrusa del texto actual, del que se ha eliminado la mención que encontrábamos en la propuesta de la Comisión de que la transmisión de esta información esencial se hiciera mediante la entrega por escrito de una «carta de derechos», que había de estar a disposición de las autoridades competentes al menos en las distintas lenguas oficiales de la UE. La referencia a este documento no aparece ya en la última propuesta de articulado, sino en el anexo de la decisión-marco —entre las orientaciones prácticas—, de modo que este cambio de ubicación determina la dudosa imperatividad de la previsión, pues ha quedado reducida a una mera recomendación que los Estados podrán adoptar o no, conforme estimen más oportuno⁸⁹. Ahondando en esta cuestión, puede afirmarse que las ventajas de esta carta resultan obvias, destacando en todo caso que facilita la acreditación de la entrega al sospechoso y garantiza —al menos de manera indicaria— su conocimiento de los derechos que le asisten en cuanto que se proponía la utilización de un papel autocopiante en que debían firmar tanto el sospechoso como el policía, entregándose el original al imputado e incorporando la copia al correspondiente expediente⁹⁰.

Respecto del contenido de este documento, parece adecuado que haga referencia a la generalidad de garantías procesales básicas

de los imputados y no sólo a las recogidas en la propuesta. No obstante, el modelo que se presentaba originariamente resultaba bastante complejo, pues requería expresa referencia a la normativa interna que consagraba cada uno de los derechos. Por nuestra parte, consideramos oportuno que se promueva la redacción de un formulario más sencillo y sin indicaciones superfluas, limitándose a la exposición de los distintos derechos reconocidos en cada Estado sin necesidad de dejar constancia de la norma de que deriven. En este sentido sería recomendable un texto mínimo común en el que cada Estado pudiera introducir nuevos apartados completando y personalizando el elenco. Sin embargo, el proyecto actual omite dicho modelo y deja entera libertad a cada país sobre el particular.

Llegados a este punto, nos resta únicamente analizar la situación de nuestro Derecho interno en lo que atañe a esta materia. En este sentido, podemos afirmar que la legislación española ofrece una cobertura adecuada de esta garantía, al menos en lo que respecta al detenido o preso, ya que la información indicada aparece expresamente recogida en el artículo 520.2 de la LECrim como parte de aquella que debe transmitirse a los sujetos en dicha situación, dejando constancia escrita de ello en el correspondiente expediente, con firma del detenido y del agente instructor. Siendo esto así, bastaría con generalizar esta diligencia para todo proceso y respecto de toda persona imputada —al margen de que se encuentre o no sometido a medida cautelar privativa de libertad—, tal y como ya prevé el artículo 775 de la LECrim en relación con el procedimiento abreviado. Con esta simple medida se aseguraría la plena aplicación de las disposiciones aquí contenidas⁹¹.

b) A la asistencia letrada

El significativo apego que el legislador comunitario muestra hacia el texto del CEDH se pone de manifiesto de forma singular en el artículo tercero del proyecto de decisión-marco, bajo cuyo encabezamiento —«Derecho a la

asistencia de defensor»— se incluyen con toda probabilidad algunas de las previsiones más señeras de esta norma en ciernes y a las que resulta inexcusable dedicar nuestra atención. En primer lugar, se aprecia en este precepto un inopinado cambio en la terminología hasta entonces empleada, ya que se ha omitido la tradicional voz «abogado» (que encontrábamos en las versiones anteriores de esta disposición⁹²), sustituyéndola por la expresión «defensor» (tanto en el título como en el texto⁹³), cuyo antecedente inmediato se encuentra sin duda en el apartado c del artículo 6.3 del CEDH, donde se emplean ambos términos en calidad de sinónimos⁹⁴. Siendo esto así, nada nos indica que esta variación léxica responda a algo más que una mera cuestión de estilo, de modo que ha de afirmarse sin asomo de duda que ese potencial «defensor» ha de ser en todo caso licenciado en Derecho y encontrarse habilitado para el ejercicio profesional de la abogacía conforme a la normativa interna del Estado miembro de que se trate⁹⁵.

Por otra parte, de la lectura de este precepto se concluye que las previsiones en él contenidas exceden con creces del derecho enunciado en el epígrafe que lo preside, incorporando así de manera subrepticia cuestiones ajenas hasta el momento al proceso legislativo y que suponen transposición automática de otras disposiciones del CEDH sobre cuyo debate no existe constancia⁹⁶. Resulta entonces que este artículo no se limita a desarrollar el derecho a la asistencia letrada como podía presumirse, sino que introduce postulados propios del derecho de defensa en su más amplia extensión cuya inclusión no había sido planteada de forma expresa, como son el derecho a disponer de tiempo y facilidades para preparar la defensa y el derecho a interrogar a los testigos de cargo y a hacer llamar y poder interrogar a los testigos de descargo⁹⁷. Más aún, la redacción de esta regla supera incluso al tenor del propio CEDH, de manera que se impone la necesidad de un examen más detallado de las distintas cláusulas⁹⁸.

La norma comunitaria introduce en este punto un enfoque singular de la cuestión, ya

que parte de la distinción entre los derechos que asisten a todo imputado de aquéllos específicos del sospechoso detenido. En relación con los primeros, supera las previsiones de las versiones anteriores e introduce más amplias referencias al derecho de defensa —sin mencionarlo expresamente— desglosadas en tres apartados dispares, réplica casi exacta de las letras b, c y d del artículo 6.3 del CEDH. En primer lugar, alude al derecho a disponer del tiempo y los medios necesarios para preparar la defensa, lo que no deja de ser recurso a un concepto jurídico indeterminado que en nada favorece la unificación de la práctica forense, ya que no se especifican ni plazos ni condiciones y se limita a reproducir el contenido del CEDH sobre el particular. Siendo esto así, y conforme ha afirmado de forma reiterada el TEDH, habrá que atenerse a las circunstancias concretas de cada caso —complejidad del asunto, lapso de tiempo efectivamente disponible, recursos al alcance del imputado— para valorar si se han respetado o no estas exigencias⁹⁹.

A continuación, se reitera igualmente la literalidad del CEDH para reconocer la alternativa entre la autodefensa y la defensa técnica como opción que corresponde en todo caso al imputado, quien podrá además elegir un abogado de su confianza o, si carece de recursos económicos y el interés de la justicia así lo exige, requerir el nombramiento de letrado de oficio beneficiándose de la asistencia jurídica gratuita. Llama poderosamente la atención en esta redacción que se concibe el derecho a la asistencia de abogado como potestativo en todo caso, diferencia significativa respecto del proyecto original, que imponía la disponibilidad de defensa técnica en determinados supuestos¹⁰⁰, sin perjuicio de la posible renuncia por parte del interesado. De idéntica forma, ha desaparecido del texto la necesidad de que se garantice la eficacia de la asistencia prestada por el abogado proporcionando una alternativa en caso de impericia o ineptitud, lo que reduce a una quimera la efectiva armonización de estándares de calidad en el servicio¹⁰¹.

Por su parte, en lo que respecta a la justicia gratuita, se reproducen sin paliativos los gé-

ricos criterios del CEDH, de manera que no se aprecian avances que permitan la unificación de los parámetros aplicados por los diferentes Estados. De modo que debemos recurrir de nuevo al TEDH sobre el particular, cuya reiterada doctrina confirma que la preceptividad de la asistencia de abogado de oficio deriva de la concurrencia de las mencionadas condiciones: la falta de medios para hacer frente a dichos gastos y la existencia de «interés de la justicia» en la concesión de dicho beneficio. Con todo, este órgano va más allá y, si bien reconoce que la fijación del baremo económico corresponde a cada Estado de forma unilateral, afirma igualmente que la existencia de «interés de la justicia» debe concretarse en cada caso atendiendo a la gravedad de la infracción y de la sanción prevista, así como a la complejidad de los hechos. De conformidad con este planteamiento, sienta el Tribunal como regla general que, siempre que exista posibilidad de sufrir una privación de libertad, ha de considerarse que concurre ese «interés de la justicia», luego debe garantizarse la asistencia de abogado en todo caso, de libre elección o de oficio si procede atendiendo a la capacidad económica del potencial beneficiario¹⁰².

La última de las garantías que este artículo reconoce a todo imputado en relación con el derecho de defensa es el respeto a los principios de igualdad y contradicción en materia de prueba testifical, y tampoco en este punto se aparta el proyecto del texto del CEDH. Sorprende que la referencia al derecho a la prueba con contradicción y en condiciones de igualdad se limite a la prueba por medio de testigos, tanto de cargo como de descargo, pero sin incluir ninguna referencia expresa respecto de otros medios de prueba que pudieran resultar adecuados a cada proceso. En todo caso, la utilización de estos mecanismos de defensa ha de entenderse lógicamente condicionada a que la proposición de los mismos se realice en la forma y momento oportunos y a la concurrencia de los requisitos que determinan su admisión y práctica —utilidad, pertinencia, no reiteración—¹⁰³.

En otro orden de cosas, procede en este momento ahondar en la afirmación de que la redacción de este precepto no se limita a reproducir el contenido del CEDH sobre el particular, sino que supera sus previsiones e incorpora aspectos originales al menos en relación con la asistencia profesional al detenido, diferenciando por razones evidentes su situación de la del mero imputado en este punto¹⁰⁴. En los estudios previos en que trae causa esta norma se constató la coexistencia en el seno de la UE de sistemas nacionales abiertamente opuestos en esta materia, de manera que en algunos países no se reconoce inicialmente al detenido el derecho al auxilio por parte de abogado, no se garantiza la asistencia en sede policial o no se presta dicho servicio de noche o durante los fines de semana¹⁰⁵. La diversidad de posiciones en una cuestión tan elemental se evidenció como manifiestamente incompatible con la confianza mutua que se pretendía alimentar, de modo que devino inexcusable la armonización de posturas al respecto.

En consonancia con ese planteamiento, el proyecto actual incorpora el reconocimiento expreso del derecho del detenido a ser asistido por abogado, exigiendo además que la entrevista con el defensor se lleve a cabo en el menor plazo posible, de manera reservada —sin presencia de tercero y sin posibilidad de grabación por ningún medio— y que se mantenga su asistencia durante el primer interrogatorio. A mayor abundamiento, se confirma en última instancia la opción para el detenido de elegir letrado de su confianza o requerir su nombramiento de oficio —siempre que carezca de medios y así lo exija el interés de la justicia—, cuestión respecto de la que no se introduce ningún elemento nuevo¹⁰⁶. Obviando la indeterminada fijación del plazo para la prestación de la asistencia —ya que la expresión «lo antes posible» no introduce ningún elemento de certidumbre—, deben valorarse muy positivamente los términos de este precepto, ya que impone obligaciones concretas para los Estados que, en este caso sí, han de traducirse en una efectiva homogeneización de la práctica.

En este estado de cosas, se impone ahora una referencia al Derecho español al objeto de constatar el grado de acogida de estas previsiones en el mismo. El punto de partida nos lo ofrecen los artículos 118 y 520.2.c de la LE-Crim, que establecen la obligatoriedad de la intervención de letrado en la generalidad de las causas por delitos desde el momento en que se transmita la imputación, tenga o no lugar la detención del sospechoso. Únicamente se excepciona de esta regla el supuesto contemplado en el artículo 520.5 de la misma norma, de modo que, ante la sospecha de comisión de un delito contra la seguridad del tráfico, se admite la renuncia inicial a la asistencia de abogado, que devendrá en todo caso preceptiva a partir del momento en que deba presentarse el escrito de defensa. Con estas previsiones se asegura la debida defensa técnica siempre que exista riesgo de sufrir privación de la libertad ambulatoria, bien a través de la designación de abogado de confianza, bien mediante la promoción del nombramiento de oficio. Más aún, si bien en el caso de los juicios de faltas no resulta preceptiva la asistencia de abogado, su intervención es siempre posible y puede, en su caso, ofrecerse con cargo al sistema de justicia gratuita¹⁰⁷. De otro lado, la inmediatez de la asistencia al detenido se garantiza por medio de los turnos de oficio establecidos con tal objeto; a estos efectos, los Colegios de Abogados organizan y gestionan un servicio de guardia durante las 24 horas del día y todos los días de la semana, en el que se obliga a los letrados integrantes del mismo a acudir en el plazo máximo de ocho horas a prestar atención al detenido cuando sea requerida su intervención¹⁰⁸. Igualmente se posibilita la entrevista reservada y previa al interrogatorio entre abogado y cliente¹⁰⁹; y, si bien este contacto se prevé únicamente de forma expresa para el procedimiento abreviado, se trata de una disposición que puede entenderse de general aplicación salvo en lo que respecta al detenido o preso incomunicado, quien, además, estará en todo caso asistido por letrado de oficio¹¹⁰.

Tras este somero análisis de la regulación sobre estas materias en nuestro sistema nacional,

nos encontramos en condiciones de afirmar que, en términos generales, el ordenamiento español responde también a las exigencias derivadas del proyecto de decisión-marco sobre el particular y ofrece una adecuada cobertura a los derechos en él reconocidos. Incluso podemos sostener que nuestro Derecho interno ofrece un plus de protección en el sentido en su momento apuntado por la Comisión, ya que establece diversos mecanismos para garantizar la eficacia del servicio prestado por los abogados, especialmente cuando actúan de oficio. Así, se controla su aptitud tanto con carácter previo como a posteriori, pues se exigen rigurosos requisitos para incorporarse al turno de oficio¹¹¹ y se permite la presentación de quejas por parte de los usuarios, dando lugar a la incoación de expedientes por responsabilidad disciplinaria con sustitución del abogado si procede¹¹².

c) A la asistencia de intérprete y a la traducción de documentos

El elenco de garantías básicas del imputado que se recogen en el proyecto de decisión-marco se completa con la referencia al derecho a la asistencia de intérprete y a la traducción de los documentos oportunos¹¹³, cuestiones que se desarrollan respectivamente en los artículos cuarto¹¹⁴ y quinto¹¹⁵ de la propuesta. La necesidad de una comunicación eficaz con el sospechoso ya fue puesta de manifiesto al analizar el derecho a recibir la información pertinente, incidiendo en que dicha transmisión había de ser realmente efectiva (en los términos del artículo segundo de la propuesta, «en una lengua que comprenda»), de manera que debía asegurarse la comprensión del mensaje por parte del destinatario.

En consonancia con este planteamiento, la intervención de intérprete deviene inexcusable en el caso de que el sospechoso desconozca o no domine suficientemente la lengua del proceso¹¹⁶. Más aún, esta exigencia que se presentaba implícita en el artículo segundo, aparece ahora recogida en todos sus términos y, además, completada por la mención igualmente

expresa a la preceptiva traducción de los escritos fundamentales para el correcto seguimiento del proceso, servicios que, en todo caso, han de ser gratuitos para el beneficiario¹¹⁷.

El fundamento que sustenta estas previsiones lo encontramos en los más elementales principios procesales —igualdad, contradicción, prohibición de indefensión— cuya vigencia determina la imposibilidad de excluir del proceso al sujeto pasivo del mismo. Siendo esto así, debe garantizarse que comprende las distintas intervenciones tanto orales como escritas, ya provengan del órgano, de cualquier otra autoridad o del resto de partes. De modo que permitir el correcto seguimiento de la causa superando las potenciales dificultades lingüísticas es la garantía que ahora se consagra, sin que se fijen límites estrictos a este derecho, que debe extenderse a la generalidad de las actuaciones y, en todo caso, a aquellas que resulten esenciales en el transcurso del proceso. En todo caso, la falta de referencia expresa no determina la necesidad de traducir el total de los escritos procesales. La decisión al respecto corresponde obviamente al órgano, sin perjuicio de que el abogado de la defensa pueda solicitar la inclusión de otros documentos que considere relevantes.

No cabe duda de que —como no podía ser de otra manera— también estas previsiones se inspiran en la literalidad del CEDH, cuyos artículos 5.2 y 6.3 imponen igualmente la exigencia de que la información al detenido y al acusado se les traslade en una lengua que comprendan, incluyendo expresamente el derecho a la asistencia de intérprete en fase procesal¹¹⁸. Más aún, si bien este Convenio no contempla de forma explícita la traducción de documentos, esta garantía debe tenerse por incorporada a ese texto en virtud de la interpretación del TEDH, cuya doctrina viene ahora a verse acogida formalmente en la norma comunitaria¹¹⁹. A resultas igualmente de la labor de este órgano¹²⁰, debemos reconocer la obligación de las autoridades de valorar el grado de comprensión de la lengua por el imputado a los efectos de determinar la necesidad de que se designe o no traductor e intérprete; de garantizar que

éstos intervengan siempre que resulte preciso; así como de controlar la pericia de estos profesionales, asegurando así la equidad del proceso¹²¹.

En última instancia, todas estas consideraciones deben ser puestas en relación con las previsiones del Derecho español. Así, constatamos que en nuestro sistema sí se reconoce y garantiza la asistencia de intérprete al detenido y al imputado —procesado o acusado—, tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, y en todo caso de forma gratuita¹²². En el mismo sentido, si bien no se alude expresamente a la traducción de documentos¹²³, la práctica de la misma resulta exigible conforme a la jurisprudencia del TEDH al respecto¹²⁴. Igualmente debemos destacar el inminente reconocimiento oficial de la lengua de signos —en cuanto que ya ha sido aprobado el proyecto de ley que reconoce y regula el uso de esta lengua— y la incipiente generalización de la grabación de las vistas orales a efectos de permitir la revisión de su desarrollo —aunque no quede similar constancia de los actos realizados con anterioridad—. En consecuencia, la ausencia de medidas específicas que garanticen la interpretación y traducción fidedignas permitiendo la sustitución de los profesionales en otro caso¹²⁵ sería la mayor carencia que podría apreciarse en este tema¹²⁶, de modo que los aspectos esenciales de estos derechos han considerarse, al menos formalmente, debidamente tutelados.

E) DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Conforme se realiza de ordinario en el ámbito comunitario, el articulado de la propuesta normativa se complementa con una serie de disposiciones accesorias de diversa condición, en este caso consignadas en los preceptos sexto a noveno de la misma. Habida cuenta de que regulan cuestiones de menor relevancia y de que sólo de manera tangencial afectan a nuestro específico objeto de estudio, procede únicamente una referencia somera al contenido de estos artículos.

El punto de partida para realizar este análisis lo encontramos en las especificidades que

presenta toda decisión-marco, cuya naturaleza determina que el recurso a esta técnica legislativa implique la asunción del riesgo de que la norma no resulte finalmente puesta en práctica en modo alguno, no sea implementada en toda su extensión, o se desvirtúen sus postulados en el proceso de incorporación al Derecho nacional de cada Estado. Ello es así porque, conforme hemos analizado, pese a ser una norma jurídica vinculante para los países miembros, no se trata por el contrario de una disposición directamente aplicable, sino que su efectiva vigencia requiere de un acto positivo de dichos destinatarios, cual es la transposición de la regulación comunitaria a su ordenamiento interno mediante normativa propia, permitiendo así que se materialicen los objetivos consensuados¹²⁷. En este estado de cosas, la responsabilidad de las instituciones comunitarias no se agota con la aprobación de la decisión-marco, sino que les corresponde igualmente verificar que los Estados den el cumplimiento debido a los compromisos por ellos asumidos dentro del proceso legislativo.

En consonancia con este planteamiento, en el artículo sexto del proyecto se invoca la aplicación de los mecanismos oportunos al objeto de constatar la efectiva recepción de la norma, requiriendo a estos efectos la cooperación de los Estados miembros mediante la remisión de la información pertinente¹²⁸. La supervisión de la actividad estatal tendente a la transposición de las decisiones-marco a los ordenamientos nacionales es una tarea que se atribuye en primera instancia a la Comisión, quien se encarga de centralizar esa información que han de remitir los distintos Gobiernos dando cuenta del acatamiento de sus obligaciones y de elaborar a partir de la misma informes periódicos dejando constancia de la situación existente en los distintos países. Esta práctica largamente consolidada se mantiene conforme indican los apartados tercero a quinto del artículo octavo de esta propuesta¹²⁹, de manera que los balances de la Comisión (normalmente semestrales y acompañados en su caso de propuestas legislativas) pasarán al Consejo y al Parlamento para completar la evaluación del proceso me-

dante la adopción de las medidas que estos órganos estimen procedentes¹³⁰.

En lo que atañe al plazo para la incorporación de la decisión-marco al Derecho interno de cada Estado miembro, esta propuesta opta por omitir toda referencia temporal al respecto en espera de la definitiva aprobación de la norma¹³¹. Se trata de una cautela loable, teniendo en cuenta el flagrante retraso que se experimenta en estos momentos en relación con las previsiones iniciales del proyecto de la Comisión, que pretendía que, a más tardar, el primero de enero de 2006 los Estados ya hubieran adoptado las medidas precisas para atenerse a lo dispuesto en la decisión-marco.

Mayor relevancia presenta por su parte el artículo séptimo del proyecto¹³², en el que se desarrolla la llamada «cláusula de no regresión». En virtud de esta previsión, se impide de manera expresa toda interpretación de las disposiciones de la decisión-marco como restricción del CEDH o de las legislaciones nacionales. Con ello se incide nuevamente en la consideración de esta normativa como una regulación de mínimos, de manera que concreta unas garantías básicas e irrenunciables pero que, en ningún caso, fija un tope máximo sobre estos derechos. Así, tanto el propio CEDH por medio de la interpretación del TEDH puede ampliar la cobertura de los mismos, como cada Estado dentro de su propio territorio es libre de elevar igualmente el nivel de protección de estos derechos y de garantizar cuantos otros considere oportunos. Reiteramos entonces que la decisión-marco no viene a sustituir, por tanto, ni al CEDH ni a los Derechos internos, que deben asegurar la aplicación de esta norma, pero que han de dar igualmente cobertura al resto de postulados del CEDH y pueden reforzar libremente las garantías del imputado en los procesos penales que se desarrollen bajo su jurisdicción.

Por último, el artículo noveno determina que la decisión-marco entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, siendo este periodo de *vacatio legis* habitual y al tiempo igualmente carente de efectos prácticos en relación con las decisiones-marco, ya que el

término para la transposición al Derecho interno de los postulados de este tipo de normas se fija por lo común señalando una fecha concreta y no un plazo a contar desde la entrada en vigor de la misma. De modo que, no siendo una norma directamente aplicable, en tanto en cuanto no tenga lugar dicha recepción en el Derecho interno, deviene absolutamente inaplicable.

F) ORIENTACIONES PRÁCTICAS

La propuesta de decisión-marco no se agota con las disposiciones recogidas en su articulado y cuyo contenido ya hemos analizado, sino que se complementa con un «anexo» en el que se relacionan distintas pautas de actuación dirigidas igualmente a los Gobiernos nacionales y que pretenden avalar el efectivo respeto a las previsiones de esta norma. Se detallan en este apartado final ciertas orientaciones prácticas —si cabe más específicas, pero de imperatividad limitada—, concebidas como medidas concretas que, en el marco de sus competencias, corresponde a los Estados ejecutar para asegurar una praxis armónica en relación con los derechos contemplados en la decisión-marco y en el CEDH en general. Por esta vía se aspira en consecuencia a imponer obligaciones precisas a los países miembros, superando así el carácter excesivamente genérico de que adolecen ciertos apartados de la norma comunitaria. No obstante, el desarrollo fuera del articulado determina que su vinculación haya de considerarse relativa¹³³. En todo caso, asumiendo que la efectiva implementación de estas previsiones ha de exigir un esfuerzo significativo por parte

de las distintas autoridades nacionales, se insta a la Comisión a que subvencione los proyectos que se pongan en marcha al objeto de dar cobertura a estas exigencias.

Las acciones aquí previstas se orientan en primer lugar a la difusión del conocimiento, haciendo llegar a la ciudadanía en general —y no sólo a los operadores jurídicos— las nociones básicas sobre el contenido de esta norma y, en general, acerca de la extensión y límites de las garantías que asisten al imputado. A estos efectos, se insta la publicación de las resoluciones judiciales al respecto —tanto del TJUE como del TEDH¹³⁴— y la promoción de formación continua dirigida a los agentes de policía, al personal jurisdiccional y a los demás colaboradores de la Administración de Justicia en relación con las disposiciones de la decisión-marco¹³⁵.

El resto de pautas propuestas tratan de canalizar las distintas garantías recogidas en la norma comunitaria, de manera que se impulsa, en primer lugar, la redacción de la ya mencionada «carta de derechos» que facilite la información sobre los mismos¹³⁶; a continuación, se insta el establecimiento generalizado de servicios de guardia durante las 24 horas¹³⁷, poniendo a disposición de la policía una lista con los abogados¹³⁸ que puedan asistir de forma inmediata a los detenidos¹³⁹; y, en última instancia, se incentiva el desarrollo de normas nacionales en materia de interpretación en el ámbito de la justicia penal¹⁴⁰ y la organización de acciones de formación específicas para intérpretes ante los órganos jurisdiccionales¹⁴¹.

4. ABREVIATURAS

- CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)
- DM: Decisión-marco
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- EM: Exposición de Motivos
- EU: European Union
- JAI: Justicia y Asuntos de Interior

- LAJG: Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (1996)
- LE Crim: Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882)
- PE: Parlamento europeo
- PESC: Política Exterior y de Seguridad Común
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- RAJG: Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita (RD 996/2003)
- TC: Tribunal Constitucional
- TCCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1957)
- TCE: Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (2004)
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TUE: Tratado de la Unión Europea (conforme a la redacción consolidada en virtud de los Tratados de Maastrich de 1992, de Ámsterdam de 1997 y de Niza de 2001)
- UE: Unión Europea

5. JURISPRUDENCIA

A lo largo del presente trabajo se han citado las siguientes resoluciones jurisdiccionales, que se compendian en este momento para facilitar su consulta:

- STEDH (Sección Cuarta) de 27 de marzo de 2007 (caso Talat Tunç contra Turquía).
- STEDH (Sección Tercera) de 8 de marzo de 2007 (caso Danila contra Rumanía).
- STEDH (Sección Segunda) de 20 de febrero de 2007 (caso Üsal contra Turquía).
- STEDH (Sección Segunda) de 6 de febrero de 2007 (caso Mentés contra Turquía).
- STEDH (Sección Quinta) de 18 de enero de 2007 (caso Stanimir Yordanov contra Bulgaria).
- STEDH (Sección Primera) de 11 de enero de 2007 (caso Mamidakis contra Grecia).
- STEDH (Sección Segunda) de 19 de diciembre de 2006 (caso Mattei contra Francia).
- STEDH (Sección Quinta) de 30 de noviembre de 2006 (caso Totchev contra Bulgaria).
- STEDH (Sección Segunda) de 28 de noviembre de 2006 (caso Flandin contra Francia).
- STEDH (Gran Sala) de 18 de octubre de 2006 (caso Hermi contra Italia).
- STEDH (Sección Segunda) de 3 de octubre de 2006 (caso Keklik y otros contra Turquía).
- STEDH (Sección Segunda) de 26 de septiembre de 2006 (caso Miraux contra Francia).
- STEDH (Sección Cuarta) de 19 de septiembre de 2006 (caso Süleyman Erdem contra Turquía).
- STEDH (Sección Quinta) de 10 de agosto de 2006 (caso Padalov contra Bulgaria).
- STEDH (Sección Tercera) de 11 de febrero de 2003 (caso O. contra Noruega).
- STEDH (Sección Primera) de 4 de mayo de 2000 (caso Mato Jara contra España).
- STEDH (Sección Primera) de 26 de octubre de 1999 (caso Cihan contra Turquía).
- STC 65/2007, de 27 de marzo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARMENTA DEU, T., GASCÓN INCHAUSTI, F. y CEDEÑO HERNÁN, M. (coors.); *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Colex, 2006, 334 pp.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J. Á.; «La cooperación policial y judicial en materia penal», en *Políticas de la Unión Europea*, 2.ª edición, Madrid, Colex, 2005, pp. 259-307.

- CARMONA RUANO, M.; «Propuestas internacionales de reforma del proceso penal», en *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, pp. 9-24.
- GALGO PECO, Á.; *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XIII, 2003, 538 pp.
- GALLEGO-CASILDA GRAU, Y.; «El Libro Verde de la Comisión Europea sobre las garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea», en *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen XIII, 2003, pp. 235-256.
- JIMENO BULNES, M.; «El derecho a la interpretación y traducción gratuitas», en *Diario La Ley*, número 6671, 2007, pp. 1-23.
- LINDE PANIAGUA, E. (coor.); *Políticas de la Unión Europea*, 2.ª edición, Madrid, Colex, 2005, 1006 pp.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos, 2004, 769 pp.
- MARTÍN DIZ, F.; «Bases para la construcción de un Derecho Procesal Comunitario: garantías procesales fundamentales en la Unión Europea», en *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, tomo I, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos, pp. 269-313.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.; *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 238 pp.
- o «La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento. Especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Colex, 2006, pp. 37-73.
- PEITEADO MARISCAL, P.; *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2006, 205 pp.
- o «El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la UE», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Colex, 2006, pp. 179-207.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.; «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 2, volumen I, 1997, pp. 329-376.
- SCHÜNEMANN, B.; «¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal?», en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Colex, 2006, pp. 19-36.
- VALBUENA GONZÁLEZ, F.; «La propuesta de decisión-marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea», en *Diario La Ley*, número 6564, 2006, pp. 1-13.

NOTAS

1. Como son, entre otros, la DUDH, el CEDH o el PIDCP.
2. Conforme se recoge en el artículo 6 del TUE; yendo incluso más allá el TCE, cuyo artículo I-9.2 proponía la adhesión de la propia organización a dicho Convenio.
3. Texto propio de la UE en la que se consignan derechos como la tutela judicial efectiva y el juez imparcial, la presunción de inocencia, la defensa y la asistencia jurídica gratuita y que fue incorporado a su vez íntegramente al TCE.
4. Sobre los posibles riesgos de la vigencia del principio de reconocimiento mutuo puede verse SCHÜNEMANN (2006, 23-25); respecto del proceso de su implantación, resultan interesantes las reflexiones de ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2006b, 65 y ss); y, en general sobre la aplicación de este principio, nos remitimos a PEITEADO MARISCAL (2006a y 2006b).
5. Previamente se había elaborado un libro verde sobre la materia el año anterior y veremos que esta propuesta se enmarca dentro de un campo de actuación más amplio de la UE y responde a un proceso más dilatado y coherente.
6. Conforme tendremos ocasión de analizar más adelante, determinados Gobiernos habían presentado en los meses previos una propuesta alternativa para la adopción de una resolución no vinculante, siendo el efecto inmediato el colapso de la discusión en el Consejo JAI celebrado en Luxemburgo los pasados días 19 y 20 de abril, de modo que en ese momento se había pospuesto la definitiva adopción al próximo Consejo que tendría lugar en el mes de junio, resultando igualmente infructuosa esa maniobra.

7. Como pueden ser el monitorio europeo o el proceso de escasa cuantía, ambos referidos a cuestiones de Derecho privado.
8. Como el estatuto de la víctima en el proceso penal (DM 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001); la orden europea de detención y entrega (DM 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002); los equipos conjuntos de investigación (DM 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002); el embargo preventivo de bienes y el aseguramiento de pruebas (DM 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003); el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DM 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005); o el decomiso de productos, instrumentos y bienes relacionados con el delitos (DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005), la mayoría de ellas ya transpuestas al Derecho español.
9. Para profundizar sobre las líneas seguidas por la UE en materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal puede consultarse, entre muchos otros, BACIGALUPO SAGGESE y FUENTETAJA PASTOR (2005, 260 y ss).
10. Conforme se apunta en el preámbulo y posteriormente se recoge en el artículo segundo del TCCE: «La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros».
11. En este sentido, podemos adelantar que el TCE implicaba un importante avance en la superación de esta distinción, y si bien no entrará finalmente en vigor y se trabaja para su condensación y relanzamiento, confiamos en que se mantengan las previsiones referidas a estas cuestiones.
12. En todo caso, podemos destacar los convenios sobre represión del terrorismo (1979), sobre supresión de la legalización de documentos y aplicación del principio *non bis in idem* (1987), sobre transmisión de solicitudes de extradición (1989), sobre traslado de personas condenadas (1989), sobre transmisión de procedimientos penales (1990), sobre deudas alimentarias (1990) o sobre ejecución de sentencias penales (1991).
13. Aprobado en 1992 y en vigor desde 1993.
14. Resulta estéril abundar las evidentes limitaciones de este sistema.
15. Cfr. al respecto BACIGALUPO SAGGESE y FUENTETAJA PASTOR (2005, 265-266).
16. Siendo las decisiones adoptadas por unanimidad, conforme prevé el artículo 34 del TUE.
17. Lo que no ocurre en el ámbito PESC. Ver al respecto los artículos. 34 y 35 del TUE.
18. Nos encontramos así con los convenios sobre EUROPOL (1995), sobre intereses financieros de la UE (1995), sobre extradición (1995 y 1996) y con las acciones comunes para la creación de magistrados de enlace (1996), para la creación de la Red Judicial Europea (1998) y sobre buenas prácticas en la asistencia judicial penal (también de 1998).
19. Si bien no entró en vigor hasta 1999.
20. Lo que implica la no atribución de competencias en sentido estricto a la UE, la prevalencia del Consejo respecto del resto de instituciones, la adopción de decisiones por unanimidad como regla general y la ausencia de eficacia directa de los actos normativos.
21. Cfr. el artículo 39, siguientes y concordantes del TUE.
22. Conforme establece el artículo 42 del TUE: a propuesta de la Comisión o de un Estado y previa consulta al PE y ratificación posterior por cada Estado conforme a sus procedimientos internos.
23. Se trata de las posiciones comunes, las decisiones-marco, las decisiones y los convenios, regulados en el artículo 34.2 y concordantes del TUE.
24. Vid. el apartado II, letra f del Plan de Viena, publicado en el DO 1999/19 de 23 de enero de 1999.

25. Celebrado los días 15 y 16 octubre de 1999 y primero exclusivamente sobre materia de Justicia y dedicado al espacio judicial.

26. Según se recoge en la conclusión número 33: «Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales.»

27. Conclusión número 37: «El Consejo Europeo pide al Consejo y a la Comisión que adopten, a más tardar en diciembre de 2000, un programa de medidas para llevar a la práctica el principio del reconocimiento mutuo. En dicho programa, también deberá emprenderse una labor en torno a un Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con estándares mínimos comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros.»

28. Referencia COM (2000) 495 final, de 29 de julio de 2000.

29. Publicado en el DOC 12 de 15 de enero de 2001.

30. Referencia COM (2003) 75 final, de 19 de febrero de 2003. En las respuestas al libro verde ya se apreció un apoyo generalizado y alguna oposición abierta, como la de Irlanda, que está siendo actualmente llevada hasta los últimos extremos bloqueando el proceso de adopción de la norma con el apoyo de otros países conforme veremos más adelante.

31. Por medio de reuniones de representantes de todos los países y exposición de las distintas objeciones conforme se refleja en la exposición de motivos de la propuesta presentada por la Comisión, texto al que nos remitimos.

32. Referencia COM (2004) 328 final, de 28 de abril de 2004. En esta propuesta se desarrollan los derechos que, a resultas de los trabajos previos, se revelaron como más adecuados para la intervención comunitaria, si bien los textos que actualmente se manejan presentan un contenido significativamente más restringido.

33. Informe de 21 de marzo de 2005 (final A6-0064/2005) y resolución legislativa de 12 de abril de 2005 (publicada en el DOUE número 33 E, de 9 de febrero de 2006).

34. Referencia 16874/06 LIMITE DROIPEN 76.

35. Referencia 5119/07 LIMITE DROIPEN 2.

36. En todo caso, la conclusión número 27 de este Consejo mantiene operativa esta iniciativa, ya que insta a que «continúen cuanto antes los trabajos sobre los derechos procesales en los procesos penales, para ayudar a crear una mayor confianza en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados miembros y facilitar así el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales». Nos mantenemos entonces expectantes.

37. Claramente expresadas cuando se afirma en el § 1 de la Exposición de Motivos que con esta disposición se «aspira a establecer normas mínimas comunes sobre determinados derechos procesales aplicables a los procesos penales celebrados en la Unión Europea» en relación con las previsiones del CEDH y de la CDFUE. Y más adelante se añade que el objetivo último es por tanto «mejorar los derechos de todos los sospechosos y acusados en general» ofreciendo «un nivel equivalente de protección [...] mediante normas mínimas comunes» para «facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo». Más aún, se afirma igualmente que la confianza mutua debe trascender de la percepción de Gobiernos y Estados, deben ser los profesionales de la justicia los que la perciban, pues a ellos va a corresponder la aplicación de las resoluciones extranjeras.

38. Artículo 1.1: «Al objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea y de garantizar el carácter equitativo del proceso respecto de personas acusadas de haber cometido una infracción penal o detenidas en relación con una infracción de esa naturaleza, el presente instrumento establece una normas mínimas que deberán ser respetadas por los Estados miembros de la Unión Europea en lo que respecta a los derechos de estas personas» (traducción libre de la versión original del texto en francés). Vid. también los §§ 1, 2 y 3 de la Exposición de Motivos que antecede a esta norma.

39. Vid. las conclusiones que formula al respecto ORMAZÁBAL SÁNCHEZ (2006a, 209 y ss).
40. Cuyos artículos quinto y sexto consagran los derechos básicos del imputado en relación con el proceso penal.
41. Así se afirma en el § 3 de la Exposición de Motivos de la última de las propuestas.
42. En este sentido, debe mencionarse que en los estudios previos que han llevado a esta norma se destaca el incremento del número de demandas ante este órgano supranacional, aumento que se cifra en un 500 % en el periodo 1993-2000.
43. Cuyo contenido ya ha sido incorporado con carácter previo -aunque parcial- a normas estrictamente comunitarias, pues algunos de las garantías procesales consagradas en dicho convenio han pasado a los artículos sexto del TUE y 47 a 50 de la CDFUE.
44. Según se prevé en el § 3 de la Exposición de Motivos de la última de las propuestas: «la presente decisión-marco [...] confirma y desarrolla con prudencia las mencionadas normas mínimas, reconocidas por todos los Estados miembros, conforme han sido interpretadas y desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». La incorporación por tanto de la jurisprudencia del TEDH sobre estas específicas materias reduciría de forma significativa el número de asuntos que se plantean ante este órgano.
45. Conforme señalan lo artículos segundo del TUE y quinto del TCCE.
46. Esta afirmación puede ponerse en relación con la propuesta de no adoptar una decisión vinculante sino una resolución que proponga medidas prácticas y que, evidentemente, respondería a una menor intervención por parte de la UE (si bien su eficacia sería obviamente mucho menor, pudiendo cuestionarse que permitiera efectivamente alcanzar los objetivos marcados).
47. Vid. al respecto el artículo séptimo del texto de la presidencia e infra el apartado 3.5 de este trabajo.
48. Vid. al respecto los artículos 34.2 y concordantes del TUE, en los que se alude y desarrollan estos distintos tipos de normas. Destacar igualmente que el tratado constitucional plantea la superación del distinto tratamiento de las materias y la efectiva desaparición del segundo y tercer pilar. Respecto del contenido del tercer pilar, aboga por su consideración como competencia compartida entre la UE y los Estados, manteniendo sin embargo ciertas especialidades en cuanto a la adopción de instrumentos normativos. Artículos III-158 a III-178.
49. En este sentido recuerda en cierta medida a las antiguas «directivas», pero se diferencia de ellas en que en ningún caso se permite su aplicación directa aunque un Estado incumpla su deber de transposición al Derecho interno, pues así lo recoge expresamente el último inciso del artículo 34.2.b del TUE, impidiendo con ello que se aplique por analogía la doctrina del TJUE exclusiva entonces de las directivas comunitarias. Cfr. en este sentido BACIGALUPO SAGGESE y FUENTETAJA PASTOR (2005, 300).
50. Institución regulada en los artículos 43 a 45 del TUE como acuerdo entre al menos ocho países al que pueden sumarse posteriormente el resto, autorizado por el Consejo por mayoría reforzada. Esta alternativa viene avalada por lo previsto en el artículo III-270.4 del TCE, que alude al cambio de una ley-marco no aprobada por una iniciativa de cooperación reforzada.
51. Sirva como muestra la STEDH (Sección Quinta) de 10 de agosto de 2006 (caso Padalov contra Bulgaria), en cuyo § 51 se afirma lo siguiente: «el Convenio deja a los Estado contratantes una gran libertad para elegir los medios propios que han de permitir a sus sistemas responder a las exigencias del artículo 6 y asegurar su eficacia. Corresponde en todo caso al Tribunal determinar si el resultado querido se ha conseguido [...]» (traducción libre del original en francés).
52. Sin perjuicio del desarrollo de estas cuestiones al analizar las concretas disposiciones, podemos señalar que se alude a la gratuidad de la asistencia letrada cuando se carezca de recursos para asumir su coste y así lo exijan los intereses de la justicia (artículo tercero), pero sin fijar unos límites económicos ni siquiera relativos a estos efectos, de manera que, en última instancia la efectiva adecuación de las previsiones nacionales a las exigencias de la propia decisión-marco sólo podrán ser controlados a posteriori por lo órganos judiciales.
53. Vid. infra el apartado 3.5 de este trabajo, al que nos remitimos.

54. Vid. MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS (2004, 455) y PEITEADO MARISCAL (2006a, 21) respecto de la conveniencia de mantener esta interpretación más flexible permitiendo la promoción de este recurso también respecto de las materias del tercer pilar en cuanto que implica vulneración de una obligación derivada del Derecho comunitario. No obstante, la propia Comisión, con motivo de su informe de 3 de febrero de 2004 [referencia COM (2004) 54 final] en relación con la Decisión-marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, afirma en su página 3 lo contrario en los siguientes términos: «la Comisión no puede recurrir al Tribunal de Justicia (al menos en el estado actual de desarrollo del derecho de la UE) para obligar a un Estado miembro a incorporar una decisión-marco». De modo que la promoción del recurso de incumplimiento quedaría reservada exclusivamente al resto de Estados.

55. Cfr. el artículo 1.4 de la mencionada propuesta.

56. Cfr. el § 4 de la Exposición de Motivos.

57. Vid. al respecto el artículo 1.1 de la mencionada propuesta de la Comisión.

58. No obstante, no podemos ignorar que una de las alternativas planteadas por la presidencia en el Consejo del pasado abril se refería a la posibilidad de restringir la aplicación de la decisión-marco a los asuntos transfronterizos, concretamente los relativos a la orden europea de detención y entrega.

59. Vid. al respecto la STEDH (Sección Primera) de 11 de enero de 2007 (caso Mamidakis contra Grecia) § 18 y 19: «debe atenderse a tres criterios para decidir si una persona es acusada de una infracción penal en el sentido del artículo 6: de mano la clasificación de la infracción conforme al Derecho nacional, también la naturaleza de la infracción y, por último, la naturaleza y gravedad de la sanción [...] Estos criterios son alternativos y no cumulativos» (traducción libre del texto original en francés). En el mismo sentido la STEDH (Sección Tercera) de 11 de febrero de 2003 (caso O. contra Noruega) § 33.

60. «Sin perjuicio del artículo 7 [cláusula de no regresión], las disposiciones de la decisión-marco no deben afectar a determinadas medidas que se fundamentan en disposiciones jurídicas nacionales en materia de lucha contra la criminalidad que atenta contra los fundamentos del Estado de Derecho. La represión de estas formas graves y complejas de criminalidad, especialmente el terrorismo, puede justificar ciertas restricciones a las normas procesales en aplicación de los principios de proporcionalidad y necesidad. En todo caso, esas restricciones no deben llevar nunca a contravenir la esencia misma de las garantías procesales» (traducción libre del texto original en francés).

61. Este tipo de excepciones se encuentra igualmente previsto en nuestro ordenamiento interno, tanto para los estados de alarma, excepción y sitio como en relación con la represión del terrorismo. Vid. al respecto los artículos 17, 55 y 116 de la CE. Igualmente pareja previsión se encuentra en el artículo III-270.2 del TCE, si bien permite la suspensión de una medida exclusivamente cuando pueda cuestionar aspectos esenciales del sistema penal de un Estado miembro.

62. Cuyo artículo 15 permite la derogación «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación».

63. Cfr. su artículo 4: «En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social».

64. Puede verse al respecto la STEDH (Sección Primera) de 26 de octubre de 1999 (caso Cihan contra Turquía), en la que se rechaza la aplicación de una derogación por estado de excepción ya que entiende que la detención se ha producido en un territorio del propio Estado distinto a aquel para el que se introdujo la citada excepción por riesgo de terrorismo.

65. Artículos 5.2 y 6.3.

66. Apartados 1 y 2 del artículo primero.

67. Cfr. al respecto la STEDH (Sección Quinta) de 30 de noviembre de 2006 (caso Totchev contra Bulgaria): «la "acusación", en el sentido del artículo 6 § 1, puede en general definirse como "la notificación oficial, procedente de la

autoridad competente, de la sospecha de haber cometido una infracción penal» (traducción libre del texto original en francés).

68. Cfr. el artículo 1.2 de la propuesta de la Comisión.

69. Vid. *infra*, apartado 3.4 de este trabajo.

70. Cfr. el artículo 1.1 de la citada propuesta: «La presente decisión-marco establece las siguientes normas sobre los derechos procesales aplicables a todos los procesos celebrados en la Unión Europea destinados a determinar la culpabilidad o inocencia de una persona sospechosa de haber cometido un delito o a decidir las consecuencias de una confesión de culpabilidad respecto de una imputación. También comprende cualquier recurso que emane de dichos procesos.»

71. Conforme se establece en los respectivos protocolos anejos al TCCE números 4 (sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda) y 5 (sobre la posición de Dinamarca), ambos de 1997.

72. Cfr. en este sentido los artículos primero, segundo y séptimo del mencionado protocolo número 5.

73. Igualmente debe tenerse en cuenta que el artículo 3.2 del referido protocolo número 4 permite la exclusión de Irlanda y el Reino Unido del proceso de adopción de este tipo de normas cuando no pudiera alcanzarse un acuerdo en un plazo razonable por la intervención de estos países. En el estado de cosas actual debe valorarse la posibilidad de que se aplique esta cláusula.

74. Recordemos que estos dos países, junto con Chequia, Chipre, Eslovaquia y Malta han presentado un texto alternativo en forma de resolución no vinculante acompañada de la sugerencia de una serie de medidas prácticas.

75. Así puede comprobarse, por ejemplo, en la STEDH (Sección Quinta) de 30 de noviembre de 2006 (caso Totchev contra Bulgaria), donde se afirma que «la “acusación”, en el sentido del artículo 6 § 1, puede en general definirse como “la notificación oficial, procedente de la autoridad competente, de la sospecha de haber cometido una infracción penal”» (traducción libre del texto original en francés).

76. En virtud de la DM 2001/2002/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001.

77. Cfr. al respecto VALBUENA GONZÁLEZ (2006, 4-5).

78. Pues aludía a los derechos a una atención específica, a la traducción de documentos, a comunicarse, a la grabación del proceso y a recibir una carta de derechos.

79. Pueden verse en este sentido, por ejemplo, el § 35 de la STEDH (Sección Segunda) de 19 de diciembre de 2006 (caso Mattei contra Francia), o el § 32 de la STEDH (Sección Segunda) de 26 de septiembre de 2006 (caso Miraux contra Francia).

80. Cfr. los artículos 10 y 11 de la mencionada propuesta.

81. Artículos 12 y 13 de la propuesta.

82. Artículo 520.2.d de la LECrim.

83. Vid. el artículo 36 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963.

84. «Toda persona detenida deber ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada en su contra».

85. «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él [...]».

86. Vid. el artículo segundo de la propuesta de decisión-marco (traducción libre del texto original en francés): «1. Los Estados miembros garantizarán que toda persona acusada de una infracción penal reciba lo antes posible toda la información útil, en una lengua que comprenda y de manera detallada, sobre la naturaleza y los motivos de la acusación y sobre sus derechos procesales.»

2. Los Estados miembros garantizarán que toda persona acusada de una infracción penal y detenida por esa razón reciba lo antes posible, además de la información indicada en el párrafo 1, toda la información útil, en una lengua que comprenda y de manera detallada, sobre los motivos de su detención y sobre sus derechos procesales.

3. La información que debe proporcionarse conforme a los párrafos 1 y 2 debe en concreto referirse a los derechos previstos en la presente decisión-marco, es decir el derecho a la asistencia de un defensor, en su caso de manera gratuita, así como a la asistencia de un intérprete y a la traducción de los documentos del proceso.»

87. Vid. en este sentido la STEDH (Sección Segunda) de 3 de octubre de 2006 (caso Keklik y otros contra Turquía) y la STEDH (Sección Cuarta) de 19 de septiembre de 2006 (caso Süleyman Erdem contra Turquía).

88. En este sentido la STEDH (Sección Segunda) de 19 de diciembre de 2006 (caso Mattei contra Francia) y la STEDH (Sección Segunda) de 26 de septiembre de 2006 (caso Miraux contra Francia).

89. Vid. infra, el apartado 3.6 de este trabajo.

90. Cfr. el artículo 14 de la propuesta inicial de la Comisión.

91. Cfr. al respecto VALBUENA GONZÁLEZ (2006, 9).

92. Vid. en este sentido los artículos segundo a quinto de la propuesta de la Comisión.

93. Únicamente se emplea el término «abogado» fuera del articulado, al referir las medidas prácticas a adoptar por los Estados, conforme veremos en el apartado correspondiente.

94. «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] c. a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; [...]».

95. Se impide por tanto el concurso de alumnos de prácticas u otras figuras afines en el ejercicio de esta función, pero se extraña la expresa referencia al artículo primero (apartado segundo letra a) de la Directiva 98/5/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 que sí encontrábamos en el texto de la Comisión y en virtud de la cual se precisaba que tendrían consideración de abogados a estos efectos exclusivamente los profesionales en que concurrían los requisitos indicados.

96. Nos referimos a los apartados b y d del artículo 6.3 del CEDH: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...]

b. a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; [...]

c. a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; [...]».

97. Artículo tercero de la propuesta de decisión-marco (traducción libre del texto original en francés): «Los Estados miembros garantizarán que:

1) Toda persona acusada de una infracción penal:

a. disponga del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

b. pueda defenderse por sí misma o con la asistencia de un defensor de su elección, o si no dispone de los medios para remunerar a un defensor, pueda beneficiarse de forma gratuita de esta asistencia, cuando el interés de la justicia así lo exija;

c. pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y lograr la citación y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los de cargo. [...]»

98. Artículo tercero de la propuesta de decisión-marco (traducción libre del texto original en francés): «Los Estados miembros garantizarán que:

2) Toda persona acusada de una infracción penal y detenida en relación con la misma:

a. pueda [lo antes posible] desde su detención entrevistarse con un defensor, recibir sus consejos y beneficiarse de su asistencia en el momento del interrogatorio;

b. pueda recibir los consejos del defensor sin ser escuchado por terceros y sin que el contenido de esos consejos sea objeto de cualquier otra vigilancia;

c. pueda ser asistido por un defensor de su elección o, si no dispone de los medios para remunerar a un defensor, pueda beneficiarse de forma gratuita de esta asistencia, cuando el interés de la justicia así lo exija.»

99. Ver al respecto los §§ 36, siguientes y concordantes de la STEDH (Sección Segunda) de 28 de noviembre de 2006 (caso Flandin contra Francia).

100. Como la existencia de prisión preventiva, complejidad de los hechos, gravedad de la pena potencial o minoría de edad. Cfr. el artículo tercero del proyecto de la Comisión.

101. Esta exigencia responde a una línea jurisprudencial consolidada del TEDH y aparecía expresamente prevista en el artículo cuarto del proyecto de la Comisión.

102. En este sentido la STEDH (Sección Cuarta) de 27 de marzo de 2007 (caso Talat Tunç contra Turquía), §§ 55 y 56; la STEDH (Sección Quinta) de 10 de agosto de 2006 (caso Padalov contra Bulgaria), §§ 41, 42 y 43; y la STEDH (Sección Primera) de 4 de mayo de 2000 (caso Mato Jara contra España).

103. Sobre el tema pueden verse la STEDH (Sección Tercera) de 8 de marzo de 2007 (caso Danila contra Rumanía), §§ 54 y siguientes y la STEDH (Sección Segunda) de 6 de febrero de 2007 (caso Menten contra Turquía), §§ 29 y siguientes.

104. Estas cuestiones aparecen recogidas en el apartado segundo del artículo tercero del proyecto, cuyo contenido ya hemos reproducido previamente. Vid. supra nota a pie de página número 98.

105. Cfr. los §§ 31 y 32 de la propuesta de la Comisión.

106. Resultan por tanto de aplicación las consideraciones realizadas previamente, de modo que nos remitimos a lo dicho en su momento.

107. Puede verse en este sentido la STC 65/2007, de 27 de marzo, que resume la doctrina acerca de la justicia gratuita en el juicio de faltas y resulta un reflejo bastante fiel de la posición del TEDH al respecto. Así, se afirma que debe solicitarse expresamente y su concesión dependerá de la concurrencia de dos condiciones, carencia de medios e interés de la justicia, lo que se determinará en atención a las circunstancias del caso (complejidad, conocimientos jurídicos del sujeto, contraparte asistida por abogado que pueda generar desigualdad). En todo caso debe tenerse en cuenta que el TEDH no exige que el abogado de oficio sea solicitado expresamente e impone a las autoridades una actitud activa al respecto para asegurar que el imputado conoce dicho derecho. En este sentido, véase la STEDH (Sección Cuarta) de 27 de marzo de 2007 (caso Talat Tunç contra Turquía).

108. Así lo establecen los artículos 520.4 de la LECrim, 24 de la LAJG y 26 a 29 del RAJG.

109. Artículo 775 de la LECrim en relación con el 520.6 de la misma norma.

110. Únicas restricciones previstas a estos efectos. Cfr. el artículo 527 de la LECrim en relación con el 520bis del mismo texto

111. Artículos 25 de la LAJG y 33 del RAJG. Debe tenerse también en cuenta que recientemente se ha aprobado una normativa que prevé la exigencia de requisitos accesorios a la licenciatura en Derecho para poder colegiarse como abogado ejerciente: curso de formación específico, realización de prácticas y superación de un examen. Vid. al respecto la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (BOE del 31 de octubre de 2006).

112. Todo ello sin perjuicio de la apertura de procedimientos judiciales en su caso y del pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por negligencia profesional. Vid. los artículos 41 y ss de la LAJG.

113. Este tema ha sido analizado con mayor detenimiento por JIMENO BULNES (2007, 1 y ss), a quien nos remitimos para un estudio más detallado.

114. «Los Estados miembros garantizarán que toda persona acusada de una infracción penal o detenida en relación con ella se beneficie de forma gratuita de los servicios de un intérprete en el caso de que no comprenda o no hable la lengua del proceso» (traducción libre de texto original en francés).

115. «Los Estados miembros garantizarán que toda persona acusada de una infracción penal o detenida en relación con ella se beneficie de la traducción gratuita de los documentos necesarios para garantizar un proceso justo en el caso de que no comprenda la lengua en la que hayan sido redactados. En caso de detención, los documentos que resulten

esenciales para apreciar la legalidad de la misma deben en todo caso ser traducidos» (traducción libre de texto original en francés).

116. No encontramos en el texto actual la referencia expresa a la extensión de esta garantías a las personas con problemas de audición o habla que sí aparecía en el artículo 6.3 del texto de la Comisión, aunque una interpretación adecuada del precepto ha de llevarnos en todo caso a entender que estos sujetos también se encuentran incluidos dentro del ámbito subjetivo de aplicación de este derecho.

117. En un mundo globalizado como el actual en el que la delincuencia no conoce fronteras de ningún tipo, el recurso a este tipo de profesionales está experimentando un incremento exponencial, que se traduce en un aumento igualmente significativo de los costes de la justicia. A ello debe unirse la dificultad de disponer de profesionales reconocidos en las más distintas lenguas y la necesidad incluso de que se establezca un sistema de guardias similar al de los abogados. La conclusión ha de ser la conveniencia de que estas cuestiones (cualificación, organización del servicio y remuneración) se aborden desde una perspectiva europea al objeto de garantizar la eficacia de estas previsiones.

118. Artículo 6.3 CEDH: «Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] e. a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.»

119. En palabras del Tribunal: «el párrafo 3 e) del artículo 6 proclama el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete. Este derecho no se restringe a las declaraciones orales en la audiencia, sino también para los documentos escritos y para la instrucción preparatoria. La disposición en cuestión significa que el acusado que no comprenda o no hable la lengua empleada en el foro tiene derecho a los servicios gratuitos de un intérprete para que le sea traducido o interpretado todo acto del proceso incoado en su contra que resulte preciso, garantizando así la equidad del proceso. [En concreto debe asegurarse que pueda] conocer de qué se le acusa y defenderse, especialmente dando al tribunal su versión de los hechos» (traducción libre del texto original en francés). Cfr. también los §§ 69 y 70 de la STEDH (Gran Sala) de 18 de octubre de 2006 (caso Hermi contra Italia).

120. Vid. los §§ 70, 71 y 72 de la STEDH (Gran Sala) de 18 de octubre de 2006 (caso Hermi contra Italia).

121. En este sentido, los artículos octavo y noveno de la propuesta de la Comisión aludían a esa obligación de garantizar la exactitud de la interpretación y la traducción, disponiendo la grabación de los actos orales y la revisión de las traducciones a los efectos de proceder a la sustitución de los profesionales cuya actuación se revelara defectuosa. Estas previsiones han desaparecido de la versión actual del proyecto.

122. Artículos 398, 520.2.e y 762.8 en relación con los artículos 440 a 442, todos ellos de la LECrim.

123. Excepción hecha a la necesidad de remitir el pliego de preguntas a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores cuando no sea posible un intérprete, según recoge el artículo 441, párrafo segundo, de la LECrim.

124. Cuyo carácter vinculante podemos afirmar en última instancia en virtud del artículo 10.2 de la CE en relación con el 96 del mismo texto.

125. Si bien el acceso a la profesión de intérprete jurado sí está controlado.

126. Problema planteado recientemente en el juicio por los atentados del 11 de marzo de 2004.

127. Vid. supra el apartado 3.2 de este trabajo.

128. «Evaluación de la buena aplicación de la decisión-marco:

1. La buena aplicación de la presente decisión-marco se evaluará de conformidad con los mecanismos establecidos en virtud de las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea.
2. Al objeto de facilitar esta evaluación, los Estados miembros garantizarán una buena cooperación y la remisión de la información oportuna» (traducción libre del original en francés).

129. «[...] 3. La Comisión presentará al Parlamento Europeo y al consejo, a más tardar el [...], un informe evaluando en qué medidas los Estados miembros han adoptado las disposiciones necesarias para adaptarse a la presente decisión-marco, este informe irá acompañado de propuestas legislativas en su caso.

4. Sobre la base del informe de la Comisión, el Consejo evaluará en qué medida los Estados miembros se han adaptado a las obligaciones de transposición previstas por la presente decisión-marco.

5. La evaluación y el seguimiento regulares de la aplicación de las disposiciones de la presente decisión-marco serán realizadas conforme al artículo sexto» (traducción libre del original en francés).

130. Respecto de la posibilidad de que se promueva en su caso recurso por incumplimiento, vid. supra la nota a pie número 54 de este trabajo.

131. Artículo octavo de la propuesta de decisión-marco (traducción libre del original en francés): «Transposición:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para adaptarse a las disposiciones de la presente decisión-marco antes de [...].

2. Los Estados miembros comunicarán, antes de la misma fecha, al Secretario General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones que transpongan a su Derecho nacional las obligaciones derivadas de la presente decisión-marco. [...]

132. «Ninguna disposición de la presente decisión-marco será interpretada como limitación de los derechos y garantías procesales que puedan ser acordados en virtud del Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales o de la legislación de cualquier Estado miembro y que proporcione un nivel superior de protección, ni como derogación de estos derechos y garantías procesales» (traducción libre del original en francés).

133. Recordemos que en el Consejo de junio de 2006 se alcanzó el principio de acuerdo para combinar un texto vinculante con una resolución no vinculante referida a medidas de carácter práctico y que se tradujo en la propuesta de la presidencia de diciembre de 2006 cuyo contenido analizamos. En este sentido debemos hacer igualmente referencia al ya mencionado texto alternativo auspiciado por Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido, quienes se oponen a la adopción de cualquier medida obligatoria y abogan por limitarse a consensuar una serie de orientaciones prácticas recomendables pero libremente aplicables por cada Gobierno. En consonancia con dicha posición, su propuesta ofrece una serie de pautas para que cada Estado reflexione sobre la existencia o no en su ámbito de de distintas medidas que garanticen la efectiva vigencia de los derechos del imputado y sugiere que cada país, en su caso, adopte un plan específico para la promoción de la imparcialidad de los procesos penales.

134. Se recomienda la publicación de dichas resoluciones (traducidas a las lenguas propias de cada país) especialmente en las páginas principales de los sitios oficiales de las distintas autoridades policiales y judiciales.

135. Resulta conveniente indicar que el texto alternativo de Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido hace referencia igualmente a estas cuestiones, pero añadiendo dos aspectos relevantes, cuales son la conveniencia de analizar la posibilidad de revisión de asuntos tras un pronunciamiento del TEDH y de realizar estudios de compatibilidad de las normas y prácticas internas con los criterios del TEDH.

136. Documento escrito en que se han de recopilar los derechos de esta norma y que ha de encontrarse traducida al menos a las lenguas oficiales de la UE y a disposición de la policía para facilitar y hacer efectiva la información a los sospechosos. Vid. supra el apartado 3.4.1 de este trabajo.

137. Cuyo elevado coste potencial se nos antoja es el motivo real que determina la oposición de ciertos Estados a la adopción de esta norma.

138. Llama significativamente la atención que es la primera y única vez que en todo el texto de la propuesta se emplea el término «abogado», mientras que en el resto de ocasiones se habla siempre de «defensor».

139. Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido añaden en su propuesta referencia al uso de las modernas tecnologías para facilitar el acceso a abogado.

140. Incluido el lenguaje de signos, que aquí sí se recoge de forma expresa.

141. También en este caso la propuesta alternativa de Chequia, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Malta y el Reino Unido hace referencia a estas cuestiones, incidiendo además en la conveniencia de abordar el tema desde una perspectiva europea para superar, entre otras, la carencia de intérpretes en determinadas lenguas o lugares dentro de la UE.

Fecha de recepción de originales: 13 de septiembre de 2007

RESUMEN

La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga constituye la primera decisión de carácter sustantivo dictada por la Corte Penal Internacional. Su importancia en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta. Destaca, en particular, la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho en lugar del concepto subjetivo de autor apoyado sobre la doctrina de la empresa criminal conjunta que ha sido adoptado por los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. Además, retoma, al menos de una manera implícita, el requisito del control por los grupos armados organizados implicados de una parte del territorio del Estado afectado para que se pueda hablar de conflicto armado en lugar de una situación de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista.

PALABRAS CLAVE

CORTE PENAL INTERNACIONAL, DOMINIO DEL HECHO, EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA, TERRORISMO, CONFLICTO ARMADO.

ABSTRACT

The decision on the confirmation of the charges in the Lubanga case is the first decision of a substantive nature issued by the International Criminal Court. Its importance on the development of international criminal law is evident. The adoption of an approach to the distinction between principals and accessories to the crime based on the notion of control of the crime, as opposed to the subjective approach based on the doctrine of joint criminal enterprise that has been embraced by the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, is particularly relevant. Furthermore, it brings back, at least implicitly, the requisite that the relevant organised armed groups must control a part of the territory of the concerned State in order for a crisis situation to be qualified as an armed conflict as opposed to a situation of internal disturbances and tensions.

KEY WORDS

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, CONTROL OF THE CRIME, JOINT CRIMINAL ENTERPRISE, TERRORISM, ARMED CONFLICT.

LA INFLUENCIA DE LA DECISIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Héctor Olásolo Alonso*

Sumario: 1. Introducción. 2. Formas de Autoría y Participación. A) El papel de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga con respecto al tratamiento de la distinción entre autoría y participación en derecho penal internacional. B) La elaboración de la doctrina de la empresa criminal común por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, y su relación con la teoría del dominio del hecho adoptada por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. a) La doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR. b) La teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. C) La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga como principal referente de la aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional. a) Primera aproximación. b) Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. 1) Plan Común. 2) Contribución esencial. c) Aplicación de los elementos subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. d) Comentario final. D) Revisión del análisis de los tribunales *ad hoc* sobre el carácter consuetudinario de la distinción entre autoría y participación en virtud de la doctrina de la empresa criminal común a la luz de la decisión de confirmación de cargos

* El autor es doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor honorario del departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

en el caso Lubanga. a) Necesidad de la Revisión. b) El Estatuto de Roma, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y Otros Convenios Regionales e Internacionales. c) Jurisprudencia relativa a los casos de la Segunda Guerra Mundial. d) Principios generales de responsabilidad penal en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general. e) La doctrina de la empresa criminal común y la teoría del dominio del hecho en las legiaciones nacionales. f) Conclusión. 3. La Noción de Conflicto Armado. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Tras la apertura de las investigaciones en las situaciones de crisis en la República Democrática del Congo (“RDC”), Norte de Uganda, Darfur (Sudan) y República Centroafricana, el caso contra Thomas Lubanga constituye el primer caso ante la Corte Penal Internacional (“CPI”). A principios de febrero de 2006, la Sala de Cuestiones Preliminares I (“SCP I”), a solicitud de la Fiscalía, dictó, en el contexto de la investigación en RDC, una orden de arresto contra Thomas Lubanga, quien fue entregado a la Corte un mes más tarde, y el 20 de marzo de 2006 se llevó a cabo su comparecencia inicial ante la SCP I. A partir de este momento, la jueza brasileña Sylvia H. Steiner, jueza única del caso, puso en marcha el procedimiento dirigido a la preparación de la audiencia de confirmación de cargos, que finalmente comenzó el 9 de noviembre de 2006. Se trataba de la primera vez que la normativa procesal aprobada durante las negociaciones mantenidas en Roma y Nueva York entre 1996 y 2002 iba a ser aplicada.

La ambigüedad de la normativa procesal contenida en el Estatuto de Roma (“ER”) y en las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) —fruto de los compromisos entre los distintos sistemas procesales de los Estados participantes en las negociaciones— obligó a realizar una intensa labor interpretativa para concretar su contenido. De esta manera, cuestiones como el procedimiento de tramitación de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, el sistema de revelación de prueba y su interrelación con el procedimiento de adopción y ejecución de las medidas de protección de testigos, el contenido de las cargas y expectativas procesales de aquellos a quienes se reconoce la posición procesal de víctima en las actuaciones o la sanción en supuestos de prueba ilícitamente obtenida,

fueron, entre otras muchas, objeto de análisis durante este periodo. Como resultado, entre marzo y octubre de 2006, se dictaron más de 250 decisiones en respuesta a los más de 500 escritos presentados por las partes, lo que provocó que el sumario de esta fase preliminar contenga más de 12.000 páginas de debate procesal¹.

La audiencia de confirmación de cargos se celebró entre los días 9 y 28 de noviembre de 2006, y la SCP I dictó su decisión confirmando los cargos contra Thomas Lubanga Dyilo el 29 de enero de 2007². Como se pondrá de manifiesto en las próximas páginas, la importancia de esta decisión —la primera de carácter sustantivo dictada por la CPI— en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta. En la misma, entre muchas otras cuestiones, (i) se abordan cuestiones relativas a la estructura de los delitos en el ER y en los Elementos de los Crímenes (“EC”); (ii) se desarrolla el elemento subjetivo general del artículo 30 ER (estableciendo el dolo eventual como requisito mínimo para que la conductas tipificadas en los arts. 6 a 8 ER den lugar a responsabilidad penal, y excluyendo del ámbito del 30 ER la culpa consciente o *subjective recklessness*, la imprudencia temeraria o *objective recklessness*, y la mera imprudencia); (iii) se considera que, en relación con el delito de alistamiento o reclutamiento de niños menores de 15 años, la expresión “fuerzas armadas nacionales” en el art. 8 (2)(b)(xxvi) ER incluye también a los grupos armados organizados que están involucrados en un conflicto armado de carácter internacional; (iv) se considera que el uso de niños menores de quince años como guardaespaldas es parte del tipo penal relativo al uso de tales niños para que participen activamente en las hostilidades; (v) se analiza el contenido del principio de legalidad penal previsto en los arts. 22, 23 y 24 ER; y (vi) se establecen las

fronteras en la aplicación del error de derecho como causa de exculpación conforme al art. 32 ER.

En opinión del autor, las dos cuestiones más relevantes abordadas por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga son las relativas al criterio que permite diferenciar entre autoría y participación en el art. 25 ER, y a la definición del concepto de conflicto armado en el art. 8 ER y su distinción de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. Por ello, el autor, que, después de haber participado como miembro de la delegación española en las negociaciones sobre los EC y RPP, ha tenido la fortuna de acompañar a la Jueza Sylvia H. Steiner en todo este proceso en cuanto que su único letrado, ha preferido centrarse en analizar la importancia que para el desarrollo del derecho penal internacional ha supuesto el tratamiento de estas dos cuestiones en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga.

Desde una perspectiva fáctica, el caso contra Thomas Lubanga Dyilo se refiere a hechos ocurridos en relación con el conflicto armado acaecido en el territorio de Ituri (distrito de la provincia *Orientale* de la RDC entre el 1 de julio de 2002 y el 21 de diciembre de 2003)³. Según la SCP I, en este conflicto participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (*Ugandan People Defence Forces*, “UPDF”), además de un número importante de grupos armados organizados, incluidos *l’Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (“UPC/RP”) y su brazo armado *les Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (“FPLC”), el *Parti pour l’Unité et la Sauvegarde de l’Intégrité du Congo* (“PUSIC”) y el *Front National Intégrationniste* (“FNI”)⁴. En este contexto, las FPLC pusieron en marcha una política de reclutamiento y alistamiento de jóvenes (que incluía también a niños menores de quince años)⁵, así como de utilización de los mismos para participar activamente en las hostilidades una vez completado su entrenamiento⁶. El imputado, Thomas Lubanga Dyilo, es el todavía presidente de la UPC/RP

—que durante buena parte de este periodo ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri— así como el ex-comandante en jefe de las FPLC.

2. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A) EL PAPEL DE LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, la SCP I subraya lo siguiente:

“La Sala recuerda que, en su decisión relativa a la emisión de una orden de arresto, ya ha distinguido entre (i) la comisión *stricto sensu* de un delito por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, de acuerdo con lo previsto en el sub-apartado (3)(a) del art. 25 ER, y (ii) la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos conforme al art. 28 ER, así como las distintas formas de participación, que a diferencia de la autoría, se recogen en los sub-apartados (3)(b) a (3) (d) ER.”⁷

De esta manera, según la SCP I, el art. 25 (3) ER, incluido en la parte sobre principios generales de derecho penal aplicables por la CPI, adopta la distinción entre autoría y participación⁸. Así, mientras el sub-apartado 3 (a) del art. 25 ER recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito⁹, los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art. 25 ER utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo” para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al ER¹⁰. En opinión del autor, de esta manera se culmina el largo proceso que ha llevado a la consagración

en el derecho penal internacional de la distinción entre autoría y participación.

A este respecto, conviene recordar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (“IMT”) y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokyo (“IMTFE”), fueron los primeros en introducir en el derecho penal internacional ciertas reglas básicas relativas a las formas de responsabilidad penal individual. Estas reglas aparecen en diversas disposiciones, de modo que, mientras ciertas formas de responsabilidad penal se incluyen como parte de la definición de algunos delitos¹¹, otras se encuentran tras la definición de los crímenes contra la humanidad en el último párrafo del art. 6 (c) del estatuto del IMT y del art. 5 (c) del estatuto del IMTFE¹². La distinción entre autoría y participación no se recoge en las mismas, adoptando, como AMBOS ha señalado, un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes¹³. Como resultado, la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del delito dan lugar a responsabilidad penal individual¹⁴.

Las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la Segunda Guerra Mundial, son algo más sistemáticas que las recogidas en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo. Aunque algunas de ellas continúan formando parte de la definición de los delitos contra la paz¹⁵, las mismas introducen por primera vez en el derecho penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación¹⁶. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos que aplicaron esta ley se olvida de esta distinción, y acoge un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes¹⁷.

Es necesario esperar hasta la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994 de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Rwanda (conocidos como los “tribunales *ad hoc*”)¹⁸, y hasta la elaboración

por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad¹⁹, para encontrar el primer intento serio de desarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal contenida en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania²⁰.

La distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) del estatuto del tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia (“ETPIY”) ha sido adoptada de manera reiterada por la jurisprudencia del TPIY. En este sentido, es importante señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad es que “el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor”²¹. Posteriormente, la Sala de primera instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic, afirmó que “las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al art. 7(1) ETPIY pueden ser divididas entre formas de autoría y formas de participación”²². Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso Krstic, añadió que “parece claro que la expresión ‘*accomplice liability*’ denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito”²³.

La Sala de apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre autoría y participación en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic. En esta decisión afirmó expresamente que “la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría”²⁴. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac²⁵, Vasiljevic²⁶, Blaskic²⁷, Krstic²⁸, Kvočka²⁹, Simic³⁰, y Brdanic³¹, y en las recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik³² and Martić³³,

ha venido afirmando de manera reiterada que el art. 7 (1) ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por lo tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

A este respecto conviene no olvidar que alguna que otra decisión aislada del propio TPIY intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) ETPIY. Así, la sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, emitida el 15 de febrero de 2003 por la Sala de primera instancia II (presidida por el juez australiano David Hunt), subraya que la distinción entre autoría y participación no solo es contraria al ETPIY, sino que además es innecesaria³⁴. Posteriormente, el propio juez Hunt, en su voto particular en la decisión de la Sala de apelaciones de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdic, afirma, refiriéndose a la distinción entre autoría y participación, que:

“Dicha distinción no existe en relación con las penas en este tribunal, y yo creo que no es adecuado que este tribunal intente clasificar los distintos tipos de personas involucradas en la comisión del delito de esta manera, cuando no es necesario a los efectos de determinación la pena. La sala de apelaciones ha dejado ya claro que una persona condenada debe ser castigada en base a la seriedad de lo que ha hecho con independencia de la manera en que pueda clasificarse”³⁵.

Sin embargo, se tratan éstos de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY, que, en opinión del autor, no justifican la afirmación de VAN SLIEDREGT en el sentido de que “los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación”³⁶.

En el tribunal penal internacional para Rwanda (“TPIR”), la cuestión relativa a si el art. 6 (1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del art. 7 (1) ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación se ha abordado también en el contexto del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (también conocida como doctrina del propósito criminal común). Sin embargo, si

bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es mucho más limitado que en el TPIY³⁷.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, siguiendo el incipiente modelo dualista de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, ha rechazado el concepto unitario de autor y ha adoptado la distinción entre autoría y participación. Es precisamente este modelo dualista el que la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha venido a consolidar.

B) LA ELABORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN POR LA JURISPRUDENCIA DE LOS TPIY Y TPIR, Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO ADOPTADA POR LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA

a) La doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR

La doctrina de la empresa criminal común, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por aquella del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos³⁸. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común³⁹.

Para convertirse en participante en una empresa criminal común no es suficiente con mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el dolo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la em-

presa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquélla⁴⁰. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión⁴¹.

La importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante⁴² puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común⁴³. Por lo tanto, contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común⁴⁴. Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común⁴⁵.

En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en al misma actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común⁴⁶. Por lo tanto, la doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten.

Además, considerando que, como la SCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría⁴⁷ —pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado—, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común.

En este sentido, aunque la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el derecho internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁴⁸, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 en el caso Ojdanic clarificó que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el art. 7 (1) ETPIY: (i) los participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables⁴⁹; (ii) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos⁵⁰; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁵¹.

La jurisprudencia del TPIR —y en particular la sentencia de apelación en el caso Ntakitumana de 13 de diciembre de 2004⁵², la decisión dictada por la Sala de apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006⁵³ y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006⁵⁴— se ha basado principalmente en la decisión de apelación en el caso Tadic para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al art. 6 (1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común.

En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común, no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor que es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación⁵⁵.

b) La teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga

La teoría del dominio del hecho es la más extendida de las teorías objetivo-materiales del concepto de autor. Si bien fue inicialmente presentada por WELZEL⁵⁶, es ROXIN quien la elabora y redefine en gran medida⁵⁷. Con-

forme a esta teoría, autores son aquéllos que dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido⁵⁸. La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en la circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias⁵⁹.

Como la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha señalado, el dominio del hecho es un concepto abierto⁶⁰, que, al analizar las diferentes manifestaciones de la autoría, se observa que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”; (ii) en la autoría mediata como “control de la voluntad”; y (iii) en la coautoría como “co-dominio funcional del hecho”⁶¹.

El autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se considera que tiene el control del delito porque controla la acción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal⁶². El autor mediato es aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁶³. Finalmente, en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común, solo tienen el co-dominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo⁶⁴. Cada uno de los individuos pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que aquellos otros con los que comparte el co-dominio funcional del hecho desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido en-

comendadas, sí que tienen al menos el poder para impedir su comisión⁶⁵.

La SCP I, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, ha sostenido que el art. 25(3)(a) ER —cuando se refiere a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”— adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que por tanto se convierte también en el criterio distintivo entre autoría y participación⁶⁶. Es en este contexto en el que la SCP I ha subrayado que:

“El concepto de coautoría adoptado por el artículo 25 (3) (a) del estatuto mediante la referencia a la comisión de un delito ‘con otro’ debe ser coherente con la elección de la doctrina del dominio del hecho como criterio distintivo entre autores y partícipes. [...] Por lo tanto, como ya señalé en su decisión de emisión de una orden de arresto, la Sala considera que el concepto de coautoría recogido en el artículo 25 (3) (a) del estatuto coincide con el aquel del co-dominio funcional del hecho en razón de la naturaleza esencial de las contribuciones de los coautores a la comisión del delito”⁶⁷.

En consecuencia, para la SCP I, el ER rechaza un concepto objetivo de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo —de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común⁶⁸. Del mismo modo, para la SCP I, el ER rechaza también un concepto subjetivo de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores con independencia de la naturaleza y alcance de sus contribuciones⁶⁹.

En definitiva, según ha señalado la SCP I, cuando la comisión del delito es fruto de la actuación conjunta de una pluralidad de individuos, todos aquellos que, a pesar de contribuir a la ejecución del plan común no comparten el co-dominio funcional del hecho, pueden ser

penalmente responsables únicamente a título de partícipes⁷⁰.

En este sentido, los sub-apartados (b) a (d) del art. 25 (3) ER recogen las distintas formas de participación que dan lugar a responsabilidad penal. En primer lugar, el art. 25(3)(b) ER prevé que aquel que “ordene, proponga o induzca” la comisión del delito será penalmente responsable siempre y cuando se haya producido la consumación o se haya alcanzado al menos el grado de tentativa. Esto será particularmente relevante en aquellos casos en los que, debido a las pequeñas dimensiones, o al carácter no jerárquico, de las organizaciones a través de las que operan ciertos líderes políticos o militares, el concepto de autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder no sea aplicable.

En segundo lugar, el art. 25 (3) (c) ER prevé que será también penalmente responsable todo individuo que, con el propósito de facilitar la comisión de un delito, “sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.” A este respecto conviene recordar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha sostenido de manera reiterada que para que el cómplice y el encubridor sean penalmente responsables es necesario que su asistencia tenga un efecto sustancial en la comisión, o tentativa de comisión, del delito o en la consolidación de sus efectos⁷¹. El autor considera que esta interpretación es también aplicable al sub-apartado (c) del artículo 25 (3) ER porque el sub-apartado siguiente de esa misma disposición se refiere expresamente a la responsabilidad penal de quienes “de algún otro modo” contribuyan a la comisión o tentativa de comisión del delito⁷².

Finalmente, el art. 25 (3) (d) ER prevé que será también penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. A este respecto, la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado expresamente que

“El artículo 25 (3) (d) ER recoge una forma residual de participación conforme a la cual, debido a la intención con la que son llevadas a cabo, se criminalizan todas aquellas contribuciones que no pueden ser consideradas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) or (c) ER⁷³.

La interpretación del art. 25 (3)(d) ER como una forma residual de participación es además coherente con los dos elementos subjetivos que se prevén en dicha disposición. Así, por un lado, la contribución prestada debe ser “intencional”. Si bien, como FLETCHER y OHLIN han explicado, esto sólo significa que la acción en que consiste la contribución —por ejemplo la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van cometer una masacre— debe ser voluntaria⁷⁴. Por otro lado, dicha contribución, además de ser voluntaria, debe ser realizada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”. Por lo tanto, el art. 25(3)(d) ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo⁷⁵.

De esta manera, el art. 25 (3) (d) RS, no solo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) o (c) ER⁷⁶”, sino que tampoco requiere que quien contribuye actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluyendo cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido por el mismo).

Por esta razón, incluso si el art. 25 (3) (d) ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doc-

trina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría. De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo⁷⁷.

Además, mientras el art. 25 (3)(c) ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, el artículo 25 (3) (d) ER no prevé este requisito. Por lo tanto, conforme al art. 25 (3)(d) ER, al igual que ocurre con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁷⁸, la responsabilidad penal a título de partícipe se deriva de aquellas acciones de favorecimiento del delito que son llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan.

Ante estas circunstancias, el autor se muestra favorable a la interpretación de la SCP I conforme al a cual el art. 25 (3) (d) ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas⁷⁹. Además, en opinión del autor, esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el art. 25 (3) ER que, de alguna manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁸⁰.

Como la SCP I ha señalado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁸¹, esto marca una diferencia fundamental entre el ER —que adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que a su vez se convierte en el criterio distintivo entre autoría y participación— y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que ha adoptado de manera reiterada un concepto

subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común⁸².

Además, es importante subrayar que, conforme al art. 25 (3) (b) a (d) ER, todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado. Esto marca una diferencia adicional con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, conforme a la cual planear, ordenar, instigar, o asistir en la comisión del delito solo da lugar a responsabilidad penal si el delito es finalmente consumado⁸³.

En opinión del autor, la existencia de estas diferencias, que no son sino el resultado de las distintas opciones adoptadas por los redactores del ER y por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no debe valorarse necesariamente de manera negativa. En este sentido, conviene recordar que los arts. 10 y 22 ER subrayan la autonomía entre el ER y el derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas⁸⁴. Por ello, en lugar de buscar la homogeneización de ambos cuerpos normativos a toda costa, parece más acertado centrar la atención en analizar sus respectivas características y en proponer soluciones que resuelvan los problemas planteados por las mismas con pleno respeto a su especificidad⁸⁵.

C) LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA COMO PRINCIPAL REFERENTE DE LA APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA BASADA EN EL CO-DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO A NIVEL INTERNACIONAL

a) Primera aproximación

La SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado que la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho “tiene su fundamento en el principio de división de tareas para la comisión del delito entre dos o más personas que actúan de manera concertada”, de manera que “si bien ninguno de los coautores tiene el control so-

bre el delito en su conjunto, porque todos dependen del resto para su consumación, cada uno de ellos comparte dicho control porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función que le ha sido encomendada”⁸⁶.

De esta manera, sólo si todos y cada uno de los coautores realizan su contribución de manera coordinada, se producirá la consumación del delito. Así, por ejemplo, sólo si el oficial de observación comunica al escuadrón de artillería las correcciones necesarias en las coordenadas de fuego, la mezquita contra la que se dirige el ataque ilícito podrá ser destruida. Además, cada uno de los coautores tiene el poder de evitar la consumación del delito. Las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombardeo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la mezquita durante horas sin hacer blanco sobre la misma. Por lo tanto, aunque cada coautor controla algo más que su parte del delito, no controla el delito en su conjunto porque comparte con los otros coautores la dirección de su ejecución.

El co-dominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común⁸⁷. Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Este es el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista o que debería continuar con el bombardeo de la mezquita. Según la coautoría basada en el co-dominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo da lugar a responsabilidad penal como partícipe⁸⁸.

En opinión del autor, la decisión de la SCP I de confirmación de cargos en el caso Lubanga

constituye el mejor ejemplo hasta la fecha de aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional. A este respecto, hay que tener en cuenta que otros precedentes en los que la teoría del dominio del hecho ha sido aplicada a nivel internacional, como por ejemplo la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, se han centrado en gran medida en la aplicación del concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder⁸⁹.

En el caso Lubanga, la SCP I concluyó que desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, Thomas Lubanga, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP, “tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento”⁹⁰. Asimismo, según la SCP I, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002 y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga tuvo también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁹¹. Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes⁹². Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera “de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC.”⁹³

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al mantenido en la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC “ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga”⁹⁴. Debido a la ausencia de una clara relación ver-

tical entre Thomas Lubanga y algunos de los oficiales de más alta graduación de las FPLC que se encontraban presuntamente involucrados en la comisión de los delitos imputados a aquel, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Thomas Lubanga. En opinión del autor, ésta es la razón más probable por la que la SCP I decidió no aplicar en este caso el concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder. En realidad, la SCP I ni tan siquiera analizó si las FPLC cumplían con los requisitos necesarios para ser calificadas como una estructura organizada de poder. Y esto a pesar de que la propia SCP I, en su decisión de emisión de una orden de arresto contra Thomas Lubanga, había sostenido que:

“Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con aquel de coautoría basada en el co-dominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el art. 25(3)(a) ER, podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía⁹⁵.”

En otras palabras, una vez que la SCP I observó que la relación entre Thomas Lubanga y los otros oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos que se le imputaban tenía una naturaleza más horizontal que vertical, la SCP I pasó directamente a analizar si se cumplían los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho.

b) Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho

1) Plan Común

Según la SCP I, cuando las FPLC fueron creadas en septiembre de 2002, existía un acuerdo entre (i) Thomas Lubanga; (ii) los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en

particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de defensa); (iii) los oficiales de más alta graduación de las FPLC (el jefe del Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y (iv) otros comandantes de alta graduación de las FPLC⁹⁶. Todos ellos se conocían y habían trabajado juntos, con anterioridad a la creación de las FPLC⁹⁷.

Para la SCP I, el plan común, que se ejecutó desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, consistía en promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante: (i) el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC; (ii) su entrenamiento militar; y (iii) su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Es importante subrayar que el plan común no se dirigía específicamente a la comisión de ningún delito, algo que fue reconocido por la propia SCP I. Sin embargo, la SCP I subrayó que dicho plan contenía un elemento de criminalidad porque, a pesar de no ir específicamente dirigido a niños menores de quince años (se dirigía a jóvenes en general), su ejecución conllevaba el riesgo de afectar a los mismos⁹⁸.

2) Contribución esencial

Para la SCP I, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos mostraba que Thomas Lubanga y los otros miembros del plan común lo ejecutaron de manera coordinada⁹⁹. A pesar de que estos últimos tenían una responsabilidad más directa en relación con el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC, el entrenamiento militar y el suministro de armamento a los mismos, su asignación a unidades militares o como guardaespaldas, y la emisión de órdenes para que entrasen en combate¹⁰⁰, la SCP I consideró que Thomas Lubanga —con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003— jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas perma-

nentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución¹⁰¹.

Además, la SCP I también consideró suficientemente probado que Thomas Lubanga había estado involucrado directamente en la realización de algunos de los elementos objetivos de los tipos penales que se le imputaban. En particular, la SCP I afirmó que, más allá de su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido también a la ejecución del plan común: (i) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostilidades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de jóvenes reclutas; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales¹⁰².

Para la SCP I, el papel jugado por Thomas Lubanga en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución¹⁰³. Lógicamente, la enorme relevancia de sus funciones le confirió también el poder de frustrar la ejecución del plan común¹⁰⁴.

c) Aplicación de los elementos subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho

Según la SCP I, desde principios de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003, Thomas Lubanga y los restantes miembros del plan común eran mutuamente conscientes de que, en el curso ordinario de los acontecimientos, la ejecución del plan común provocaría el reclutamiento forzado o voluntario de niños menores de quince años en las FPLC, así como su utilización para participar activamente en las hostilidades o como guardaespaldas¹⁰⁵. Además, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos indicaba que todos ellos, no sólo conocían, sino

que también habían aceptado mutuamente esa posibilidad al haberse reconciliado con la misma¹⁰⁶. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación de la SCP I, consituye el elemento subjetivo general del art. 30 ER¹⁰⁷.

Según la SCP I, durante todo este tiempo, Thomas Lubanga era consciente (i) de su papel dentro de la UPC/RP y de las FPLC; (ii) de sus funciones como coordinador en la ejecución del plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC; (iii) de la naturaleza esencial de sus funciones; y (iv) de su capacidad para frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar sus funciones de coordinación¹⁰⁸.

Como resultado, la SCP I concluyó que sí era posible aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho en el caso contra Thomas Lubanga, y confirmó los cargos contra el mismo como coautor de los delitos que se le imputaban¹⁰⁹.

D) COMENTARIO FINAL

La aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho por la SCP I en el caso Lubanga plantea, en opinión del autor, dos dificultades fundamentales: (i) la determinación de los miembros del plan común; y (ii) el hecho de que el plan común no se encontraba específicamente dirigido a la comisión de ningún delito.

En relación con la primera dificultad, el autor considera que la determinación de quienes son los miembros del plan común es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Por un lado, el co-dominio funcional del hecho, como cualquier otra forma de coautoría, requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo formen parte del grupo de coautores y, por lo tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión del delito y en la divi-

sion de funciones para la ejecución del plan común.

Por otro lado, cuanto más se desciende en la cadena de mando para intentar incluir a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación entre el grupo de coautores, más difícil resulta explicar: (i) cómo aquéllos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma de decisiones; y (ii) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual si los mandos medios y los miembros de más baja graduación se limitan a seguir las instrucciones que les envían a través de la cadena de mando los líderes políticos y militares.

En realidad, la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho no es un concepto adecuado para reflejar situaciones en las que el plan común es diseñado por un pequeño grupo de líderes políticos y militares, y posteriormente llevado a la práctica por sus subordinados en ejecución de sus órdenes (relación vertical o jerárquica entre quienes elaboran el plan común y quienes lo ejecutan). En estas situaciones, no queda más remedio que recurrir al concepto de coautoría mediata, que no es sino la aplicación conjunta de la autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder y la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Sin embargo, en el caso Lubanga, debido a las múltiples disputas internas en el seno de las FPLC, es improbable que la noción de coautoría mediata, tal y como fue aplicada en la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, hubiera podido ser aplicable.

La inclusión por la SCP I de “otros comandantes de alta graduación de las FPLC” entre los miembros del plan común resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, en opinión del autor, el hecho de que la SCP I pusiese como ejemplo de quienes podrían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores al comandante de las FPLC a cargo del sector sureste de operaciones, quien

se encontraba únicamente un nivel por debajo de los más altos mandos de las FPLC, reduce de manera importante el alcance del problema.

A este respecto, es importante subrayar que el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho fue aplicable en el caso Lubanga porque Thomas Lubanga, así como el resto de altos mandos de las FPLC, no sólo diseñaron en común el plan criminal sino que también participaron personalmente en su ejecución física. Como resultado, la SCP I pudo limitar el grupo de coautores a un pequeño grupo de líderes de la UPC/RP y de comandantes de las FPLC, entre los que no había una relación estrictamente jerárquica.

En relación con la segunda dificultad arriba señalada, el hecho de que el plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes y su uso para participar activamente en las hostilidades no estuviese específicamente dirigido contra niños menores de quince años, habría impedido, en opinión del autor, la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹⁰. Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que, por lo tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión del delito¹¹.

Esto constituye una diferencia muy importante con el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, que como la SCP I ha señalado, sólo exige que el plan común tenga “un elemento de criminalidad” porque la característica principal del mismo es el co-dominio funcional del hecho que tiene cada coautor como resultado de la función esencial que le ha sido encomendada en su ejecución. En consecuencia, el hecho de que el plan común no se dirigiera específicamente contra niños menores de 15 años no impide su aplicación en tanto en cuanto la ejecución del

mismo entrañase el riesgo objetivo de que se viesen afectados.

D) REVISIÓN DEL ANÁLISIS DE LOS TRIBUNALES AD HOC SOBRE EL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN VIRTUD DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN A LA LUZ DE LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA

a) Necesidad de la Revisión

La sentencia de apelación en el caso Tadic continúa siendo a día de hoy la piedra angular sobre la que se construye la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la doctrina de la empresa criminal común¹¹². Así, aunque después del caso Tadic, la Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR ha discutido aspectos puntuales de alguno de los elementos de las tres categorías de empresa criminal común existentes, así como el grado de especificidad requerido para su alegación, nunca ha revisado el análisis que llevó a la sentencia de apelación en el caso Tadic a concluir que, conforme al derecho internacional consuetudinario, quienes participan en una empresa criminal común incurrir en responsabilidad penal a título de coautores.

Según la sentencia de apelación en el caso Tadic, esta conclusión se justifica por su “consistencia y coherencia con la jurisprudencia y los tratados arriba comentados, así como por su consonancia con los principios generales relativos a la responsabilidad penal individual establecidos en el estatuto, en el derecho penal internacional general y en las legislaciones nacionales”¹¹³.

Sin embargo, la decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga ha:

- (i) rechazado —contrariamente a lo afirmado por la sentencia de apelación en el caso Tadic— que el art. 25 (3) ER adopte un concepto subjetivo de autor sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común;

- (ii) afirmado que la distinción entre autores y partícipes se basa en la teoría del dominio del hecho;
- (iii) se ha referido al art. 25 (3) (d) ER, que según la SCP I “guarda una gran similitud con la doctrina de la empresa criminal común, o del propósito criminal común, adoptada por la jurisprudencia del TPIY”, como una forma residual de participación¹¹⁴.

Por ello, en opinión del autor, es necesario revisar cuidadosamente los méritos del análisis realizado por la sentencia de apelación en el caso Tadic, máxime si se tiene en cuenta que:

- (i) el 3 de abril de 2007, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia en el caso Brdjanin, ha recurrido al concepto de autoría mediata para solucionar los problemas que plantea la aplicación de la doctrina tradicional de la empresa criminal común a líderes políticos y militares¹¹⁵. De esta manera, para la Sala de Apelaciones del TPIY, quienes cometen físicamente los delitos no necesitan ser miembros de la empresa criminal común porque los líderes políticos y militares que participan en la misma los utilizan como meros instrumentos¹¹⁶;
- (ii) el 7 de Julio de 2006, el juez alemán Schomburg emitió un voto particular en la sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (TPIR), en el que cita abundante jurisprudencia y doctrina nacional e internacional que aplica las distintas manifestaciones de la teoría del dominio de hecho¹¹⁷. Con ello, el juez Schomburg pretendía apoyar la siguiente proposición:

“La doctrina de la empresa criminal común no se encuentra expresamente incluida en el estatuto y su interpretación como una forma de coautoría es sólo una de las varias interpretaciones posibles de los ETPIY y ETPIR. Numerosos sistemas legales, sin embargo, acogen un concepto de coautoría diverso. Desde Nuremberg y Tokio, el derecho penal nacional y el derecho penal internacional han aceptado, en particular, los conceptos de autoría mediata y de coautoría media-

ta como manifestaciones del más amplio concepto de autor¹¹⁸.

Para llevar a cabo la revisión aquí planteada, es necesario tener en cuenta que, tal y como recoge el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“ECIJ”), “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” es fuente de derecho internacional. A este respecto, en su decisión en el caso entre Colombia y Perú relativo al asilo, la Corte Internacional de Justicia explicó que, de acuerdo con el art. 38 ECIJ, los elementos constitutivos de la costumbre internacional son la práctica general de los Estados y la *opinio iuris*¹¹⁹. Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la plataforma continental del Mar del Norte subrayó la necesidad de (i) la existencia de una práctica consolidada y (ii) la prueba de que esta práctica es obligatoria en virtud de una norma jurídica que la requiera¹²⁰. Además, la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y EEUU sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, reafirmó la necesidad de que la existencia de una regla en la *opinio iuris* de los Estados sea confirmada por la práctica¹²¹. Por lo tanto, se puede concluir que las normas consuetudinarias de derecho internacional son el resultado de la existencia de una práctica general entre los Estados que es aceptada y observada como si se tratara de una obligación jurídica¹²².

b) El Estatuto de Roma, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y Otros Convenios Regionales e Internacionales.

La sentencia de apelación en el caso Tadic cita ciertas disposiciones de dos tratados internacionales para apoyar su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores¹²³. Estas disposiciones son el art. 25 (3) (d) ER¹²⁴ y el art. 2 (3) (c) del Convenio

Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 15 de diciembre de 1997¹²⁵.

La sentencia de apelación en el caso Tadic considera que estas dos disposiciones no sólo recogen la doctrina de la empresa criminal común, sino que también poseen un “valor jurídico significativo” porque (i) la primera de ellas fue adoptada por la gran mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma¹²⁶ y (ii) la segunda fue adoptada por consenso entre todos los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²⁷.

El texto de ambas disposiciones es muy similar. Por una parte, como vimos en secciones precedentes, el sub-apartado (d) del art. 25 (3) ER —tras referirse en los sub-apartados anteriores a la comisión del delito (por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable) y a ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en la comisión o tentativa de comisión del delito— prevé que también será penalmente responsable quien:

“Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: (i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

Por su parte, el art. 2(3)(c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas —tras referirse a la comisión del delito, así como a la participación en el mismo como cómplice o a su organización o dirección— prevé que también será penalmente responsable quien:

“Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”.

Como vimos en su momento, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha entendido que el art. 25(3)(d) ER constituye una forma residual de participación¹²⁸. Además, según la propia SCP I:

"No habiendo adoptado un criterio objetivo formal ni un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, la Sala considera que, tal y como alega la Fiscalía, y a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, el estatuto distingue entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho"¹²⁹.

Por lo tanto, en opinión del autor, la sentencia de apelación en el caso Tadic erró al concluir que el art. 25 (3) (d) RS y el art. 2 (3) (c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor conforme al cual todo participante en una empresa criminal común es penalmente responsable a título de coautor. Por el contrario, el autor considera que estas dos disposiciones reflejan una concepción muy diferente puesto que (i) adoptan la teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación, y (ii) configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma residual de participación punible para aquellos casos en los que el nivel de contribución a la ejecución del plan común no alcanza ni tan siquiera el nivel requerido para que quepa hablar de una complicidad o de un encubrimiento¹³⁰.

En este sentido es importante subrayar que el mismo texto utilizado en las dos disposiciones arriba analizadas se utiliza también en: (i) el art. 15 (b) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; y (ii) en la sección 14 (3) del Reglamento 2000/15 por el que la Administración Transicional de las Naciones Unidas para Timor Oriental establece Salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

Además, numerosos convenios internacionales y regionales se refieren de manera genérica a la autoría mediante el uso de la expresión "cometer", e incluso en en ciertas ocasiones se recogen también referencias expresas a la coautoría¹³¹. Sin embargo, tal y como sucede con los arts. 7 (1) ETPIY y 6(1) ETPIR, la gran

mayoría de estos convenios no desarrolla el contenido del concepto de autor, ni tampoco define los criterios en que se basa la distinción entre autoría y participación. Como resultado, la respuesta a la cuestión sobre si los convenios internacionales y regionales adoptan un criterio subjetivo o basan esta distinción en otro tipo de criterios (como, por ejemplo, la teoría del dominio del hecho) se deja, en gran medida, en manos de los órganos jurisdiccionales competentes para su aplicación, que normalmente son los tribunales nacionales.

Al aplicar estos convenios, los tribunales nacionales utilizarán el concepto de autor que haya sido desarrollado por sus respectivas legislaciones internas. Como consecuencia, los tribunales de aquellos Estados que hayan adoptado un concepto subjetivo de autor considerarán a quienes participan en una empresa criminal común como coautores, mientras que los tribunales de aquellos otros Estados que hayan adoptado un concepto objetivo formal de autor o un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho calificarán como meros partícipes a quienes participan en una empresa criminal común. En opinión del autor no es previsible que un resultado distinto sea alcanzado mediante la aplicación de los criterios interpretativos recogidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

c) *Jurisprudencia relativa a los casos de la Segunda Guerra Mundial*

La sentencia de apelación en el caso Tadic citó la jurisprudencia de dos grupos de casos de la Segunda Guerra Mundial en apoyo de su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor; de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. El primer grupo incluye; (i) el caso de *Georg Otto Sandrock et al.* (también conocido como el proceso de *Almelo*)¹³², el caso de *Jepsen et al.*¹³³, el caso de *Schonfeld et al.*¹³⁴, el caso *Ponzano*¹³⁵, the caso *Belsen*¹³⁶, y el caso del ahorcamiento de *Essen* (también conocido como el caso del Oeste de *Essen*)¹³⁷, todos

ellos llevados a cabo ante tribunales británicos con sede en Alemania; (ii) el caso de los *Einsatzgruppen*¹³⁸, el caso del campo de concentración de *Dachau*¹³⁹, y el caso de *Kurt Goebell et al.* (también conocido como el caso de la isla de *Borkum*)¹⁴⁰, todos ellos juzgados ante tribunales norteamericanos con sede en Alemania; y (iii) el caso de *Hoelzer et al.* llevado a cabo ante una tribunal militar canadiense¹⁴¹.

La sentencia de apelación del caso Tadic no explica, sin embargo, si en estos casos los acusados fueron condenados como autores o como partícipes. En opinión del autor, este dato es de particular relevancia dado que en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de partícipes (no de coautores), a menos que realicen personalmente los elementos del tipo objetivo de los delitos imputados —y esto tanto con respecto a los delitos que forman parte del plan criminal común, como con respecto a aquellos otros delitos que sin ser parte del mismo son consecuencia previsible de su ejecución¹⁴². Por esta razón, GILLIES señala que en las jurisdicciones de *common law*, la doctrina de la empresa criminal común no representa ni una extensión sustantiva ni una sustitución de los principios generales de la participación¹⁴³. La única excepción es Australia, donde quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores¹⁴⁴. Sin embargo, como SMITH & HOGAN han señalado, esto “es contrario a toda la jurisprudencia y doctrina inglesa”¹⁴⁵.

El segundo grupo de casos relativos a la Segunda Guerra Mundial citado por la sentencia de apelación en el caso Tadic incluye los casos de *D'Ottavio et al.*¹⁴⁶, *Aratani et al.*¹⁴⁷, *Tosani*¹⁴⁸, *Bonati et al.*¹⁴⁹, *Peveri*¹⁵⁰, *Mannelli*¹⁵¹, *Minafo*¹⁵², *Montagnino*¹⁵³, *Silesio et al.*¹⁵⁴, *Minafo et al.*¹⁵⁵ y de Antonino¹⁵⁶, todos ellos ante tribunales italianos. La sentencia de apelación en el caso Tadic recurrió a estos casos para justificar la aplicación del concepto de *dolus eventualis* en la tercera categoría de empresa criminal común¹⁵⁷. Sin embargo, no utilizó estos casos para concluir que la costumbre penal

internacional adopta un concepto subjetivo de autor. En realidad, no hubiera podido encontrar ningún apoyo para tal conclusión en estos casos puesto que todos ellos se desarrollaron ante tribunales italianos, e Italia es una de las pocas jurisdicciones nacionales que ha adoptado un concepto unitario de autor y, por lo tanto, ha rechazado la distinción entre autoría y participación.

En conclusión, los casos relativos a la Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar ante tribunales británicos, norteamericanos o canadienses, y que fueron citados por la sentencia de apelación en el caso Tadic, no constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor, ni tampoco afirman que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de a título de partícipes). Del mismo modo, los casos relativos a la Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar ante tribunales italianos tampoco apoyan esta conclusión. En este sentido, conviene subrayar que la propia sentencia de apelación en el caso Tadic reconoce que:

“Es importante observar que en muchos casos relativos a la segunda guerra mundial que tuvieron lugar en otros países los tribunales adoptaron la misma posición con respecto a delitos en los que dos o más personas habían estado involucradas con un grado diverso de participación. Sin embargo, no aplicaron la doctrina de la empresa criminal común o del propósito criminal común, prefiriendo en su lugar aplicar el concepto de coautoría. Esto es particularmente cierto en relación con los casos italianos y alemanes¹⁵⁸.”

d) Principios generales de responsabilidad penal en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó que su conclusión de que el derecho internacional consuetudinario adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores, se encuentra en consonancia con los principios generales de responsabilidad penal recogidos en el ETPIY y en el derecho pe-

nal internacional en general. En este sentido, la sentencia de apelación en el caso Tadic puso particular énfasis en que, de acuerdo con el informe del Secretario Nacional de las Naciones Unidas:

"Todos aquellos que están involucrados en la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, con independencia del modo en que las hayan cometido, o de la manera en que hayan participado en su comisión, deben ser sometidos a la justicia. Si esto es así, es justo concluir que el estatuto no se limita a atribuir jurisdicción sobre aquellas personas que planean, instigan, ordenan, cometen físicamente o de otra manera asisten o contribuyen en el planeamiento, preparación o ejecución de los delitos. El estatuto no termina aquí. No excluye aquellas otras formas de participación en la comisión de un delito que tienen lugar cuando varias personas que tienen un propósito común deciden llevar a cabo actividades criminales que luego son realizadas de manera concertada por todos ellos o por algunos de sus miembros. Todo aquel que contribuye a la comisión de un delito por este grupo de personas o por algunos de sus miembros en ejecución del propósito criminal común es penalmente responsable siempre y cuando se den las condiciones indicadas más abajo"¹⁵⁹.

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó también que esta interpretación era la que más se ajustaba a la naturaleza de los delitos internacionales cometidos en conflictos armados porque (i) los mismos son llevados a cabo por una pluralidad de personas actuando en ejecución de un plan común; (ii) la contribución de aquellos miembros del grupo que no llevan personalmente a cabo los elementos objetivos del tipo es con frecuencia vital; y (iii) la gravedad moral de dicha contribución no es normalmente inferior —o de hecho no es diferente— de la derivada de la realización personal de los elementos objetivos del tipo¹⁶⁰.

En opinión del autor, los argumentos de la sentencia de apelación en el caso Tadic explican el porqué nada en el art. 7 (1) ETPIY impide la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Sin embargo, dichos argumentos no justifican la conclusión de la Sala de apelaciones de que el art. 7 (1) ETPIY, y el derecho internacional consuetudinario en general, adoptan un concepto subjetivo de autor y califican a quienes participan en una empresa criminal común

como coautores. Por el contrario, afirmar que lo que justifica la consideración de aquellos miembros de una empresa criminal común que no realizan personalmente los elementos objetivos del tipo como coautores es la naturaleza "vital" de su contribución y la gravedad moral de su conducta (que no es inferior a la de los autores materiales del delito), no parece ser coherente con la idea de que cuando una pluralidad de personas participan en una empresa criminal común, todos son penalmente responsables como coautores con independencia de la importancia objetiva de su contribución, con tal de que realicen la misma con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común.

En realidad, en opinión del autor, los argumentos utilizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic apoyan más bien (i) la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho; y (ii) la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. En este sentido, es importante subrayar que la teoría del dominio del hecho considera autores a todos aquellos que tienen el control sobre la comisión del delito en cuanto que tienen el poder de decidir si el mismo se comete y cómo será cometido; en otras palabras, aquellos cuyas contribuciones son vitales y cuya conducta tiene una gravedad moral que de ninguna manera es inferior a la de quienes realizan personalmente los elementos objetivos del tipo.

e) La doctrina de la empresa criminal común y la teoría del dominio del hecho en las legislaciones nacionales

La sentencia de apelación en el caso Tadic afirma que sus conclusiones se encuentran también en consonancia con las legislaciones nacionales. En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY explicó cómo la doctrina de la empresa criminal común es aplicada en numerosos sistemas nacionales¹⁶¹, aunque la configuración de su alcance y naturaleza varíe dependiendo de cada sistema¹⁶². Como ejemplos, la Sala de apelaciones mencionó los sis-

temas de Alemania, Holanda, Italia, Francia, Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos, Australia y Zambia¹⁶³.

En opinión del autor, la Sala de apelaciones del TPIY no erró al afirmar que la doctrina de la empresa criminal común se configura como una forma de participación punible en la gran mayoría de los sistemas penales del mundo. Sin embargo, otra cosa muy distinta es concluir que el concepto subjetivo de autor, y la correspondiente distinción entre autoría y participación sobre la base de un criterio subjetivo, es también acorde con los principales sistemas penales nacionales.

En opinión del autor, esta última conclusión no encuentra apoyo en las fuentes mencionadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic. De hecho, excepto en el caso de Australia, la gran mayoría de las jurisdicciones de *common law* —incluyendo Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos y Zambia— configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Esto es así porque, en estas jurisdicciones, autores son únicamente: (i) quienes realizan físicamente los elementos del tipo objetivo del delito; y (ii) quienes excepcionalmente pueden ser considerados como tales en aplicación de las doctrinas de *vicarious liability* o de *innocent agency*¹⁶⁴. Además, de las cuatro jurisdicciones de Europa continental citadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic en apoyo de sus conclusiones, (i) Italia ha acogido un concepto unitario de autor que rechaza la distinción entre autoría y participación; y (ii) en los últimos 25 años, la jurisprudencia alemana ha alternado entre un concepto subjetivo de autor y un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho¹⁶⁵.

Además, la sentencia de apelación en el caso Tadic no prestó ninguna atención a la abundante jurisprudencia nacional que aplica un concepto de autor distinto del concepto subjetivo de autor. Por una parte, las jurisdicciones de *common law* acogen un concepto objetivo formal de autor, y ni tan siquiera los supuestos excepcionales recogidos en las doctrinas de

vicarious liability o de *innocent agency* se construyen sobre la base de un criterio subjetivo¹⁶⁶.

Por otra parte, aunque el grado de desarrollo de la teoría del dominio del hecho varía entre las diferentes jurisdicciones nacionales, la misma es reconocida por jurisdicciones nacionales pertenecientes al *common law*, al sistema romano-germánico, y al *civil law* en general desde hace tiempo. Así, jurisdicciones de *common law* como Australia¹⁶⁷, Canadá¹⁶⁸, Sudáfrica¹⁶⁹, Inglaterra y Gales¹⁷⁰, y los Estados Unidos¹⁷¹ han aplicado tradicionalmente la teoría del dominio del hecho para condenar como autores mediatos a quienes utilizan un *innocent agent* como instrumento para cometer el delito. En estos casos, se considera que la persona de atrás tiene el control del delito porque su voluntad dominante controla la voluntad de la persona que realiza físicamente los elementos objetivos del tipo.

Las jurisdicciones nacionales pertenecientes al sistema romano-germánico, como la española¹⁷², la alemana¹⁷³ o la argentina¹⁷⁴, por solo poner algunos ejemplos¹⁷⁵, así como otras jurisdicciones nacionales pertenecientes a lo que en general se conoce como sistemas de *civil law*, como Francia¹⁷⁶ y Suiza¹⁷⁷, han aplicado la teoría del dominio del hecho en sus diversas manifestaciones, y en particular para calificar (i) como autor mediato a quien utiliza a otro como instrumento para cometer el delito, ya sea este último un *innocent agent* o una persona plenamente responsable considerada como fungible dentro de la estructura organizada de poder a la que pertenece; y (ii) como coautor a quien tiene una función esencial en la comisión de un delito por una pluralidad de personas.

En consecuencia, tal y como FLETCHER ha señalado, la autoría mediata, que es una de las manifestaciones más importantes de la teoría del dominio del hecho, es aplicada prácticamente en todos los sistemas nacionales¹⁷⁸. En opinión del autor, la importancia de esta práctica a nivel nacional es, si cabe, mayor si se tiene en cuenta que, tal y como hemos visto, la gran mayoría de los convenios nacionales e internacionales no dan contenido al concepto

de autor ni elaboran el criterio para distinguir entre autoría y participación, dejando el desarrollo de estas cuestiones a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar dichos convenios.

f) Conclusión

En opinión del autor, el análisis desarrollado hasta aquí permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, tal y como la sentencia de apelación en el caso Tadic ha afirmado, existen numerosas fuentes que apoyan la conclusión de que conforme al derecho internacional consuetudinario —y, por lo tanto, de acuerdo con los arts. 7(1) ETPIY y 6 (1) ETPIR— quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables por los delitos cometidos en ejecución del propósito criminal común. Por lo tanto, siguiendo a la sala de apelaciones del TPIY, no cabe sino afirmar que “cuando una pluralidad de personas participan en la ejecución de un propósito o plan común, todos son responsables de los delitos que forman parte del mismo con independencia de su grado o forma de participación, siempre y cuando hayan actuado con el deseo de cometerlo”¹⁷⁹.

En segundo lugar, los tratados internacionales, la jurisprudencia relativa a casos de la Segunda Guerra Mundial, los principios generales de derecho penal internacional y la legislación y la jurisprudencia nacional analizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic no justifican la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario —y, por lo tanto, los arts. 7(1) ETPIY y 6 (1) ETPIR— adoptan un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común, de manera que quienes participan en una empresa de este tipo son penalmente responsables a título de coautores¹⁸⁰. Por el contrario, las fuentes analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic, apoyan en gran medida la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En tercer lugar, existe un número importante de fuentes adicionales que no han sido analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic —entre las que se incluyen ciertos convenios internacionales y regionales, la primera jurisprudencia de la CPI, y en particular la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, así como la legislación y la jurisprudencia de numerosas jurisdicciones nacionales— que adoptan un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En cuarto lugar, aunque la legislación y la jurisprudencia nacionales que se decantan por un concepto objetivo formal de autor (en particular en las jurisdicciones de *common law*) no es lo suficientemente amplia como para que pueda afirmarse que este es el concepto de autor adoptado por el derecho internacional consuetudinario (sobre todo a la luz del papel esencial que líderes políticos y militares juegan con frecuencia en la comisión de delitos internacionales a pesar de encontrarse lejos de la escena del crimen), no pueden dejar de ser tenidas en consideración al analizar las cuestiones abordadas en esta sección.

Finalmente, la creciente aplicación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho a nivel nacional e internacional —y el hecho de que, en opinión del autor, este es el concepto que mejor se adapta a la naturaleza de los delitos internacionales porque permite calificar como autores a aquellos líderes políticos y militares que juegan un papel clave en la comisión de los mismos, y cuya gravedad moral no es inferior a la de los subordinados que llevan a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo— no permite necesariamente concluir que las distintas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho son actualmente parte de la costumbre internacional (o eran parte de la misma en el momento en el que el conflicto en la ex Yugoslavia comenzó en 1991 o la situación en Ruanda alcanzó una gravedad inesperada en 1994).

En consecuencia, en opinión del autor, no es posible concluir que a día de hoy el derecho

internacional consuetudinario se haya decantado de manera definitiva por un determinado concepto de autor (ya sea este el objetivo formal, el subjetivo o el basado en la teoría del dominio del hecho); y esto a pesar de que la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional analizada muestra una creciente aplicación de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho.

3. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

La segunda cuestión de las tratadas por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga que el autor ha decidido abordar en este artículo es la relativa a la definición del concepto de conflicto armado en el art. 8 ER, y a su distinción de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. En este sentido, conviene subrayar que la importancia de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga es mayor si cabe en el marco del ordenamiento jurídico español puesto que, al no contener los arts. 608 a 614 bis del Código penal español una definición del concepto de conflicto armado, será necesario acudir para su interpretación a lo que disponen los instrumentos internacionales de los que España es parte —lo que incluye tanto el ER, como la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga en cuanto que se trata de la jurisprudencia de la CPI que hasta la fecha es más relevante en relación con la definición del concepto de conflicto armado.

En este sentido, es importante señalar que el concepto de conflicto armado constituye el elemento clave en la regulación de los crímenes de guerra contenida tanto en el Código penal español como en el ER porque, además de delimitar la frontera del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, constituye un elemento indispensable del tipo objetivo de todos y cada uno de los crímenes de guerra allí recogidos. De manera que la conducta

debe producirse en el seno de una situación de conflicto armado para que pueda calificarse como crimen de guerra; de lo contrario, podrá únicamente ser considerada como un delito ordinario de homicidio, de lesiones, de ataque contra la dignidad de la persona, de abuso sexual o, incluso, como un acto de terrorismo cometido en tiempos de paz¹⁸¹. Es por ello que los arts. 608 a 614 bis exigen que la conducta se cometa “con ocasión de un conflicto armado”, mientras que los EC de cada uno de los crímenes de guerra previstos en el art. 8 ER requieren que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado”.

Si bien los artículos 609 a 614 CP requieren únicamente que la conducta de que se trate se desarrolle “con ocasión de un conflicto armado”, sin distinguir entre conflictos armados internacionales y conflictos armados de carácter no internacional (de manera que con independencia del carácter internacional o no internacional del conflicto el ámbito de las conductas tipificadas es exactamente el mismo¹⁸²), la distinción entre conflictos armados de carácter internacional y de carácter no internacional no sólo se encuentra en la raíz del propio derecho internacional humanitario, sino que se recoge también en el art. 8 ER y en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

En relación con los conflictos armados de carácter internacional, la decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, ha ratificado la interpretación del art. 2 común a los Convenios de Ginebra realizada por la jurisprudencia del TPIY en lo que se refiere a los criterios aplicables para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter internacional. Así, para la SCP I, un conflicto armado tiene un carácter internacional: (i) cuando dos o más Estados recurren a la fuerza armada para solucionar sus divergencias, incluyendo los supuestos de ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, con independencia de que tal ocupación encuentre o no resistencia militar; o (ii) cuando un conflicto armado, que en principio tiene un carácter no internacional, se internacionaliza como resultado de la intervención directa de

las fuerzas armadas de un tercer Estado, o a raíz de la intervención indirecta de un tercer Estado sobre la base del criterio del “control de conjunto” tal y como ha sido elaborado por la sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic¹⁸³. Sobre la base de esta interpretación, la SCP I llegó a la conclusión de que, a la luz de la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos, el conflicto armado ocurrido en el territorio de Ituri desde Julio de 2002 hasta junio de 2003 tenía un carácter internacional debido a la ocupación a la que se encontraba sometido parte de dicho territorio por las fuerzas armadas ugandesas¹⁸⁴.

En relación con los conflictos armados de carácter no internacional, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga aborda en primer lugar el problema de si los mismos se extienden a las situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí; o si, por el contrario, se requiere en todo caso la intervención de las fuerzas armadas gubernamentales para la calificación de una situación de crisis como conflicto armado. La SCP I ha resuelto este problema mediante la calificación como conflicto armado de carácter no internacional de la situación de enfrentamientos entre varios grupos armados organizados (UPC/FPLC, FNI y PUSIC) en el territorio del distrito de Ituri (República Democrática del Congo) en el segundo semestre de 2003¹⁸⁵, una vez que las fuerzas armadas ugandesas se retiraron del territorio de Ituri a primeros de junio de 2003¹⁸⁶. Con ello, la SCP I no hace sino ratificar la jurisprudencia del TPIY que ha afirmado de manera reiterada que, como resultado de la evolución de la costumbre internacional desde la aprobación del PA II en 1977, existe actualmente un único concepto de conflicto armado de carácter no internacional en el que se incluyen las situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí¹⁸⁷.

La decisión de confirmación de cargos también aborda la cuestión relativa a los requisitos de organización e intensidad que se exigen a las partes contendientes para que se pueda hablar de conflicto armado. A este respecto, conviene

recordar que, el art. 3 común a los cuatro Convenios describe únicamente las obligaciones de las partes contendientes cuando “un conflicto armado que no sea de índole internacional” surge en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, pero no precisa lo que entiende específicamente por conflicto armado. Ahora bien, en el comentario del CICR a esta disposición, se subraya que no fue la intención de sus redactores que la misma se aplicase a cualquier acto de violencia armada (como actos de anarquía, motines o actos de criminalidad ordinaria), sino sólo a situaciones en las que se producen hostilidades entre las fuerzas armadas de dos o más bandos —es decir, situaciones que, al margen de la personalidad jurídica internacional de las partes contendientes, tienen una naturaleza similar a los conflictos armados internacionales si bien se producen en el territorio de un único Estado¹⁸⁸.

El PA II desarrolla la normativa aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional que se contiene en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, y, al mismo tiempo, adopta una serie de criterios que permiten distinguir las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. Así, el art. 1(1) PA II delimita el ámbito de aplicación del Protocolo II Adicional a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Por lo tanto, se requiere, en primer lugar, que los grupos armados implicados en el conflicto tengan un cierto grado de organización interna, lo que incluiría una cierta estructura jerárquica que asegure tanto un control operacional por un mando responsable, como un control disciplinario que permita imponer la aplicación de la normativa del Protocolo II Adicional. Además, se exige que dichos grupos armados tengan la capacidad

para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera continuada a raíz del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado¹⁸⁹.

Sin embargo, en noviembre de 1995, la Sala de apelaciones del TPIY, en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, adoptó una definición de conflicto armado, que desde entonces ha sido aplicada de manera reiterada por la jurisprudencia del TPIY¹⁹⁰, en la que se afirma la existencia de un conflicto armado siempre que se recurra a la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos últimos entre sí, dentro del territorio de un Estado¹⁹¹. Lo que más destaca de esta definición es la eliminación del requisito de que los grupos armados organizados involucrados en el conflicto deban controlar una parte del territorio del Estado afectado¹⁹². De esta manera, se extiende el abanico de situaciones que pueden ser calificadas como conflicto armado (y en las que, por lo tanto, sería aplicable el derecho internacional humanitario), al mismo tiempo que se hace más tenue la línea que divide las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos, y en particular aquellos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista¹⁹³.

En consecuencia, desde el caso Tadic la jurisprudencia del TPIY ha afirmado repetidamente que para la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional es suficiente con que los grupos armados organizados que intervienen en el mismo: (i) tengan una organización interna suficiente, de manera que actúen bajo un mando responsable, tengan un sistema disciplinario interno que les permita imponer a sus miembros el respeto por el derecho internacional humanitario, y tengan una estructura interna que les permita planear y ejecutar de manera concertada operaciones durante un cierto periodo de tiempo; y (ii) tengan la capacidad logística y operacional —además de la estructural— necesaria para recurrir efectivamente a un cierto nivel (intensidad) de violencia durante un cierto periodo de tiempo.

Ahora bien, en opinión del autor, la distinción entre situaciones de conflicto armado y situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista tiene tal trascendencia que no puede dejarse en semejante grado de indeterminación: lo que está en juego es nada más y nada menos que la aplicación del derecho internacional humanitario y la correspondiente inaplicación de aquella parte de la legislación nacional procesal ordinaria, así como de la especial antiterrorista, que sea incompatible con el mismo —lo que supondría, *sir ir más lejos*, la calificación de los actos de violencia contra los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que participan en la lucha antiterrorista como ataques legítimos contra objetivos militares, o el derecho de los miembros de estos cuerpos a disparar directamente, sin necesidad de tan siquiera dar el alto, contra los integrantes de los denominados “grupos terroristas” (que en realidad tendrían la consideración de grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado). Por ello, a falta de un criterio alternativo generalmente aceptado que permita superar la inseguridad jurídica generada por la jurisprudencia del TPIY en relación con la frontera que separa las situaciones de conflicto armado de aquellas otras situaciones de tensiones o disturbios internos generadas por sucesivos actos de violencia terrorista, parece necesario retomar el requisito del control de una parte del territorio del Estado afectado por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, tal y como se exige en la definición de conflicto armado de carácter no internacional prevista en el art. 1 (1) PA I¹⁹⁴.

Es precisamente en este marco en el que la Decisión de la SCP I en el caso Lubanga tiene una particular relevancia. Así, la SCP I, tras analizar el distinto contenido del concepto de conflicto armado de carácter no internacional en el art. 1 (1) PA II y en la jurisprudencia del TPIY¹⁹⁵, parece reconocer implícitamente en esta decisión que una cosa es el recurso a la fuerza armada durante un cierto periodo de tiempo (lo que se corresponde con la definición

de conflicto armado de carácter no internacional adoptada por la jurisprudencia del TPIY), y otra cosa es la existencia de un conflicto armado que tenga un carácter “prolongado” tal y como requiere el art. 8 (2) (f) ER¹⁹⁶.

De hecho, la SCP I subraya en primer lugar que el párrafo 2 (f) del art. 8 ER pone un énfasis particular en el carácter “prolongado” del conflicto armado¹⁹⁷, para a continuación señalar que en el caso del conflicto armado en el distrito de Ituri entre junio y diciembre de 2003, los grupos armados organizados involucrados en el conflicto —y en particular la UPC y su brazo armado les FPLC, el PUSIC y el FNI— controlaban una parte del territorio de dicho distrito¹⁹⁸. Con ello parece retomarse, al menos en relación con los delitos recogidos en el párrafo 2 (e) del art. 8 ER, el requisito del control del territorio exigido por el art. 1 (1) PA II, según el cual los grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado de carácter no internacional deben tener la capacidad para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera concertada y sostenida en virtud del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado¹⁹⁹.

La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga es particularmente significativa dado que el art. 8 ER recoge únicamente una definición negativa del concepto de conflicto armado de carácter no internacional, conforme a la cual no constituyen situaciones de conflicto armado “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros análogos”²⁰⁰. Además, los Elementos de los Crímenes ni definen cuál es el contenido de la noción de conflicto armado de carácter no internacional (en realidad ni tan siquiera enumeran los criterios que una determinada situación de crisis dentro del territorio de un Estado debe cumplir para ser calificada como conflicto armado), ni ofrecen ninguna ayuda para responder a los interrogantes abiertos por el ER en relación con la posible adopción por el mismo de más de una categoría de conflicto armado de carácter no internacional. De manera que se deja en manos de la juris-

prudencia de la CPI la tarea de determinar el contenido del concepto de conflicto armado de carácter no internacional; para lo que, además de contar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales arriba mencionados²⁰¹, deberá prestar particular atención al art. 21(3) ER, que supedita el recurso al derecho internacional humanitario como instrumento de interpretación de las disposiciones contenidas en el ER a que las soluciones ofrecidas por el mismo sean compatibles con los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Por esta razón, decisiones como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de La Tablada podrían ser relevantes a la hora de delimitar la frontera entre situaciones de conflicto armado y situaciones de tensiones o disturbios internos en las que el derecho internacional humanitario no es aplicable²⁰². El problema es que esta decisión se aleja todavía más del concepto de conflicto armado previsto en el art. 1(1) PA I, y particularmente de la necesidad de control de una parte del territorio por el grupo armado organizado que se enfrenta a las fuerzas armadas gubernamentales, y se aproxima, si bien estableciendo unos estándares todavía menos exigentes, a la definición de conflicto armado desarrollada por la jurisprudencia del TPIY.

De ahí la relevancia de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga puesto que, a pesar de lo dispuesto en el art. 21(3) ER, se aleja definitivamente de lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de La Tablada, al requerir, al menos implícitamente, de manera adicional que los grupos armados organizados de que se trate ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita llevar a cabo operaciones militares concertadas de manera sostenida.

En consecuencia, también a los efectos de la aplicación de los arts. 608 a 614 bis del Código penal español, el concepto de conflicto armado deberá interpretarse como incluyendo aquellas situaciones de enfrentamiento en el territorio de un Estado entre grupos armados organizados entre sí, o entre estos y fuerzas

gubernamentales, en las que dichos grupos, además de una estructura interna suficiente, de un cierto nivel de intensidad en el recurso a la violencia o de un cierto periodo de tiempo durante el cual se recurre a la misma, ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita realizar operaciones militares concertadas de manera sostenida. Será a la luz de estos criterios desde los que habrá que analizar si situaciones de crisis como las provocadas por la actuación de

ETA en España, del IRA en el Reino Unido, del Ejército de Liberación Kosovar en Kosovo o de las FARC en Colombia, por poner sólo algunos ejemplos, deben ser o no calificadas conforme a los arts. 608 a 614 bis CP como situaciones de conflicto armado.

NOTAS

1. Las decisiones y escritos de las partes que tienen un carácter público pueden encontrarse en el página web oficial de la CPI: http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0107/c0107_doc.html.
2. SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of the Charges, de 29 de enero de 2007, documento núm.: ICC-01/04-01/06-803-tENG (referida en el texto como “decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga”). Esta decisión se encuentra disponible en su versión inglesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf, y en su versión francesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803_French.pdf. Las citas realizadas en este artículo hacen referencia a la versión inglesa de la decisión.
3. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 167 a 237, y en particular los párrafos 220, 236 y 237.
4. Según la SCP I, el conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta el momento que UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad la SCP I consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional. Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236 y 237.
5. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 249, 253, 254 y 258.
6. *Ibid.*, párrafos 266 y 267.
7. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.
8. Concurring, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle: 2005: 212-213.
9. SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, de 10 de febrero de 2006, documento núm.: ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como “decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga”), párrafo 78. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I de la decisión núm ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.
10. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.
11. El art. 6 (a) del estatuto del IMT y art. 5 (a) del estatuto del IMTFE definen los contra la paz como “el planeamiento, la preparación, la iniciación o el desarrollo de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, así como la participación en un plan común o en una conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores.” (traducción del autor).
12. Conforme al art. 6 (c) del estatuto del IMT y al art. 5 (c) del estatuto del IMTFE, “los líderes, organizadores, instigadores, y cómplices que participan en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos arriba mencionados son responsables por todos los actos llevados a cabo en ejecución de dicho plan” (traducción del autor).
13. Ambos: 2005: 275 *et seq.*
14. Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

15. El art. II.1 (a) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania define los delitos contra la paz como “la iniciación de la invasión de un tercer país o de una guerra de agresión en violación de tratados y normas internacionales, de acuerdos o de garantías, así como la participación en un plan común o conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores” (traducción del autor).

16. El art. II (2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente a continuación de las definiciones de los delitos, prevé que “cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si (a) fue autor del delito; (b) si fue partícipe, o ordenó or encubrió el mismo; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1 (a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, cobeligerantes o satélites, o ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países” (traducción del autor).

17. Ambos: 2005: 75 *et seq.*, y Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

18. En particular los arts. 7 (1) ETPIY y 6 (1) ETPIR.

19. Conforme al art. 2 (3) del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), “todo individuo será penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20 si (a) comete intencionalmente el delito; (b) ordena la comisión del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (c) no previene, o no castiga, la comisión del delito cuando se produzcan las circunstancias previstas en el artículo 6; (d) con conocimiento, actúa como cómplice, encubridor o asiste de otra manera, directa o indirecta, en la comisión del delito, incluyendo el suministro de los medios para llevarlo a cabo; (e) participa directamente en el planeamiento o en la conspiración del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (f) incita directa y públicamente a otra persona para cometer el delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; e (g) intenta cometer el delito mediante actos que dan comienzo a su ejecución, pero el delito no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. (traducción del autor).

20. Werle: 2005: 211.

21. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 229.

22. Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Kordic, párrafo 373.

23. Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Krstic, párrafo 642.

Esta distinción fue también adoptada en los párrafos 240 a 273 de la sentencia de primera instancia en el caso Kvočka, donde se afirma que quienes participan en una empresa criminal común sin llevar a cabo personalmente ninguno de los elementos objetivos del tipo pueden ser penalmente responsables: (i) como coautores si contribuyen a la ejecución del plan común compartiendo el deseo (dolo directo de primer grado) de hacer realidad el propósito criminal común; o (ii) como partícipes si llevan a cabo su contribución sin dicho deseo, pero a sabiendas de que su conducta facilitará la ejecución del propósito criminal común.

24. Traducción del autor. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31. Vid. también el párrafo 20 de dicha decisión.

25. Sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 30 y 73.

26. Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafos 95, 102 y 111.

27. Sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33.

28. Sentencia de apelación en el caso Krstic, párrafos 134, 137 y 266 a 269.

29. Sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafos 79 y 91.

30. Sentencia de apelación en el caso Simic, párrafos 243 y 265.

31. Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafos 431, 434 and 444-450. La Sentencia de apelación en el caso Stakic, si bien señala que la doctrina de la empresa criminal común es parte de la costumbre internacional y, por tanto, es aplicable ante el TPIY (párrafo 62), no afirma expresamente que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de meros partícipes). Sin embargo, la Sala de apelaciones parece adoptar implícitamente esta posición porque apenas si reduce la pena impuesta a Milomir Stakic tras condenarle por su participación en una empresa criminal común en lugar de como coautor mediato tal y como había hecho la Sala de primera instancia.

32. Sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik case, párrafos 79 a 81.
33. Sentencia de primera instancia en el caso Martic, párrafos 435 and 440.
34. Sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77.
35. Traducción del autor. Voto particular del juez Hunt en la Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31.
36. Traducción del autor. Van Sliedregt: 2007: 190.
37. Sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006 en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389).
38. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).
39. En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY, en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23 a 26), ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por Barret/Little, L.E.: 2003: 30 *et seq.* Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que es difícil de distinguir del concepto de conspiración. Vid. también Fichtelberg: 2006: 165.
40. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 96), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en los casos Krajisnik (párrafo 883).
41. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočka (párrafos 82, 83 y 89), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Vid. también la sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).
42. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 228 y 229), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafos 97 y 98) y Brdanin (párrafo 263). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krajisnik (párrafo 883).
43. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 84), Vasiljevic (párrafo 97), Kvočka (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 157) y Krajisnik (párrafo 879). En el mismo sentido, Bogdan: 2006: 82.
44. Gustafson: 2007: 141. La necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común ha sido subrayada por Danner/Martinez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 89.
45. La jurisprudencia del TPIY ha clarificado este aspecto al distinguir entre la doctrina de la empresa criminal común y la categoría de la complicidad. Vid. en particular las sentencias de apelación en los casos Tadic (párrafo 229) y Vasiljevic (párrafo 102) Vid. también la decisión de apelación de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20) y la sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik (párrafo 885).
46. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltrato (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de los supuestos de empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. Vid. Van Sliedregt: 2007: 186. Vid. también, las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 93 y 94), Kvočka (párrafo 82) y Brdanin (párrafo 365). Por su parte, responsabilidad penal por los delitos cometidos por otros miembros de la empresa criminal común en ejecución de la misma que, a

pesar de no ser parte del propósito criminal común, es previsible que puedan producirse durante su ejecución (también conocidos como “delitos previsible”), surge únicamente si se comparte el deseo del resto de participantes en la empresa criminal de que los delitos que forman parte del propósito criminal común sean cometidos. Vid. las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Vasiljevic (párrafo 101) y Blaskic (párrafo 33). Vid. también Van de Wilt: 2007: 96 y Van Slidregt: 2007: 186.

47. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 327.

48. Van Slidregt: 2007: 189-190.

49. Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafos 21 y 29.

50. Ibid, párrafos 21 y 29.

51. Ibid, párrafos 20 y 31. La Sala de apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la defensa de que la práctica de los estados analizada por la sentencia de apelación en el caso Tadic es demasiado limitada como para justificar la consideración de la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. En este sentido, la Sala de apelaciones manifestó expresamente en el párrafo 29 de la decisión que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso Tadic porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común era parte de la costumbre internacional ya en 1992. Finalmente, al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de apelaciones en el párrafo 20 de la decisión remarcó el hecho de que esto es así porque quienes participan en la misma deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Como consecuencia, las sentencias de la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Vasiljevic (párrafo 95), Kvočka (párrafo 79), Krnojelac (párrafos 29 y 30) y Krstic (párrafo 134).

52. Sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana, párrafos 462 a 468.

53. Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIR sobre la empresa criminal común en el caso Karemera, de 12 de abril de 2006, párrafo 13.

54. Sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi, párrafo 158.

55. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 329.

56. Welzel: 1939: 491-466.

57. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

58. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 330.

59. Contra la consideración de este elemento subjetivo se han manifestado, Against considering the subjective element, see Gimbernat Ordeig: 1966: 124 et seq., y Díaz y García Conlledo: 1991: 573 et seq.

60. Roxin: 2000: 122 et seq.

61. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

62. Roxin: 2000: 127 et seq. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (i).

63. Roxin: 2000: 141 et seq. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (ii).

64. Mir Puig: 2002: 385, Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Num. 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 6 y Wessels/Beulke: 2001: No. 526.

65. Roxin: 2000: 141 et seq. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii). Entre los autores alemanes que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar, entre otros: Jescheck/Weigend, T: 1996: 674; Otto: 2000: No. 57 y Jakobs: 1991: parágrafo 21/35. nota al pie 86 (este último aunque usa un terminología diferente, sigue la distinción entre el control de la acción, el control de la voluntad y el co-dominio funcional del hecho. Entre los autores españoles que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar entre otros muchos: Mir Puig: 2002, p. 385; Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-454; y Pérez Cepeda: 1997: 417.

66. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333-338.
67. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 340 y 341. Esta decisión confirma lo dispuesto en la decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, donde la SCP I había ya señalado que el art 25 (3)(a) ER adopta la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, y que la misma podría ser aplicable al papel presuntamente desempeñado por Thomas Lubanga en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía. Esta es también la opinión de Ambos: 1999: 479 y Gómez Benítez: 2002: 1121-1138.
68. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.
69. Ibid, párrafo 334.
70. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.
71. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (paragraph 249), Aleksovski (paragraph 61), Kunarac (paragraph 391), Krnojelac (paragraph 88) y Oric (paragraph 282).
72. En el mismo sentido, Ambos: 1999: 481 y 484.
73. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.
74. Fletcher/Ohlin: 2005: 549.
75. Idem.
76. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.
77. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Ver también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quien es coautor por su participación en una empresa criminal común y quien es meramente cómplice es esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura.
78. Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 46), Vasiljevic (párrafo 102), Krstic (párrafos 140 y 141), Simic (párrafo 86) y Blagojevic (párrafo 127). Vid. también, Kittichaisaree: 2001: 245.
79. La misma opinión es mantenida por Ambos: 1999: 484-485, y Werle: 2007: 958-961 y 974.
80. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335. En este sentido, Fletcher/Ohlin:2005: 549 han señalado que el art. 25 (3) (d) ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque (i) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deso de que se materialice) y (ii) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en la misma como coautores, mientras que el art. 25 (3)(d) ER es una forma residual de participación.
81. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.
82. Ibid, párrafos 329, 335, 337, 338 y 341. Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227-228), Furundzija (párrafo 118), Kupreskic (párrafo 772), Celebici (párrafos 365-366) y Krnojelac (párrafo 29), las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Kordic (párrafo 397), Krstic (párrafo 601), Kvocka (párrafo 265), Krnojelac (párrafo 81), Vasiljevic (párrafo 65), Stakic (párrafo 431) y Simic (párrafo 149), y la decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 20 *et seq*). Vid. también Olásolo/Pérez Cepeda: 2004: 476-478, nota al pie 6.
83. Olásolo: 2008: sección II.4.

84. Olásolo: 2005: 25. Vid. también Triffterer: 1999: 318-319.
85. Olásolo: 2007: 152.
86. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 342. Vid. también Roxin: 2000: 141 et seq, Jescheck/Weigend: 1996: 674, Otto: 2000: No. 57, y Perez Cepeda: 1997: 417.
87. Roxin: 2000: 141 et seq, Kühl: 2002: No. 99, Tröndle/Fischer: 2003:§ 25 No. 6, y Wessels/Beulke: 2001: No. 526. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).
88. Roxin: 2000: 141 et seq, Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Nos. 103 y 112, y Wessels/Beulke: 2001: No. 528. Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.
89. Lo mismo ha venido ocurriendo a nivel nacional en casos como el juicio de las juntas en Argentina o del muro de Berlín en Alemania. Vid. Olásolo/Pérez Cepeda: 2004: 494-497.
90. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368.
91. Ibid, párrafo 373.
92. Ibid, párrafo 375 (a) y (b).
93. Ibid, párrafos 375 (c) y 376.
94. Traducción del autor. Ibid, párrafo 374.
95. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 96.
96. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377 (i).
97. Ibid, párrafo 378.
98. Ibid, párrafo 377.
99. Ibid, párrafos 397 y 398.
100. Ibid, párrafo 383 (i).
101. Ibid, párrafo 383 (ii).
102. Ibid, párrafo 383 (ii) y (iii).
103. Ibid, párrafo 398.
104. Idem.
105. Ibid, párrafos 404 (i) y 408.
106. Ibid, párrafos 404 (ii) y 408.
107. Ibid, párrafos 352 a 355.
108. Ibid, párrafo 409.
109. Ibid, párrafo 410.
110. Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

111. Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočca (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883) cases.
112. Como Ambos: 2007: 159 y 161 ha señalado, la doctrina de la empresa criminal común se remonta a la sentencia de apelación en el caso Tadic y la jurisprudencia posterior ha seguido en gran medida lo allí establecido. Vid. también Danner/Martinez: 2005: 150-151, Cassese: 2007: 110-111, Van Sliedregt: 2007: 185 a 187, Van del Wilt: 2007: 96 y Gustafson: 2007: 136-139.
113. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 226.
114. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333 a 338.
115. Sentencia de apelación en el caso Brđjanin, párrafos 410 a 414.
116. Ibid, párrafo 412.
117. Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafos 16 a 18, notas al pie 29 a 33.
118. Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafo 16.
119. Caso entre Colombia y Perú relativo a la cuestión del asilo, 1950, CIJ Rep. 26, 276 (Nov. 20). Vid. también Brownlie: 1998: 4-11 y Akehurst: 1974: 1 et seq.
120. Caso relativo a la plataforma continental del mar del norte, 1969 CIJ Rep. 3, 44 (Feb. 20).
121. Caso entre Nicaragua y lo EEUU, relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 CIJ Rep. 14, 98 (June 27).
122. Bassiouni: 2003: 222. Vid. también Brownlie, I: 1998: 4-11, Akehurst: 1974: 1 et seq.
123. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 222 y 223.
124. Adoptado en la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de julio de 1998 con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Entró en vigor el 1 de julio de 2002, y en la actualidad hay 139 estados signatarios y 105 estados partes.
125. Adoptado por la Resolución 52/164 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 22 de mayo de 2001. En la actualidad hay 145 Estados partes.
126. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 223.
127. Ibid, párrafo 221.
128. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 337. Esta posición también es adoptada por Ambos: 1999: 478-480, y Werle: 2005: 212-213.
129. Traducción del autor. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.
130. Los mismos problemas en la interpretación del art. 25 (3) (d) ER pueden encontrarse en Sentencia de primera instancia (párrafo 216) y de apelación (párrafo 117) del TPIY en el caso Furundžija.
131. Como, por ejemplo, utilizando la fórmula “participando en [la comisión de un delito]”. Vid. el art. II de la Convención Internacional para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 y el art. 3(c)(iv) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Narcóticas y Psicotrópicas de 1988. ^Por su parte, tanto el art. 11 del Corpus Iuris de 2000, como el art. 25(3) RS utilizan la fórmula “[cometiendo un delito] con otro”.
132. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 197. *Trial of Otto Sandrock and three others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holland, on 24th-26th November, 1945, UNWCC, vol. I, p. 35.

133. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 198. *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany* (13-23 August, 1946), judgement of 24 August 1946.
134. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 198. *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, June 11th-26th, 1946, UNWCC, vol. XI.
135. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 199. *Trial of Feurstein and others*, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), judgement of 24 August 1948.
136. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 202. *Trial of Josef Kramer and 44 others*, British Military Court, Luneberg, 17th September-17th November, 1945, UNWCC, vol. II, p. 1.
137. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 205 a 207. *Trial of Erich Heyer and six others*, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18th-19th and 21st-22nd December, 1945, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.
138. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 200. *The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV, p. 3.
139. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 202. *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others*, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15th November-13th December, 1945, UNWCC, vol. XI, p. 5.
140. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 210-213.
141. *Ibid*, párrafo 197. *Hoelzer et al.*, Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 March-6 April 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474).
142. Gillies: 1997: 173.
143. *Ibid*, p. 175.
144. Smith & Hogan: 2005: 168.
145. *Ibid*, p. 169. Vid. También sobre esta cuestión Hamdorf: 2007: 221 a 223, y Van Sliedregt: 2007: 197.
146. Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de marzo de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 215.
147. Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de agosto de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 216.
148. Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de septiembre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.
149. Corte de Casación de Italia, sentencia de 25 de julio de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.
150. Corte de Casación de Italia, sentencia de 15 de marzo de 1948. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
151. Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de octubre de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
152. Corte de Casación de Italia, sentencia de 24 de febrero de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
153. Corte de Casación de Italia, sentencia de 19 de abril de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
154. Corte de Casación de Italia, sentencia, 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

155. Corte de Casación de Italia, sentencia de 23 de octubre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
156. Corte de Casación de Italia, sentencia de 29 de marzo de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
157. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 214 a 219.
158. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 201.
159. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 190.
160. Ibid, párrafo 191.
161. Ibid, párrafos 224 y 225.
162. Ibid, párrafo 225.
163. Idem.
164. Gilles, P., *Criminal Law*, op. cit., pp. 157 and 158, Smith & Hogan, *Criminal Law*, pp. 167- 168, and Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, op. cit., pp. 638 and 639. See also, Hamdorf, K., *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law*, op. cit., pp. 221 to 223, and Van Sliedregt, E., *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide*, op. cit., p. 197.
165. La jurisprudencia alemana ha aplicado con frecuencia el concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el llamado caso del muro de Berlín (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 40, pp. 218 et seq). Vid. also Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 2, p. 151; 9, p. 393; 19, pp. 138 et seq). En este sentido, cabe también recordar que, en España, desde finales de 1980, y por tanto con anterioridad a la aprobación del código penal de 1995, el Tribunal Supremo, mediante sentencias como las de 2 de febrero de 1989 y 4 de octubre de 1994, fue progresivamente abandonando el concepto subjetivo de autor basado en la doctrina del acuerdo previo para adoptar un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. Vid. *Diaz y Garcia Conlledo*,: 1991: 564 et seq.
166. Gilles, P.: 1997: 157-158, Smith & Hogan: 2005: 167-168 y Fletcher: 2000: 638-639.
167. Rush/Yeo: 2000: 662; y Waller/Williams: 2001: 560.
168. La expresión “actually commits it” en la sección 21(1)(a) del Código penal canadiense incluye los supuestos de utilización de un *innocent agent* para cometer el delito. Vid. Tremear’s Criminal Code, Statutes of Canada Annotated: 2003: 61).
169. Snyman: 1995, 246-247.
170. Regina v. Leak [1976] Q B 217; Stringer [1991] 94 Cr. App. R. 13, citado en Read/Seago: 1999: 123, nota al pie 17; y DPP v. K & B [1997], citado por Smith & Hogan: 2005: 167, nota al pie 29.
171. Model Penal Code, sección 2.06(1)-(4). Vid. también State v. Ward, 396 A.2d 1041, 1046 (Md. 1978); y Dressler: 1995: §30.03[A].
172. El art. 28 del Código penal español recoge expresamente la autoría mediata. Esta disposición ha sido, en ocasiones, interpretada por el Tribunal Supremo como abarcando no sólo los supuestos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*, sino también aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (vid., por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 1999. Además, el Tribunal Supremo español ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (vid., por ejemplo, la STS de 13 de diciembre de 2002).
173. La jurisprudencia alemana no sólo ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent* (vid, por ejemplo, Bundesgerichtshof, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 32, p. 41; 35, p. 351), sino que también la aplicado en aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (vid., por ejemplo, el caso del muro de Berlín, Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 2307, así como otros casos posteriores, Bundesgerichtshof 5 StR 98/94 de 26 de julio de 1997 y Bundesgerichtshof 5 StR 176/98 de 28 octubre de 1998). Vid. también a este respecto Köhl: 2002: § 20 No. 73 y Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 3c. Finalmente, la jurisprudencia alemana ha aplicado también la coautoría basada en el codominio funcional del hecho (vid. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 37, p. 291; 38, p. 319, y Bundesgerichtshof, Strafverteidiger 1994, p. 241).

174. La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid. sentencia de la sala de lo penal de Paraná, Section 1ª, 10/11/1987; JA 1988-III-299; Tribunal Nacional Oral Criminal, No. 7, 3/11/1998; JA 2002-I-síntesis. Vid también Fontán Balestra: 1995, § 49. También ha aplicado la autoría mediata en los casos en aquellos casos en los que el hombre de atrás recurre a una estructura organizada de poder para cometer los delitos. Vid, por ejemplo, el juicio contra los nueve miembros de las tres Juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983. Finalmente, la jurisprudencia argentina ha aplicado la coautoría basada en el codominio funcional del hecho en relación con la conducta de los ejecutivos de compañías que han cometido delitos contra el medio ambiente. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 4ª, 22/05/2002 (Caso No. 13/84). Vid también Sancinetti/Ferrante: 1999, pp. 204-212.

175. Otras jurisdicciones del sistema romano-germánico han aplicado también diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho. Vid. por ejemplo la sentencia condenatoria dictada por los tribunales chilenos contra Contreras y Espizona por el asesinato del antiguo ministro de exteriores chileno Orlando Letelie (publicada en la revista Fallos del Mes, año XXXV, noviembre de 1993). Vid. también la reciente sentencia de los tribunales peruanos en la que se condena a Abimael Guzmán, así como el art. 29 (1) del Código penal colombiano (Ley 599 de 24 de julio de 2000).

176. La jurisprudencia francesa ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, chambre criminelle, de 6 de marzo de 1964, en Dalloz, 1964, p. 562. Vid. también Rassat: 1999, No. 325. La jurisprudencia francesa ha castigado también como autor al empresario que ordena a sus empleados cometer el delito (vid. Larguier: 1976: 410 et seq). Finalmente, a la hora de distinguir entre la coautoría y la participación, la jurisprudencia francesa tiene consideración la importancia del papel jugado por el acusado durante la fase de comisión del delito. Vid., por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 25 de enero de 1962, recogida en Bulletin Criminel No. 68.

177. La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. Vid. por ejemplo Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 101 IV 310; y Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 85 IV 23. Ver también Trechsel/Noll: 1998: 199. La Corte Suprema Federal suiza ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (vid. por ejemplo, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 118 IV 399, 120 IV 142, y Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 120 IV 272).

178. Fletcher: 2000: 639. Vid. También el voto particular del juez Iain Bonomy en la decisión de primera instancia del TPIY sobre coautoría mediata en el caso Milutinovic, párrafos 28-30.

179. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 224.

180. La misma conclusión es alcanzada por Bogdan: 2006: 109-111.

181. Pignatelli y Meca: 2003: 159.

182. Ibid, p. 460.

183. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafos 207 a 211. En este sentido, es importante subrayar que, en relación con la cuestión relativa a los requisitos que deben concurrir para que se pueda hablar de intervención indirecta de un tercer Estado en un conflicto armado que no se desarrolla en su propio territorio, la Corte Internacional de Justicia había elaborado en el caso Nicaragua el criterio del "control efectivo" a los efectos de determinar cuando existe responsabilidad del tercer Estado que presuntamente interviene en el conflicto. Según la CIJ, sólo si era posible demostrar que los EEUU tenían un control efectivo sobre la contra nicaragüense durante el conflicto que esta última sostuvo contra las fuerzas armadas del gobierno nicaragüense, se podía afirmar la responsabilidad de los EEUU por ingerencia en los asuntos internos de Nicaragua (Vid. sentencia de 27 de junio de 1986 en el caso de Nicaragua contra EEUU en relación con las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, CIJ Rep., 1986, pp. 64 y 65). Sin embargo, la sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic (párrafo 141) rechazó el criterio del control efectivo e introdujo el criterio del "control de conjunto" (*overall control*) de un tercer Estado sobre una de las partes contendientes, conforme al cual, sólo se puede hablar de intervención indirecta de un tercer Estado (y por tanto de la existencia de un conflicto armado internacional) cuando dicho Estado, además de financiar, entrenar, equipar o dar apoyo logístico a una de las partes contendientes, juega un cierto papel en la organización, coordinación o planeamiento de sus operaciones militares. Ahora bien, este criterio sólo se aplicable cuando la parte contendiente de que se trate es un grupo armado organizado, puesto que si se trata de individuos aislados o de grupos armados no organizados sólo podrá afirmarse su intervención indirecta en el conflicto armado cuando tales individuos o grupos puedan ser asimilados a órganos de dicho Estado o reciban instrucciones del mismo. Tras la sentencia de apelación en el caso Tadic, el criterio del control de conjunto ha sido aplicado de manera reiterada por el TPIY. Sirvan como botón de muestra las sentencias de apelación en los casos Aleksovski (párrafo 147) y Celebici (párrafos 20 et seq). Vid. Sassoli/Olson: 2000: 733 et seq, y Meron: 1998: 236 et seq.

184. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 217 a 220.

185. Ibid, párrafos 227 a 237.

186. Vid. en particular la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70.
187. Idem.. Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Tadic (párrafos 561 y 566), Celebici (párrafo 209), Furundzija (párrafo 59), Aleksovskic (párrafo 43), Jelusic (párrafo 29) y Blaskic (párrafo 63), así como la Decision de primera instancia del TPIY sobre la petición de absolución conforme a la regla 98 en el caso Milosevic (párrafo 15).
188. Pictet: 1952: 49, y Pictet: 1960: 33. En el mismo sentido, vid. decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic, párrafo 15.
189. A este respecto, vid. Sandoz/Swinarks/Zimmermann: 1987: 1352- 1353. Vid. también la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic (párrafo 15) y la decisión sobre la confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 232.
190. Ver entre otras las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Tadic (párrafos 561 y 566), Celebici (párrafo 209), Furundzija (párrafo 59), Aleksovskic (párrafo 43), Jelusic (párrafo 29) y Blaskic (párrafo 63).
191. Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70.
192. Decision de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 233.
193. Olasolo: 2007: sección II.2.1.2.
194. Olásolo/Pérez Cepeda: 2008: sección III.5.5, donde se rechaza la viabilidad de otros posibles criterios alternativos como: (i) el criterio de la finalidad perseguida por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto; (ii) el del carácter no encubierto de los actos de violencia desarrollados por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, o, al menos, el de que los miembros de dichos grupos sean identificables (normalmente mediante un uniforme o insignia) o porten sus armas al descubierto cuando ejecuten tales actos de violencia; (iii) la naturaleza de los objetivos atacados por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto; y (iv) la violación sistemática por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto de la normativa de derecho internacional humanitario que están obligados a respetar.
195. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 232 y 233.
196. Ibid, párrafo 234.
197. Ibidem.
198. Ibid, párrafos 198, 236 y 237.
199. Sandoz/Swinarks/Zimmermann: 1987: 1352- 1353.
200. Art. 8 (2) (d) y (2) (f) ER.
201. Ver en este sentido las repetidas referencias al derecho internacional humanitario como instrumento de interpretación del ER en los arts. 8(2)(b) y (e) y 21(1) ER.
202. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 55/97, Caso nº 11.137 (Argentina), de 30 de octubre de 1997, párrafos 154-156. En este caso, la Comisión señaló que las situaciones de tensiones o disturbios internos incluyen manifestaciones violentas a gran escala, lanzamientos de piedras por estudiantes, secuestros por criminales comunes, o incluso asesinatos de funcionarios del Estado o de miembros del Gobierno por razones relacionadas con la gestión o con las políticas de este último. Ahora bien, en opinión de la Comisión, lo que distingue estas situaciones de crisis interna de la toma del cuartel de La Tablada y de las setenta y dos horas siguientes de enfrentamiento entre los asaltantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas que intentaban retomar el control del cuartel es: (i) la naturaleza concertada de las operaciones llevadas a cabo por los asaltantes; (ii) la intervención directa de las fuerzas armadas gubernamentales; y (iii) la naturaleza y nivel de fuerza armada utilizada. Por ello, en opinión de la Comisión, a pesar de la breve duración del conflicto, los asaltantes planearon cuidadosamente y ejecutaron de manera coordinada un ataque armado contra un objetivo militar y, por lo tanto, la aplicación del derecho internacional humanitario fue activada durante el intervalo de tiempo que duraron las hostilidades.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Akehurst, "Custom as A Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1974.

- Ambos, "Article 25. Individual Criminal Responsibility", en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Ambos, *La Parte General de un Derecho Penal Internacional, La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Traducción de Malarino, E., Duncker & Humblot/Temis/Honrad Adenauer Stiftung, 2005.
- Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in Modern Case Law: The Basics", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Barret/Little, "Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Criminal Tribunals", *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2003.
- Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003.
- Bogdan, "Individual Criminal Responsibility in the Execution of a 'Joint Criminal Enterprise' in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 63-120.
- Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición, 1998.
- Cassese, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol 5, 2007.
- Danner/Martínez, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, 2005, Vol. 93, pp. 75-169.
- Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.
- Dressler, *Understanding Criminal Law*, segunda edición, 1995.
- Eser, "Individual Criminal Responsibility", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, J.R.W.D. (eds.), Oxford University Press, 2000.
- Fichteberg, "Conspiracy and International Criminal Justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006.
- Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, segunda edición, 2000.
- Fletcher/Ohlin, "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 539-561.
- Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1995.
- Gillies, *Criminal Law*, LBC Information Services, cuarta edición, 1997.
- Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966.
- Gómez Benitez, "Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal*, Num. 42, 2002.
- Gonzalez Rus, "Autoría Única Inmediata, Autoría Mediata y Coautoría", *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. XXXIX, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- Gustafson, "The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint Criminal Enterprise Liability", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Hamdorf, "The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, segunda edición, 1991
- Jeschek/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, quinta edición, 1996, p. 674.
- Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.
- Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuarta edición., 2002.
- Larguier, "Chronique de jurisprudence: Droit pénal général", *Revue des Sciences Criminelles*, 1976.
- Meron, "Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", *American Journal of International Law*, Num. 92, 1998.
- Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, sexta edición, 2002,
- Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, quinta edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Olásolo, *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007.
- Olásolo, *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, 2008 (en prensa).
- Olásolo/Pérez Cepeda, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, 2008 (en prensa).
- Olásolo, "Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakic Appeal Judgement", *International Criminal Law Review*, 2007, Vol. 1, pp. 143-162.

- Olásolo/Pérez Cepeda, "The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case", *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004.
- Orto, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, sexta edición, 2000, No. 57
- Perez Cepeda, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, 1997.
- Pictet, *Commentary on I Geneva Convention of the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- Pictet, *Commentary on II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- Pignatelli y Meca, F., *La Sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, 2003.
- Rassat, *Droit Pénal Général*, segunda edición, 1999.
- Read/Seago, *Criminal Law*, 1999.
- Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, séptima edición, 2000.
- Rush/Yeo, *Criminal Law Sourcebook*, 2000.
- Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos, La Protección de los Derechos Humanos mediante el Derecho Penal en las Transiciones Democráticas*, 1999.
- Sandoz/Swinark/Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987.
- Sassoli/Olson, "The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadic case", en *ICRC Review*, Núm. 839, 2000.
- Snyman, *Criminal Law*, 1995.
- Smith & Hogan, *Criminal Law*, undécima edición, Butterworths, Londres, 2005.
- Triffterer, O., "Article 10", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Trechsel/Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, quinta edición, 1998,
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, quincuagésimo-primer edición, 2003,
- Van de Wilt, "Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Van Sliedregt, E., "Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Waller/Williams, *Criminal Law Text and Cases*, 2001.
- Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZSTW 58, 1939.
- Werle, G., "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 953-975.
- Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Translated by Díaz Pita, M.M., Tirant lo Blanch, 2005.
- Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimo-tercera edición, 2001.

AGENTES TRANSNACIONALES Y EFICACIA HORIZONTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una reflexión en torno a la demanda
de Hazel Tau contra Glaxosmithkline y
Boehringer Ingelheim

Ana M. Jara Gómez

El objeto de este artículo se orienta al esbozo de un análisis sobre la eficacia o ineficacia horizontal de los derechos humanos en el ámbito de actuación de los agentes transnacionales, en especial de las corporaciones multinacionales. Desarrollaremos el tema utilizando como punto de partida la demanda interpuesta contra las compañías farmacéuticas Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim por Hazel Tau. Es este un texto, por su extensión y por razones obligadas de modestia, general y exploratorio.

La elección de esta demanda y no otra como hilo conductor de este trabajo, pese a existir litigios similares de mayor proyección internacional sobre los que incluso ha recaído pronunciamiento jurisdiccional, se apoya en dos razones básicas que conviene explicitar. La primera razón que suscita el interés del caso Hazel Tau es que en él se establece una relación entre determinados comportamientos de suje-

tos privados transnacionales y los derechos humanos que no tiene precedentes. La segunda razón es que las pretensiones de los demandantes son novedosas cuando no sorprendentes en tanto en cuanto persiguen de manera amplia que se satisfaga el interés general y, sobre todo, porque sus argumentos van más allá de la exigencia de que se restaure la libre competencia en un mercado concreto. Se produce un desbordamiento del marco jurídico legal en el que habitualmente se dilucidan cuestiones relativas al abuso de posición dominante mediante precios abusivos, actos de exclusión, etc., para colocarnos ante el discurso sobre la eficacia real de los derechos humanos y la incidencia en el mismo de agentes sustraídos al control jurisdiccional, nacional o internacional.

Veamos la demanda, sus argumentos técnicos y los hechos en que se sustenta.

Las empresas farmacéuticas multinacionales Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim fueron demandadas ante la Comisión de la Competencia del Estado de Sudáfrica en fecha 19 de septiembre de 2002. Los demandantes fueron Hazel Tau y otros tres particulares, una trabajadora del sistema sanitario público, tres médicos, el *Congress of South African Trade Unions*, el *Chemical, Energy, Paper, Printing, Wood and Allied Workers Union* y el *Treatment Action Campaign*.

Los hechos en que se apoya la demanda tienen la siguiente secuencia: Glaxosmithkline posee el derecho exclusivo de comercializar en el mercado sudafricano los siguientes medicamentos: Zidovudine (AZT), Lamivudine, Abacavir (ABC), Amprenavir, AZT/lamivudine y AZT/lamivudine/ABC; para el AZT/lamivudine Glaxosmithkline tiene patente en Sudáfrica. Por su parte Boehringer Ingelheim tiene el derecho exclusivo de comercializar Nevirapine (Viramune®) en Sudáfrica.

En la demanda se alega que las compañías han incurrido en la fijación de precios excesivos en perjuicio de los consumidores. Hablamos de un comportamiento monopolístico de las empresas, prohibido en la *Competition Act*, 89 de 1998 ('Ley de la competencia' sudafricana). Es la prohibición que se recoge en el art. 82 apartado 1 TCE en parecidos términos. Estas normas tratan de evitar actuaciones de una o varias empresas que consistan en la explotación abusiva de una posición dominante en un mercado de referencia, afectando al comercio o a los consumidores. Una empresa goza de una posición dominante cuando se encuentra en "una situación de poder económico (...) que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de actuar en buena medida con independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores".

La identificación de una posición dominante requiere, pues, haber definido previamente el mercado de referencia que "tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar

a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva".

En lo que respecta al caso concreto, el mercado geográfico de referencia puede determinarse que éste lo constituye el mercado nacional sudafricano. Tenemos que referirnos a una zona donde se suministran los productos y las condiciones para la competencia son "suficientemente homogéneas". Dado que la regulación para la protección de patentes se produce a nivel nacional y la autorización para el uso y la venta de medicamentos proviene exclusivamente de una institución nacional, el *South African Medicines Control Council*, aparentemente no es difícil limitar el mercado geográfico.

Desde el punto de vista del producto, el criterio principal para identificar el mercado de referencia es el de sustituibilidad de la demanda; consiste en identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate. Especialmente ilustrativa a este respecto es la STJCE *United Brands*, que en su par. 31 afirma, como un elemento, entre otros, para delimitar el mercado que "las bananas tienen determinadas características, como su apariencia, su sabor, su suavidad, el hecho de carecer de semillas, su fácil manipulación y un nivel de producción constante que le permiten satisfacer necesidades continuas de un importante sector de la población compuesto por los más jóvenes, los ancianos y los enfermos". El segundo criterio para identificar el mercado de referencia es el de sustituibilidad de la oferta que consiste en analizar si existe la posibilidad para otras empresas de fabricar los productos en cuestión y comercializarlos a corto plazo (se entiende que sin costes ni riesgos adicionales significativos), lo que, de nuevo, haría el producto no rentable ante una hipotética subida del precio¹.

Nuestro mercado de producto requiere, por tanto, el análisis correspondiente. Hay una serie de datos importantes a tener en cuenta:

ARVs son medicamentos que atacan directamente al virus del VIH (no a las infecciones oportunistas que se asocian a este virus o al virus del SIDA). Los ARVs se combinan en diversos tratamientos que son conocidos con el nombre de *HAART* (*Highly Active Antiretroviral Therapy*), terapia antirretroviral que ha revolucionado la gestión de la enfermedad, obteniendo resultados radicales en la reducción de la morbilidad a la vez que ha logrado la reducción y en algunos casos la eliminación de infecciones oportunistas y la recuperación de la función inmune. Esta terapia implica que al menos tres medicamentos ARVs han de ser tomados simultáneamente; de este modo se puede asegurar la máxima eficacia clínica contra el VIH (reducción de efectos secundarios y limitación de la posible emergencia de cepas resistentes del virus). Los ARVs se combinan en distintos regímenes para permitir a los profesionales médicos poder seleccionar el más óptimo teniendo en cuenta posibles problemas de rechazo o resistencia a los fármacos, incompatibilidad, graves efectos secundarios o tratamientos específicos para colectivos en circunstancias especiales, etc.

Como hemos mencionado anteriormente el *HAART* supone que se administra al paciente una combinación de ARVs siguiendo un régimen seleccionado por un facultativo. Este régimen puede cambiar y a menudo es imprescindible cambiarlo durante la evolución de la enfermedad. Los individuos a quienes les falla, por ejemplo, un régimen con contenido de NNRTIs son potenciales candidatos a un régimen que contenga una combinación de Abacavir triple de nucleósidos (siempre que su carga viral sea <55000 ARN copias/ml) o bien a un régimen inhibidor de proteasa. Por otra parte, en caso de embarazo o lactancia Stavudine y Didanosine están contraindicados porque producen acidosis láctica, y así cada paciente debe ser examinado individualmente para tratarle con un régimen que sea el adecuado y produzca los efectos deseados.

El Comité de Expertos para la selección y el uso de medicamentos esenciales de La Organización Mundial de la Salud (WHO), asegura

en la edición del año 2002 de su 'Lista Modelo de Medicamentos Esenciales' lo siguiente:

"mientras se acepta que existen muchas situaciones médicas donde un medicamento esencial puede ser fácilmente sustituido por otro de una misma clase, permitiendo que un único agente sea el que aparezca en la lista modelo (...), esto no es posible con el tratamiento del VIH. Para ser eficaz, el tratamiento debe instaurarse con tres o cuatro medicamentos simultáneamente, y se necesitan pautas alternativas para satisfacer necesidades específicas al inicio del tratamiento, para sustituir a las pautas de primera línea en caso de toxicidad o para sustituir a las pautas que no son eficaces. El Comité ha considerado diversos modos de colocar estos agentes en la lista modelo y ha acordado finalmente que todos los fármacos recomendados deben aparecer"

En este punto podemos concluir que ningún antirretroviral es sustituible por ningún otro producto equivalente. Cada medicamento antirretroviral es un mercado en sí mismo.

Una vez dibujado el mercado de referencia es necesario establecer que, dentro de él, el comportamiento de una empresa no está condicionado por otros operadores de modo que no está sometida a presiones competitivas efectivas y puede fijar precios por encima del umbral competitivo. Esto desemboca en la adquisición de una posición dominante.

La posición dominante se establecerá tomando en consideración tres factores: la situación en el mercado de la empresa y sus competidores (se atiende principalmente a las cuotas de mercado para saber la importancia de las empresas que operan); las barreras a la expansión y a la entrada de los competidores reales y potenciales, entre las que se encuentran los derechos de propiedad industrial e intelectual; y por último, la posición en el mercado de los compradores.

Así las cosas, también se puede asegurar que Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim son empresas dominantes en los mercados descritos en el Estado de Sudáfrica dado que ninguno de los ARVs objeto de la demanda pueden venderse en la forma de genéricos en el mercado sudafricano debido a la protección de las patentes o los derechos exclusivos.

Pero, en sí mismo, el hecho de tener una posición dominante en un mercado determinado no está prohibido. Lo que está prohibido es el ejercicio abusivo de esa posición dominante. Mencionaremos exclusivamente los supuestos de abuso de posición dominante que nos interesan para comprender la actuación de Glaxosmithkline y Boeringer Ingelheim, las empresas demandadas.

En la *Competition Act* sudafricana una empresa dominante tiene prohibido: establecer un *precio excesivo* en perjuicio de los consumidores; negar a un competidor el acceso a un *elemento esencial (essential facility)* cuando económicamente resulta factible; incurrir en *actos de exclusión abusiva (exclusionary act)*, si su efecto anticompetitivo es superior al beneficio tecnológico, de eficiencia o pro-competitivo que pudiera tener dicho acto (art.8 apdos. a, b y c).

Los productos cuyo precio se alega excesivo son los antirretrovirales: AZT; Lamivudine;

Veamos, en primer lugar, la cuestión de los precios altos como práctica abusiva. El precio de un producto o servicio es excesivo cuando no guarda relación razonable con el valor económico del producto (incluyendo un margen de beneficios).

Idealmente uno debe comparar los precios que de hecho se cargan por el producto en cuestión con los que serían en un mercado competitivo (principio de comparación de los mercados). Nosotros utilizaremos los precios de los medicamentos genéricos para esta comparación dado que no podemos hacerla con los de otras empresas que operan en el mismo sector por las razones que se han expuesto al determinar el mercado.

Los productos que nos interesan, al momento de la demanda, tenían los siguientes precios²:

Producto	Precio para el sector privado medicamento con marca	Oferta de mejor precio internacional del medicamento de marca	Precio del genérico precualificado por la OMS	Oferta de mejor precio internacional del medicamento genérico
AZT (300mg)	674,52 US\$ (694,75 €)	438,00 US\$ (451,14) €	180,00 US\$ (185,40) €	140,00 US\$ (144,20 €)
Lamivudine (150mg)	741,59 US\$ (763,83 €)	234,00 US\$ (241,02) €	100,00 US\$ (103 €)	66,00 US\$ (67,98 €)
AZT/lamivudine (300mg/150mg)	926,98 US\$ (954,78 €)	620,50 US\$ (639,11 €)	265,00 US\$ (272,95 €)	204,00 US\$ (210,12 €)
Nevirapine (200mg)	417,14 US\$ (429,65 €)	438,00 US\$ (451,14) €	166,00 US\$ (170,98 €)	112,00 US\$ (115,36 €)
AZT niños (50mg/5ml solución)	528,14 US\$ (543,98 €)	-	160,60 US\$ (165,41 €)	-
Lamivudine niños (10mg/ml solución)	408,47 US\$ (420,72 €)	-	113,88 US\$ (117,29 €)	-

El segundo criterio para determinar si un precio es abusivo es aplicar el principio de comparación de costes, es decir, tener en cuenta tres factores, que alegan las propias firmas demandadas: los costes de producción, lo invertido en investigación y desarrollo (y el incentivo o prima para que se continúe innovando e investigando) y el margen de beneficios que las empresas, como tales, tienen que obtener (incluyendo aquí posibles licencias).

El objetivo de los demandantes es romper la situación de parálisis que resulta de la inacción del Estado asegurando el acceso al abastecimiento de ARVs asequibles. Y utilizando el marco legal que tienen a su disposición.

La Comisión de la Competencia de Sudáfrica, tras concluir su investigación, declaró que las empresas también habían contravenido la *Competition Act* por cuanto negaron el acceso de los posibles competidores a un elemento esencial (*essential facility*) y actuaron dando lu-

gar a una exclusión abusiva y anticompetitiva (*exclusionary act*).

El análisis del abuso de una posición dominante, como agudamente señalaran Kaptein y VerLoren, “incluye elementos de conducta: ¿Cuál es el efecto de lo que la empresa ha hecho (o dejado de hacer)?”. Es en este punto en el que entra en juego la segunda parte del argumento de los demandantes que, como ya hemos reiterado, alegaban que las compañías han incurrido en la fijación de precios excesivos en perjuicio de los consumidores. Y añaden: “el precio excesivo de ARVs es *directamente responsable* de la muerte prematura, previsible y evitable de niños y adultos con VIH/SIDA”. Aquí está, en toda su dimensión, el carácter novedoso de esta acción legal, tal y como anunciamos al comienzo de este trabajo.

La demanda, planteada ante la Comisión de la Competencia de Sudáfrica, se coloca claramente en una posición procesal que bien podría ser considerada impropia y *ultra vires*. En efecto, vincular prácticas abusivas y precios con la responsabilidad directa en las muertes prematuras, previsible y evitables, de personas, supone un salto cualitativo en la argumentación jurídica utilizada y, desde luego, constituye un elemento de ruptura en el discurso sobre la responsabilidad y la imputabilidad. Es claro que cuando nos encontramos ante daños al libre comercio, a la competencia o a la buena marcha de la economía, los problemas y los conflictos pueden encontrar solución en el ámbito jurídico de la regulación y el control por parte de las instituciones reguladoras, pero cuando los efectos perversos y los daños consisten en la negación y la pérdida de virtualidad y vigencia de Derechos humanos Fundamentales como la vida, la cuestión no puede ser dilucidada en el marco jurídico legal que rige el mercado. La violación y el atentado a tales derechos básicos, su tipificación jurídica, la imputabilidad y la dilucidación de los sujetos responsables de tales violaciones no pueden quedar resueltas en una teoría del derecho circunscrita y constreñida a un modelo político de Estado desmentido por la realidad y desbordado por un mercado globalizado y

sin control democrático. Sobre este aspecto de la cuestión hemos de volver más adelante.

Una serie de cuestiones podrían suscitarse, antes incluso de valorar la resolución de este caso. Por ejemplo, si los precios no fueran abusivos, las consecuencias serían, sin embargo, las mismas. ¿Dónde habrían podido acudir los actores de la demanda? ¿O el derecho aplicable termina aquí, en los términos del derecho mercantil, y a partir de aquí todo comportamiento de una empresa es legal? La demanda afirma también que nunca podría sugerirse que es razonable incentivar la investigación y desarrollo (a través de primas) hasta el punto de que se suprima el acceso general a un tratamiento, una afirmación de nuevo llamativa y chocante, en cuanto que se aparta del derecho. Los efectos han llegado posiblemente a la esfera en que el propio Estado resulta afectado seriamente debido a las implicaciones financieras que el no tratamiento ha supuesto para el sistema sanitario público. Es difícil saber a qué da lugar todo esto, porque además de los afectados directos, llamémosles principales, la onda expansiva del no acceso al tratamiento afecta también a otras entidades, profesionales y actores.

Otro de los argumentos llamativos del texto de la demanda es aquel en el que los demandantes, cuando explican el perjuicio causado a los consumidores lo califican de “particularmente grave en virtud de su incidencia directa en la capacidad de éstos para disfrutar plenamente sus derechos constitucionalmente protegidos, en particular, su derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad y al acceso a servicios sanitarios”. También esgrimen que los intereses de los niños no pueden ser satisfechos apropiadamente. Estos derechos son reclamados por los actores a lo largo del texto con la expresa argumentación de que les están “internacionalmente reconocidos”.

Las negociaciones para un acuerdo con Glaxosmithkline comenzaron el 11 de septiembre de 2003, Boehringer Ingelheim no mostró interés en llegar a ningún acuerdo hasta que dos organismos sin ánimo de lucro requirieron formalmente la concesión de licencias volun-

tarias no exclusivas para importar nevirapine a Sudáfrica (que, en el caso de existir un abuso de la patente, podía obligarse a dar según el artículo 56[a] *Competition Act.*)³. Se llegó a dos acuerdos independientes con la Comisión y con los demandantes, estos son sus rasgos más importantes:

1. Glaxosmithkline concederá licencias a cuatro compañías de genéricos para producir y/o importar, vender y distribuir AZT y lamivudine.
2. Boehringer Ingelheim concederá licencias a tres compañías de genéricos para producir y/o importar, vender y distribuir nevirapine
3. El royalty de las licencias no será superior al 5% de las ventas netas de los ARVs.
4. Las licencias serán para el sector público y el privado.
5. Los acuerdos permiten licencias para exportar los tres medicamentos a los 47 países del África subsahariana.
6. Los poseedores de las licencias podrán producir AZT, lamivudine y/o nevirapine combinadas entre ellas o con otros medicamentos para los que tengan licencia.
7. Las licencias comprenden tanto las formulaciones para adultos como las pediátricas.

Siendo cierto que los referidos acuerdos siguen hoy en pie, no lo es menos que también sigue en vigor el régimen de propiedad intelectual establecido en la Ronda Uruguay que permite a las compañías farmacéuticas proteger sus intereses frente a cualquiera. Por lo tanto, es inevitable concluir que uno de los graves problemas subyacentes se mantiene⁴.

El escenario hasta aquí descrito no puede ser cabalmente entendido sin referirlo al marco jurídico y político internacional en el que se inscribe. En primer lugar el marco de los sujetos comenzando por el sujeto principal del derecho internacional: el Estado.

En segundo lugar, las instituciones internacionales de ámbito económico. La Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo.

En tercer lugar aparecen los agentes transnacionales y su *poder político privado*, y qué representa este poder en nuestro cuadro. El marco de los sujetos nos sitúa en la superficie desde donde se vislumbra la idea de residencia de la soberanía y el poder en nuestro tiempo, que a su vez es imprescindible para trazar el mapa de la eficacia de los derechos.

Respecto al Estado, su soberanía constituye uno de los principios rectores de la organización mundial. Este es un hecho que dogmáticamente ha permanecido intacto a lo largo del tiempo mientras que prácticamente todo lo demás se transformaba o desaparecía. Ha permanecido intacto mientras se ensanchaba el círculo de sujetos, y en los aspectos formales y teóricos, no ha cambiado sustancialmente. Sería sin embargo erróneo pensar que cualquier posible cambio en el funcionamiento del orden internacional ha de tener al Estado como protagonista, por ser el sujeto central. El caso de la demanda que les acabo de exponer desafía explícitamente esa afirmación.

El Estado moderno, en cuanto sujeto del Derecho Internacional, ha sufrido un proceso de cambio que le afecta muy profundamente. Ya no se puede hablar en los mismos términos de soberanía del Estado ni de soberanía popular. No se trata aquí simplemente del fenómeno de la desregulación, por el cual los poderes públicos ceden a los particulares capacidad normativa hasta ahora detentada por ellos (capacidad que formalmente podrían recuperar), sino de una cuestión más fundamental y prejurídica, por decirlo así: que el estado ha perdido poder frente a mutadas instituciones privadas que les estaban subordinadas.

Se trata, inicialmente, de cambios económicos con importantes consecuencias generales en todos los ámbitos. Es decir, los cambios económicos que resultan de la globalización llevan consigo cambios en la consistencia de

las fronteras, y en la consistencia de la soberanía, pero no se acompañan de cambios en la teoría política ni jurídica, al menos en magnitudes comparables. Se ha constituido una *soberanía nueva, supraestatal, difusa y policéntrica* que no permite que la soberanía del Estado sea plena, dado que “el *demos*, el titular último de la soberanía en la concepción democrática del gobierno político, no puede decidir contra la voluntad supraordenada del soberano difuso”.

Para nosotros resulta una verdadera piedra de toque analizar la pérdida de soberanía del Estado, en tanto que él es el garante de los derechos fundamentales. Queremos atender, por lo tanto, a la soberanía de los Estados y a los cambios que se han producido en su concepción y capacidad de legitimación.

El centro del debate reside para nosotros en dónde se encuentra la soberanía que pierden los Estados-nación, quién es exactamente el *soberano difuso*. Si los Estados sufren cambios y pierden la capacidad de proteger los derechos, ¿significa esto que hay otros agentes que han recibido esa capacidad?

En ocasiones la soberanía la reciben otros estados, que, por decirlo coloquialmente, son poseedores de la soberanía propia y parte de la ajena. Es este el caso de la política de condicionalidad de la unión europea: en el ámbito de sus funciones negociadoras, la Comisión Europea desarrolló, casi desde sus comienzos, la práctica de incluir fórmulas preambulares en acuerdos con terceros Estados, referentes al respeto de la democracia y los derechos humanos. El IV Convenio de Lomé (1989) fue el primero que incluyó una cláusula conteniendo una exigencia inequívoca de respeto a la democracia y a los derechos y libertades fundamentales. A partir de este momento el uso de la cláusula se generalizó y diversificó, incluso se aplicó la suspensión del acuerdo en el caso de Birmania.

Los problemas de legitimidad y legalidad que genera esta práctica requieren sin duda un estudio en profundidad que no tiene cabida aquí. Baste mencionar la escasa eficacia de la política de condicionalidad, salvo a la

hora de sustraer algún contenido al término igualdad soberana de los Estados. El caso del Acuerdo marco de cooperación UE-Australia es sintomática. Australia rechazó la cláusula entendiéndola inapropiada en un acuerdo de esas características y añadiendo que resultaba humillante. Tampoco entendió este país que la práctica hubiera sido distinta para EEUU o Canadá. Del mismo modo se resistió Méjico acudiendo al principio de no injerencia en los asuntos internos.

Es también el caso de la soberanía militar concentrada, la figura del Gobierno de los Estados Unidos como la policía del mundo y el represor de las luchas por la liberación en todo el mundo hace de él un receptor de soberanía y además las fronteras entre lo interior y lo exterior se ven afectadas por sus actuaciones como imperio.

El segundo caso de desplazamiento de soberanía es más complejo, y no queda tan claro que la titularidad de la soberanía permanezca en manos públicas, e incluye también elementos de condicionalidad. No resulta difícil observar que el proceso globalizador y sus protagonistas sólo son posibles a través de instituciones que les proporcionan el entorno adecuado y el campo jurídico necesario. El origen de las instituciones está en el Sistema de Bretton Woods, de cuya idea original no queda casi nada. Es el actual Consenso de Washington el que gobierna las políticas de las instituciones mundiales y se basa en tres pilares: austeridad fiscal, privatización y liberalización de los mercados y da paso a las políticas de “condicionalidad” que aplicarán las instituciones. Éstas son las que minan la soberanía nacional.

La condicionalidad se traduce en este caso como los requisitos que los prestamistas internacionales imponen a cambio de su cooperación, se trata de políticas como recortar los déficits, aumentar los impuestos, o subir los tipos de interés. “La ‘condicionalidad’ se refiere a condiciones más rigurosas (que la condición de reembolso de un préstamo y calendario de pagos adjunto), que a menudo convierten el préstamo en una herramienta de política. Por ejemplo, si el FMI desea que una nación libe-

ralice sus mercados financieros, puede devolver el préstamo a plazos, y los subsiguientes abonos están subordinados a pasos verificables hacia la liberalización”. Aún más, el anuncio público por parte del FMI de una ruptura de negociaciones, envía una señal sumamente negativa a los mercados. Elimina casi toda posibilidad de inversión privada y en ocasiones el BM (que por su parte aplica también la condicionalidad), e incluso la Unión Europea requieren la aprobación del FMI para facilitar financiación, o condonar una deuda. Es decir, disgustar al FMI pretendiendo ejercer una soberanía que un Estado considere propia puede suponer la quiebra económica, social y política de ese Estado. “Los acuerdos entre el FMI y los países en desarrollo han llegado a establecer *qué leyes* debía aprobar el parlamento del país para cumplir con los requisitos u ‘objetivos’ del FMI, y en qué plazo”. Parece evidente que las condiciones son susceptibles de traspasar lo puramente económico para invadir lo político o lo social. De lo visto podemos deducir que son centros de poder y se nutren de un poder que no hace tanto residía en los Estados.

Por su parte, la OMC, madre del contexto jurídico que diseña la política mundial sobre protección de los derechos de propiedad industrial, resume su objetivo como *mejorar el bienestar de la población de los países miembros*. Como garantía, *sus decisiones suelen ser adoptadas por consenso entre todos los países Miembros, para después ser ratificadas por los respectivos parlamentos*. Atendiendo a la demanda que es centro de nuestro trabajo, la de Hazel Tau, sería interesante plantearse a cuál de los actores sirve la OMC; la conclusión no es que sirve al Estado de Sudáfrica, ni la sociedad sudafricana. El poder de la OMC está al servicio de las compañías farmacéuticas

Estas instituciones son de origen público pero de naturaleza privada.

Para referirnos al poder de los agentes transnacionales, nuevos actores de la política global, hemos de comenzar afirmando que no es fácil llevar a cabo una clasificación pormenorizada de los distintos tipos de agentes transnacionales; aspecto éste, por otra parte,

de escasa importancia en el presente artículo. Una referencia específica a los mismos resulta, sin embargo, ineludible. Atendamos brevemente a los siguientes supuestos: (1) organizaciones no gubernamentales que co-escriben proyectos de tratados internacionales (caso de Amnistía internacional y la Convención contra la tortura); (2) científicos que determinan cómo los políticos deben interpretar un asunto político (como el caso del calentamiento global); (3) lobbies empresariales que pueden forzar el éxito de sus preferencias en el contexto de negociaciones internacionales (Acuerdo de la OMC sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio); (4) protestas y movimientos sociales que bloquean la apertura y la continuación de una conferencia intergubernamental (Seattle, EEUU, 1999); y (5) redes terroristas que afectan la doctrina política de seguridad de la nación más poderosa del globo. Todos estos ejemplos apuntan a la influencia sustancial de los agentes transnacionales (*non-state actors*) en los asuntos de magnitud internacional. Esta influencia, en cierto modo, *falsifica* el Derecho Internacional positivo.

Es la categoría de las corporaciones transnacionales o multinacionales la que tiene relevancia para nosotros. Pueden definirse como cualquier organización comercial a gran escala cuyo fin es la obtención de beneficios, que tiene oficinas y/o unidades de producción en muchos países del mundo.

El entramado de una de estas empresas puede ser por sí mismo disuasorio para cualquier legislador responsable. Pensemos, además, que las grandes empresas necesitan subsidiarios. Manuel Castells, que es ilustrativo como pocos autores sobre este particular, explica que “Toyota tiene como quince mil empresas de subcontratistas. Estas grandes empresas, que son una red interna, están conectadas a redes de pequeñas y medias empresas, por tanto es una red de redes”; el autor continúa explicando una práctica que se ha impuesto en la última década, las llamadas “alianzas estratégicas” entre grandes empresas, que rompen con

la concepción tradicional que teníamos de los oligopolios,

No es la práctica general que estas compañías participen en la política directamente; son las Organizaciones Internacionales que representan sus intereses las que lo hacen. Si tomamos la definición de Giddens de que “poder es la capacidad de lograr resultados”, no cabe duda de que tratamos con agentes extremadamente poderosos, también en lo político.

Como acertadamente concluye el profesor Mercado Pacheco, el Estado viene a ocupar un puesto en el sistema conjunto de la economía que *no puede ser representado ya como central*.

El papel del Estado, permeable en cierto modo, queda reducido a intervenir en la economía a través de políticas de desregulación, orientadas a dar a las empresas transnacionales garantías de no intervención, así como de socialización, en el ámbito de la esfera pública, de los costes del ajuste laboral. El Estado debe crear nuevos espacios económicos privatizando o mercantilizando los servicios públicos, al tiempo que concurre a suministrar financiación a las empresas transnacionales. Y, por último, “ha de crear las condiciones en que sea posible privatizar directamente cualquier innovación social, ya se produzca en la esfera privada o pública”. El ejemplo de la demanda contra Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim ilustra muy adecuadamente el supuesto citado. Los medicamentos, que eran demasiado caros para su acceso por parte de los ciudadanos, y estaban blindados por una patente, fueron investigados, desarrollados y ensayados con dinero público, en instituciones públicas y por recursos humanos públicos.

Tras analizar los sujetos, es conveniente exponer la propuesta normativa de nuestro tiempo, el marco jurídico donde se encuadran las pretensiones de los demandantes. El marco del objeto, que supone el Derecho, es definido como un conjunto de variadas ‘constelaciones legales’ activadas, en ocasiones, *ad hoc*, y que no siempre garantizan el imperio de la ley.

Es patente la asimetría entre globalización socioeconómica y globalización jurídica, los

procesos de cambio que vivimos requieren un derecho global, no-estatal sino transnacional.

Muchos autores explican de qué modo se está globalizando el Derecho, advirtiendo que asistimos a un incremento constante de la *creación no política del derecho*, a una crisis manifiesta de la ley en la regulación del nuevo orden económico. “El ordenamiento de la sociedad postindustrial no reclama como reclamó el ordenamiento de la sociedad industrial profundas reformas legislativas. El cuadro del derecho resulta inmodificado. Pero permanece inmutado porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se realizan y desarrollan las transformaciones jurídicas”.

Este conjunto de instrumentos, con origen extraestatal y proyección mundial, que conforma el nuevo desarrollo del derecho, se ha denominado *lex mercatoria*. Consiste fundamentalmente en reglas establecidas para transacciones mercantiles relativas a créditos documentarios, contratos-tipo, contratos normalizados, condiciones de venta, estándares, etc. Es un fenómeno que se produce principalmente en las áreas de seguros, banca, ingeniería, buques y navíos, medicinas, arbitraje, tecnologías de la información y la comunicación y mercados bursátiles. Lo que domina la escena jurídica contemporánea no son precisamente las convenciones internacionales de derecho uniforme, sino instrumentos normativos no estatales. Contratos atípicos creados no por legislaciones nacionales, sino por la práctica comercial de los nuevos mercados. La ruptura de la cadena fundamental Estado-nación-mercado implica una pérdida importante de la soberanía de los Estados en la determinación de las políticas económicas. Estamos ahora ante unos Estados-nación que no disponen ya de todos los instrumentos que los manuales de política económica y las Constituciones ponían en sus manos en la fase precedente. Esta ruptura provoca que no sea posible seguir pensando el poder del Estado en los términos habituales”.

Sin embargo, puede resultar llamativo que, en términos de derechos fundamentales, sí quepa hablar de la existencia de un sistema jurídico con alcance global, como hemos se-

ñalado anteriormente. Hazel Tau y el resto de demandantes ante la Comisión de la Competencia surafricana reivindican derechos que les están expresamente reconocidos en el plano nacional y también en el internacional. A pesar de eso las normas jurídicas de ambos órdenes resultan ineficaces ante las dimensiones y consecuencias de la actuación de las empresas, y la eficacia del sistema jurídico se orienta preferentemente y despliega su plena eficacia respecto del Derecho de la competencia, cuyos destinatarios últimos ni siquiera son los ciudadanos, sino los consumidores. No queda claro, por tanto, en qué medida y bajo qué circunstancias los derechos fundamentales pueden alcanzar validez en sectores no políticos de la sociedad. El problema, por tanto, no radicaría precisamente en la ausencia de normas de reconocimiento y, en cierta medida, de adjudicación, siguiendo la conocida clasificación hartiana, sino más bien habría que situarse en el ámbito de la eficacia.

El hecho de la obtención de resultados, en términos de eficacia, incide, sin embargo, en un elemento de singular importancia: ca cuestión de la legitimidad. “La legitimidad que pretende el soberano privado supraestatal es la de la *eficacia*”, es la eficacia de una autoridad no formal, sino sustantiva, *eficacia técnico-productiva*. Esta eficacia legitimadora es una versión platónica, ideologizada, de la capacidad de transformación tecnocientífica: una versión depurada de sus aspectos perversos, sean pragmáticos o intrínsecos. Para tener una idea más precisa de estos aspectos de la cuestión nos remitimos a lo señalado al principio de este trabajo donde se pone de manifiesto la indudable eficacia productiva de las empresas, que, lejos de ser legitimadora, produce consecuencias antijurídicas.

Tras haber descrito el marco político, jurídico y subjetivo, atendemos, en tercer lugar, a la insuficiente protección de los derechos humanos, identificada, en este caso, con la ausencia de eficacia horizontal, también llamada “frente a terceros”, de los mismos en el ámbito transnacional. Hablamos del posible entendimiento de los derechos humanos en los sectores privados de forma que los individuos afirmen

sus derechos contra la violencia estructural de las corporaciones transnacionales. Esto implica problemas para la dogmática jurídica. La exigencia de cambios en la validez de los derechos para que abarque la *drittwirkung* está basada en la posible existencia de una vía real que puede evitar comportamientos que causan daños persistentes e irreparables a las personas.

Los destinatarios de las normas, de su poder coercitivo, han permanecido rígidos e inmóviles mientras surgían actores nuevos dotados de poder a los que no alcanza el espectro de la teoría jurídica. No es tanto un tema de Estados/mundo; se trata más bien de la actualización del Derecho. El sistema jurídico permanece como deudor instrumental de un modelo político estatal que ha experimentado profundas transformaciones.

Es claro que el Derecho internacional impone límites a los Estados. Se define la naturaleza y la forma del poder político desde valores y criterios, desde leyes internacionales que el Estado no puede traspasar, pero cualquier otro agente, con poder suficiente, sí puede.

La teoría de la *drittwirkung* cuestiona el concepto, el fundamento y la función de los derechos fundamentales. Si los derechos fundamentales no pueden regir las relaciones privadas es, ante todo, porque se establecen entre iguales, mientras que el Estado siempre actúa desde la superioridad y dispone de medios coercitivos. Lo expuesto hasta el momento pretende, modestamente, poner en cuestión las relaciones de verticalidad en las que se basa la teoría de los derechos, es decir, la relación entre Hazel Tau y, por ejemplo, Glaxosmithkline no tiene apariencia horizontal. Daremos un paso más: ni siquiera parece que el Estado de Sudáfrica esté en posición de tomar un camino más lógico que reclamar frente a las farmacéuticas, como garante último de los derechos de su población, el respeto a esos derechos. Estamos ante una quiebra de la convicción igualitaria.

Dar más alcance a los derechos, abandonando la concepción clásica ¿significaría desvirtuarlos? ¿Se desvirtúa el derecho a la vida

dependiendo de frente a quién se defiende o garantiza?

En efecto, parece claro que un nuevo modelo de Estado demanda, a su vez, una nueva teoría del derecho.

La realidad es que no existe un sistema satisfactorio, en lo que respecta a las empresas transnacionales, para proteger los derechos humanos, existen algo que podríamos llamar regímenes de responsabilidad. Para comprender este apartado del trabajo es necesario partir de un principio básico y esencial, y en absoluto ocioso: nada sugiere que la imposición de normas sobre derechos fundamentales a las corporaciones transnacionales sea incompatible con su estatus jurídico.

Ralph Steinhardt nos habla de cuatro regímenes de responsabilidad de las corporaciones transnacionales en lo que respecta a los derechos; el primero es el régimen (autonormativo) que tiene como base el mercado. En tiempos recientes existe la práctica de hacer un esfuerzo por competir en ventas, mercados y capital a través de una especie de compromiso público a favor de los derechos humanos. Un ejemplo son los denominados *Sullivan Principles* (1977) que suponían un código de conducta voluntario para empresas que hacían negocios, precisamente, en Sudáfrica bajo el Apartheid⁵. Steinhardt habla también de las líneas de productos sensibles con los derechos o con el desarrollo sostenible, que se ponen en marcha basándose en que el consumidor estaría dispuesto a pagar un precio más alto con la garantía de que lo que paga no ha sido manufacturado vulnerando los derechos de los trabajadores, por ejemplo. El autor considera positivos estos fenómenos principalmente debido a la posibilidad de que una praxis reiterada suponga la generalización y la transformación en Derecho positivo (vía consuetudinaria) del respeto a los derechos humanos por parte de las empresas⁶.

Sin embargo, este tema de la competencia por una buena imagen corporativa lograda a través de guías de buenas prácticas y declaraciones de principios para el respeto a los dere-

chos humanos resulta, en el fondo, un ejercicio de cinismo abrumador.

Ya hemos tenido la oportunidad de atisbar, a lo largo de todas estas páginas, que existe absoluta independencia entre economía y moral. No sólo independencia: desde la obviedad de la demanda de Hazel Tau, hasta los principios que rigen la actuación de las instituciones económicas se puede comprobar que la economía se ha desentendido de la moral. Esta independencia y este desentendimiento han sido proclamados con insistencia por los economistas desde Walras hasta Friedman⁷. No pretendemos valorar este hecho de forma positiva ni negativa; de momento basta con constatarlo.

Lo que parece claro con respecto a las campañas de productos respetuosos con los derechos humanos, códigos de conducta empresarial, y, en general, este *soft law*, siempre de adhesión voluntaria, es que está basado en la moral pública; de hecho, su rentabilidad está sostenida por principios generalizados de moral o ética social. De este modo, la responsabilidad que pudiera generar es puramente moral, y “no se puede castigar moralmente a una persona que está separada del discurso moral normal, que no tiene reatos de conciencia o que ya ha olvidado sus crímenes. No se puede castigar moralmente a una persona que desdeña la moral (...)”⁸. Es más prometedor centrarse en lo legal.

Junto a estos mecanismos de autorregulación aparece el régimen de la responsabilidad que imponen las normas nacionales: se trata de una modalidad de políticas puestas en marcha en la última década por algunos países industrializados y basadas en la condicionalidad (ya hemos contemplado, en apartados anteriores, la práctica de la condicionalidad en la política exterior de la Unión Europea). Consiste, en términos generales, en evitar cualquier presencia de empresas de base nacional en países donde no se respetan los derechos humanos, y, además, se condicionan los contratos gubernamentales, el acceso al mercado y otros beneficios al cumplimiento por parte de la empresa de las normas que protegen estos derechos.

Este tipo de legislación nacional es típicamente episódica y generalmente limitada a determinados derechos concretos. El punto de referencia es la *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericana, que data de 1977⁹, que prohíbe, entre otras cosas que una compañía estadounidense pague sobornos a un oficial extranjero. Las compañías alegaron que esta clase de responsabilidad les colocaba en una posición de desventaja competitiva. En el año 2002, Francia promovió la responsabilidad corporativa a través de la llamada *social disclosure* (algo así como revelación pública), requiriendo informes de todas las empresas sobre la sostenibilidad de sus prácticas, incluyendo cumplimiento de los derechos humanos e impacto medioambiental¹⁰.

Hay más casos de Estados que han puesto en marcha este tipo de políticas, pero esta legislación está exenta de medidas de refuerzo; de nuevo aparece la moral de los inversores o los consumidores como factor clave de su eficacia.

No existe este factor moral en las políticas de condicionalidad que suelen imponer sanciones comerciales a los Estados donde se producen violaciones sistemáticas de los derechos; sin embargo, estas políticas tienen problemas de legitimidad, además de resultar, en la mayoría de los casos, selectivas. Del mismo modo quedan fuera del espectro de lo moral las políticas que conectan la concesión de ayudas públicas a criterios de actuación sociales, asegurándose que no se gaste dinero del Estado en actividades que permiten la vulneración de los derechos.

Ninguna de estas medidas de los Estados nacionales supone verdadera imposición de responsabilidad, ni permite que las empresas respondan por quebrantar los derechos humanos ante la ley: no cumplen la tarea de asegurar el imperio de la ley.

El tercer método de imposición de responsabilidad es el de la responsabilidad civil.

Algunos tribunales nacionales e internacionales han decidido que determinadas empresas o individuos debían en principio estar obliga-

das a pagar por los daños producidos en su colaboración con determinados gobiernos que abusaban los derechos. Tras la Segunda Guerra Mundial, algunos supervivientes han demandado a empresas que se beneficiaron del trabajo forzado o se aprovecharon de las propiedades sustraídas a los judíos durante el holocausto, y algunas de estas reclamaciones se han resuelto a través de la compensación a los demandantes con el pago de diversas cantidades¹¹. Del mismo modo, algunas compañías que han utilizado la protección de los derechos humanos como parte de sus campañas de marketing han tenido que hacer frente a una demanda por responsabilidad tras romper el compromiso del que habían hecho publicidad¹².

En los Estados Unidos la *Alien Tort Statute* prevé que un tribunal de distrito puede tener jurisdicción original sobre acciones civiles por agravios llevados a cabo en violación de la ley de las naciones o de un Tratado firmado por los EEUU¹³. Como consecuencia de esta obligación han tenido lugar acciones contra compañías internacionales por su complicidad en violaciones de los derechos humanos alrededor del globo. Algunas de ellas han sido rechazadas en base al principio *forum non conveniens* pero ninguna en base a que las compañías sean inmunes a la responsabilidad bajo la legislación internacional¹⁴.

Casos como el de *Unocal* en los que un grupo de ciudadanos de Burma demandó por una serie de abusos cometidos en el transcurso del proyecto petrolífero llevado a cabo por dos compañías y el gobierno del país ilustran que la responsabilidad se mantiene en este último factor, el estatal. Esta es la llamada doctrina de la '*State action*'. *Unocal* sabía cuando compuso el *joint venture* que el gobierno de Burma (Myanmar) tenía un historial de abusos de los derechos humanos que continuaría previsiblemente en función de hacer operativo el proyecto, de modo que la compañía se beneficiase de esos abusos¹⁵. El razonamiento del tribunal consistió en que el hecho de que un actor privado pudiera considerarse internacionalmente responsable podía articularse en torno a dos circunstancias: o bien cometiendo

uno de esa corta lista de ‘*injustos*’, identificados en los Tratados o la costumbre internacional, que no requieren la acción del Estado para ser considerados tales; o bien esas otras circunstancias, más generales, en que la conducta ofensiva de la empresa está entremezclada con la acción del Estado de modo que alcanza los “estándares internacionales”¹⁶.

En el caso de las conductas que *per se* son consideradas “injustos”, exista o no un Estado implicado, nos encontramos ante una lista taxativa y bastante reducida, compuesta por los comportamientos que en determinados tratados quedan calificados de este modo y explícitamente permiten que la demanda se interponga contra un agente privado. El artículo IV de la Convención contra el Genocidio requiere que las personas que cometan este crimen sean castigadas, *ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*¹⁷. La Convención de Ginebra en su artículo 3 vincula todas las partes de un conflicto armado incluso si no son Estados¹⁸.

El cuarto y último de los regímenes de responsabilidad de las empresas lo constituye finalmente la **normativa internacional**, sobre la que ya hemos dicho casi todo lo pertinente, es decir, que resulta sectorial, adolece de falta de garantías y es ineficaz en términos generales. Mencionaremos sólo algunos casos para ilustrar la situación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), posee una agenda para la responsabilidad internacional de las empresas presidida por la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social, que incluyó, en una revisión relativamente reciente, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (y su programa de seguimiento) pero que se mantiene como *lex lata*, con carácter no vinculante¹⁹.

En comparación a esta declaración, en sus aspectos jurídicos, la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó, tras largas negociaciones, una serie de principios que deben regir los comportamientos de las empresas respecto a los derechos huma-

nos titulada “*Norms on the Responsibilities for Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*”²⁰, en 2003. Este documento ofrece el espectro más amplio de protección respecto a las empresas transnacionales en el ámbito del derecho internacional y pudieran ser consideradas *de lege ferenda*. Las normas referidas aportan un enfoque progresivo en varios sentidos. En primer lugar conciben la empresa transnacional de modo amplio, no refiriéndose a su estructura legal definida o a sus subsidiarios sino a una ‘*entidad económica*’ o incluso un ‘*cluster de entidades económicas*’ que operan en dos o más países. Además se obliga a las empresas a respetar y promover los derechos económicos, sociales y culturales. Es prematuro hacer valoraciones sobre su eficacia y cumplimiento en estos momentos.

Por último mencionaremos las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) por ser uno de los pocos ejemplos en que son los representantes de los gobiernos, no equipos de expertos o juristas, quienes, se dirigen a las compañías para promover el respeto a los derechos. Las recomendaciones se incluyen en el documento “*Guidelines for Multinational Enterprises*”, que posee un cierto soporte institucional consistente en procedimientos de seguimiento como consultas, buenas prácticas, mediación, conciliación y clarificación. Los Estados se obligan a implementar las recomendaciones y promover su cumplimiento por parte de las empresas que operan en su territorio²¹.

Iniciamos este texto con una declarada pretensión de generalidad y con la confesada intención de atribuirle un alcance puramente exploratorio. Cuando se trata de problemas fundamentales del actual pensamiento jurídico y político, doctrinalmente vivos y de indudable calado práctico, formular conclusiones dogmáticas o pretendidamente definitivas, además de pretensioso, sería altamente imprudente.

Sin embargo no puede prescindir de la extracción final de algunas conclusiones, aunque

estas sean generales y provisionales, como es el caso. Incurriendo, por tanto, en una aparente contradicción, podríamos decir que, más que de conclusiones, aquí se trata del establecimiento final de hipótesis o puntos de partida teóricos, destinados a ser objeto de un mayor y mejor estudio y, en la medida de lo posible, de una verificación teórica posterior.

I.- La demanda de Hazel Tau contra Glaxosmithkline y Boehringer Ingelheim juega en el presente artículo un papel y una función propiamente de “pre-texto”. El establecimiento de una relación directa entre precios abusivos y muerte nos colocaba ante una idea-fuerza, sugerente en sí misma y capaz de nuclear una extensa reflexión en torno al papel de los nuevos sujetos del derecho internacional, el papel del Estado nacional y las nuevas demandas a plantear al derecho en el nuevo escenario. Como hemos afirmado, cuando nos encontramos ante daños al libre comercio, a la competencia o a la buena marcha de la economía, los problemas pueden encontrar solución en el ámbito jurídico de la regulación y el autocontrol del mercado, pero cuando de la negación y pérdida de eficacia de los derechos se trata, la cuestión no puede ser resuelta con el mismo instrumental jurídico.

II.- Es ya casi un lugar común el reconocimiento de que el viejo modelo de Estado nacional, además de resultar en no poca medida ficticio, es un instrumento de utilidad limitada en orden a la protección y garantía de los derechos humanos. Cambios profundos en los sujetos del orden internacional, en el espacio pensar en que los poderosos dejen de oprimir a los demás o de tolerar que sean oprimidos por pura consideración y no por obediencia a la ley”.

El hecho de que la violación atroz de los derechos sea distinta en base al criterio de quién la ha cometido, o, aun peor, de dónde se ha cometido nos obliga a la lucha por la coherencia, por la justicia y por la razón.

de residencia del viejo dogma de la soberanía, en la delimitación y la consistencia de las fronteras, obligan a un replanteamiento de la cuestión de los derechos. No nos encontramos ante una cuestión organizativa o puramente instrumental; estamos ante una mutación de sujetos que encierra en última instancia una cuestión de legitimidad.

No es este un asunto baladí. Los derechos de las Declaraciones clásicas no eran sólo límites al poder legítimo, sino fundamento de ese poder. Si las economías no se encuentran ya insertas en el marco de los Estados nacionales, como se concluye en este trabajo, y son estos los que operan en el escenario más amplio de los mercados, ¿dónde situar las fuentes de legitimidad política? Resulta falaz, en cierta medida, la invocación de un Estado que no puede ya garantizar los derechos, eludiendo la responsabilidad de aquellos otros sujetos que le han desplazado sin sustituirle como garante de aquellos.

III.- Los derechos de los ciudadanos no quedan garantizados cuando se les protege exclusivamente frente al poder público y este hecho resulta en un efecto devastador, Restaurar o construir una teoría de la *drittwirkung* de los derechos permitiría garantizarlos frente a los nuevos actores internacionales.

Respecto a las responsabilidades queda claro que “apoyarse en las propuestas del sentimiento en lugar de los mandatos de la razón es

NOTAS

1. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (*cit.*), par. 17, 19 y 20.

2. Esta tabla aparece en la demanda como Tabla 3 (traducción propia). Los precios referidos son del tratamiento por año. En la tabla original, los precios aparecen en Rands sudafricanos y en dólares. Para el cambio a euros, se han utilizado los tipos que proporciona el Banco de España en sus estadísticas para el mes de agosto de 2002 (1 euro = 0,977 dólares USA). Serie histórica disponible en <http://www.bde.es/infoest/series/be1901.csv>

3. Avafia, Berger y Hartzenberg *The ability of select sub-Saharan African countries to utilise TRIPs Flexibilities and Competition Law to ensure a sustainable supply of essential medicines: A study of producing and importing countries, op cit*, págs. 38-39. Traducción propia no literal.

4. A través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) al que la Organización Mundial del Comercio llegó en 1995 se establecieron los estándares mínimos para la protección de la propiedad intelectual, incluyendo las patentes farmacéuticas. El Acuerdo ADPIC no permite distinguir entre productos que son meramente artículos de consumo de medicamentos vitales. En noviembre de 2001, los miembros de la Organización Mundial del Comercio intentaron recobrar el equilibrio adoptando la Declaración de Doha sobre el ADPIC y la Salud Pública. El Párrafo 4 de la Declaración de Doha afirma que el Acuerdo ADPIC, “puede y debería ser interpretado e implementado de forma que apoye el derecho de los miembros de la Organización Mundial del Comercio a proteger la salud pública y, en particular, promueva el acceso a medicamentos para todos. A este respecto, reafirmamos el derecho de la OMC a utilizar, en su plenitud, las disposiciones del Acuerdo ADPIC, que proporciona flexibilidad para este propósito”. Estas flexibilidades incluyen, por ejemplo, licencias obligatorias, mediante las cuales un gobierno permite la producción, importación y venta de un medicamento todavía patentado. Esto puede hacerse sin el permiso del titular de la patente, al que no obstante hay que pagar royalties. Pero el artículo 31 del Acuerdo ADPIC limita el uso de licencias obligatorias “predominantemente para mercados nacionales” e impone restricciones sobre las cantidades de medicamentos que pueden exportarse. Esto constituye un enorme problema para países que tienen poca o ninguna capacidad de fabricación. En efecto, en el Párrafo 6 de la Declaración de Doha se reconoce que estos países “podrían tener dificultades a la hora de hacer efectivo el uso de licencias obligatorias amparándose en el Acuerdo ADPIC. El 30 de agosto de 2003, la OMS adoptó una decisión temporal en un intento por abordar esta cuestión. La solución propuesta permite la exportación de un medicamento bajo licencia obligatoria y exime del requerimiento que la producción tiene que ser predominantemente para el mercado nacional. La Decisión del 30 de agosto establece las condiciones bajo las cuales puede emitirse una licencia obligatoria para exportar que han resultado ser de tal complejidad que la situación ha permanecido como hasta entonces.

5. Los principios requerían centros de trabajo donde se practicara la integración, régimen de empleos justos, etc., a partir de 1984 (con unos 125 signatarios) se expandieron para que la acción de las empresas fuera más agresiva contra el apartheid pero sólo tres años después sus propios promotores calificaron los principios de fracaso y abandonaron el proyecto. Al respecto puede consultarse <http://www.globalsullivanprinciples.org/principles.htm>

6. Steinhardt, Ralph G., “Corporate responsibility and the international law of Human Rights: the new *lex mercatoria*”, en VV.AA *Non-state actors and Human Rights*, Oxford University Press, 2005, págs. 180-187. Traducción propia no literal.

7. Naredo, José Manuel, *La Economía en evolución. Historia y perspectivas de las categorías básicas del pensamiento económico*, op. cit. *pássim*.

8. Heller, Agnes, “Los límites al derecho natural y la paradoja del mal” en VV.AA *De los Derechos Humanos* Editorial Trotta, Madrid, 1998, pág. 154.

9. The *Foreign Corrupt Practices Act* of 1977 (15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.). Anti-Bribery and Books & Records Provisions of The Foreign Corrupt Practices Act. Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998).

10. Steinhardt, Ralph G., “*Corporate responsibility and the international law of Human Rights: the new lex mercatoria*” op. cit., págs. 187-194. Traducción propia no literal

11. Véanse, por todas, *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, 164 F.Supp. 2d 1153 (N.D. California. 2001); *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000); y *Abu-Zeineh v. Federal Laboratories, Inc.*, 975 F. Supp. 774 (W.D. Pa. 1994).

12. Véase, a título de ejemplo, el caso *Kasky v. Nike*, que tuvo lugar en los Estados Unidos: Superior Court of the State of California April 20th, 1998.

13. *Alien Tort Statute*, (28 U.S.C. § 1350). Parte inicialmente de la *Judiciary Act* de 1789. Traducción propia. El original reza: “*The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”.

14. Véanse *Abdullahi vs. Pfizer Inc*, 77 Fed Appx 48; 2003 US App (2d Cir) LEXIS 20704; y *Aguinda vs. Texaco Inc* (2001) 142 F.Supp 2d 534 (SDNY 2001).

15. *Doe v. Unocal Corporation*, 963 F.Supp. 880 (C.D. Cal. 1997).

VARIA

Las ensañaciones del jurista solitario, Ángel M. López y López, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005
José Villalobos

LAS ENSOÑACIONES DEL JURISTA SOLITARIO

Ángel M. López y López
Valencia, Tirant lo Blanch, 2005

Reseña de José Villalobos

Esta obra del Prof. López y López —Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla— se compone de cinco libros, que son cada vez menos extensos, pero que, por el contrario, van ganando en intensidad y viveza hasta llegar al libro quinto, de sólo página y media, en que alcanza su plenitud todo lo elaborado anteriormente. El título está escogido con cierta ironía, pues son “ensoñaciones” muy racionales y en estado de vigilia y, por lo demás, no es jurista “solitario”, sino muy bien acompañado en las disquisiciones que expone. Está compuesto en una tonalidad confidencial y “estoica”, lo que hace que la cita de Cicerón al comienzo del libro se nos revele, después de su lectura, como el lema que tiñe todo el desarrollo dramático del texto.

Es un libro “dramático”, porque deja presentar la vida que brilla por detrás del oficio de jurista de nuestro autor. Es, pues, a veces un relato íntimo, de confidencia, construido sobre la narrativa de una vida en que las conversaciones con los libros de los amigos muertos —y también amigos vivos con los que se puede dialogar en busca de respuestas existenciales— tienen su no desmazelada, sino su vigorosa presencia; venciendo así el pudor que toda escritura supone, al desvelar el alma y su intimación.

En todas sus páginas hay una tensión contenida que se derrama lentamente y que, en sentido propio, aparece cuando nuestro autor

confiesa que el libro es “*un último intento de explicarme a mí mismo*” (pág. 257), bien que haya dicho antes que en la vida de los hombres “*es el intento lo único que está en su medida de posibilidades*” (pág. 167).

Leo con solicitud este libro que bien podría ser calificado de autobiografía intelectual, si eliminamos el matiz subjetivista que alguien podría interpretar en esta denominación. Pero vayamos por partes en esto del género literario de la autobiografía. Lo que quiero decir es que en las diversas cuestiones tratadas —la mayoría de ellas pertenecientes al mundo conceptual jurídico— deja columbrar la vida y sus más ocultos significados. Por ello intentaré, en esta reseña, dar noticia del libro, hablando a las claras y de corazón —situado en el polo de la subjetividad—, sin por ello obviar los temas en debate —el polo objetivo que debe conformarla—.

Quiero referirme a la palabra “ensueño”, el ámbito elegido por el Prof. López y López para insertar las cuestiones. Debemos distinguir entre “sueño” (acto de soñar con la imaginación) y “sueño (acto fisiológico de dormir), pues la lengua española no ha generado el ardid de la distinción terminológica entre ambos, como sí la ha hecho la portuguesa “sonho-sono” o la italiana “sogno-sonno”. El autor escoge el término “ensoñación” —siguiendo a Rousseau, “rêverie”— cuya semántica se extiende desde el ensueño mientras se duerme hasta el ensueño cuando se está en vela.

La ensoñación está compuesta de “sentimiento y raciocinio”(pág.14), por lo que tal vez acuda a ella como instrumento para traspasar fronteras, ir mas allá, y lograr decir lo que no se podría en los límites del Derecho Civil.

Lain Entralgo —en su obra *La generación del noventa y ocho*— destacaba el ensueño como lo propio de los escritores del 98, y escribía “*el utopista o soñador de mundos perfectos construye sus ensueños con hombres de este mundo imperfecto, levemente mejorados por su personal capacidad de ensoñación*”. Quizás sea por esto por lo que nuestro autor pueda analizar los temas apasionadamente, con conocimiento y con esperanza. Es lo que percibe en el capítulo primero, de la primera parte, cuando retorna de su clase diaria en la Universidad y evoca la lectura de las “Instituciones” de Justiniano y su definición de justicia “*en auroras y laboriosas horas, ya pasadas*” (pág.24).

Paso a destacar las siguientes ideas-fuerza que recorren los diversos capítulos del libro: en primer lugar, el papel del Estado Social y su relación con la propiedad privada, y, en segundo lugar, la ciencia del Derecho y la consecución de la verdad jurídica en el proceso.

La primera idea-fuerza es la que expresa que “*no concibe el Derecho Privado sin el referente político organizado, llamémosle Estado o equivalente, porque sin ese referente, no hay una mínima racionalidad de la existencia jurídica*” (pág.14). Es la relación entre el individuo y el Estado, entre el derecho del individuo (el Derecho Civil) y el derecho del Estado (el Derecho Público), implicaciones tan necesarias y dialécticas como conflictivas e incómodas.

El autor rechaza la sedicente apoliticidad de los civilistas, como si tuviesen un “status” científico superior al de los publicistas. Siguiendo la estela de Bacon, Jellinek dijo que “*sin Derecho Público no es posible el Derecho Privado*” (pág.29). Pero esta interpretación de la frase baconiana realizada por Jellinek le parece ambigua y por ello la rechaza. Las categorías del Derecho Privado dice “*son más que conceptos e instituciones:son modos de pensar lo jurídico, hasta ahora insuperados*” (pág.32)...

La solución dada se basa en el desarrollo histórico del Estado, desde un Estado monoclásista —para el individuo propietario— o Estado Liberal —en que el Derecho Público era para el Derecho Privado—, hasta el Estado Social. Reivindica, en consecuencia, la autonomía de los fines del Estado frente a los fines del sujeto privado, lo que conduce al Estado Social.

El siguiente paso es analizar la teoría de la propiedad, que hace en compañía de Radbruch —uno de los padres del socialismo democrático—. Radbruch parte de la idea de propiedad como un concepto existente *a priori* (pág.53), teniendo en cuenta los últimos fines del orden jurídico. En un sugerente texto de Radbruch se afirma que la propiedad privada está al servicio del individuo o al servicio de la comunidad, abandonando la teoría individualista para adherirse a la teoría social de la propiedad.

Sin embargo, para nuestro autor este texto es muy aporético y conduce a ciertas perplejidades, pues hoy la figura del nuevo orden económico no es la propiedad sino la empresa y el mercado. Tiene en cuenta que el Estado Social —como para Heller, que definió por primera vez este concepto—, y dice que “*no implica una abdicación de los postulados del Estado de Derecho*” (pág.88).

También sigue a Duguit, para quien carece de sentido hablar de conciliar los derechos del individuo y los de la colectividad, ya que “*todo individuo tiene en la sociedad una cierta tarea que ejecutar*” (pág.112), que no puede dejar de cumplir. He ahí la condición aporética del concepto de función social del derecho subjetivo.

En mi opinión, es muy relevante el capítulo nueve, tan ajustado y original, dedicado a Hegel y el Derecho Privado. Sirviéndose de la distinción hegeliana en el espíritu objetivo, el Estado es el “universal concreto” en que se fusiona el interés particular y el general. A un filósofo interesa el acercamiento clarificador de un jurista a las realizaciones del espíritu objetivo: Derecho, Moralidad y Eticidad (representada en grado máximo por el estado).

La segunda idea-fuerza se refiere a la peculiaridad del Derecho como ciencia y a la ver-

dad jurídica; es una cuestión filosófica, pues versa sobre los principios en que se basa el Derecho, sus verdades primarias. Los enjundiosos capítulos once y trece de la primera parte la abordan en conversación con los juristas Luigi Caiani y Salvatore Satta.

Relata nuestro autor —siendo “joven aprendiz de Derecho”— cómo una tarde gris en Bolonia lee el artículo “Analogía”, escrito por Caiani, de la “Enciclopedia del Diritto”. Esa lectura le acompaña, confiesa, toda su vida llegando a ser “*su particular breviario del drama del jurista[...], de su ansia por la objetividad, la seguridad y la certeza*” (pág. 121), al tiempo que le plantea el problema de la ubicación del razonamiento jurídico en el terreno de la axiología, y por tanto en los juicios de valor, y no en el terreno de la lógica aplicada mecánica o empíricamente.

La analogía es un procedimiento de elaboración de normas para la teoría de las fuentes del Derecho. Pero hay algo más: usamos la analogía cuando hay que interpretar una norma del ordenamiento jurídico, que nos lleva necesariamente a la tormentosa relación entre el legislador, como creador del Derecho, y el juez como intérprete al aplicarlo. Una solución podría ser la del primer discípulo de Husserl, Adolf Reinach, que lo sitúa en “fundamentos apriorísticos”; pero la rechaza por creerla solamente la forma “liberal” del Derecho (pág.127). El Prof. López y López halla la solución en el lado de la “razonabilidad”, en cuanto argumentación que lleva a un resultado razonable y a un juez razonable.

Toda esta investigación nos aboca al estudio del juicio y del proceso en el acto de juzgar, que pregunta por las “verdades primarias” (pág.133), ayudándose de la obra de Satta “*Il mistero del processo*”—obra que he descubierto en la lectura de este libro, hecho afortunado que tanto agradezco—. Ciñéndose a la pregunta por la verdad escribe que “*el aspecto mas dramático de la cuestión de la verdad no es definirla [...]. La vertiente realmente dificultosa es encontrar el camino*” (pág.157). Y el camino—esto es, el método en la tradición filosófica— hacia la verdad jurídica es el juicio y el proceso correspondiente.

La verdad del Derecho es la justicia, la verdad equivale en Derecho a la justicia; así que hay que preguntarse qué es un juicio justo, al que Satta califica de “tremendo misterio”. Como es sabido, en filosofía el misterio es mucho más que un problema. En realidad, para ser justo tendríamos que contemplar lo que se juzga desde el comienzo de la vida, y eso es imposible para el hombre: “*el juicio pertenece a los dioses, pertenece a Dios, que es el único Ser que está fuera del tiempo, y puede contemplar el infinito río de la vida desde la fuente a la desembocadura final*”(pág.165) En efecto, la ucronía —lo fuera del tiempo— no es propiamente humana, sólo nos queda el intento. Por esta razón, la pregunta por la verdad del Derecho se ha convertido en la pregunta por la justicia, y ha quedado limitada finalmente a qué sea el proceso. Es la respuesta jurídica ¿hay otras búsquedas?, ¿quizás la filosófica?

Hasta aquí las ideas-fuerzas seleccionadas entre otras de gran interés. A modo de ejemplo, no puedo dejar de señalar el “Diálogo *ante mortem*”—que ocupa la parte cuarta de la obra—, literariamente escrito y tan socrático en el fondo. Es un sentido y melancólico diálogo con un amigo, en el que —en mi opinión— no se puede percibir la desasosegante muerte ni con los sentidos, ni con la razón, sino con la inteligencia. Así cuando el interlocutor de nuestro autor expresa “*siento nostalgia del mundo*” (pág. 253), parece insinuar al lector que ha perdido el tiempo en asuntos y pensamientos fútiles.

Es un libro para ser leído y disfrutado con detención, pues no sólo se aprende de un profesor universitario que conoce lenguas (¡ese latín jurídico tan bello!), sino que sabe conversar con juristas y filósofos...y con sus amigos. Además deja entrever enriquecedores retazos de una vida dedicada a la Academia, al Foro y al Ágora; vida de la que con este libro “*he comenzado un adiós tal vez demasiado largo, porque me esperan aún demasiadas urgencias*”(pág.257). Y no sólo eso, sino que ese “tal vez” se viste de “*poquísimas ilusiones, pero las mismas convicciones y la misma implacable curiosidad*” (pág.120). Concilia sensibilidad y sabiduría, expresiones de la verdad y de la vida de un humanista. Un libro importante. Hay que leerlo.

NORMAS DE LA REVISTA

I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista (teoria@tirant.es)

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy” se podrá obviar parte de los requisitos formales de la Revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección teoria@tirant.es o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho
Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, entlo.
46010 Valencia

IV. SISTEMA DE CITAS

Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado IV. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979^a correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979^b correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.

Como excepción y dada la naturaleza de sus funciones en el caso de la coordinación únicamente será necesario cumplir el tercer requisito.

