



CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

AÑO 1996 - NUMERO 16

JAIME MAYOR OREJA

El nuevo Convenio Europeo de Extradición

VICTOR SUANCES

La OTAN. Estructura y papel de nuestras FAS en el horizonte del siglo XXI

VICENTE GIMENO SENDRA-JOSE GARBERI LLOBREGAT

La protección procesal del medio ambiente

MANUEL MANZANO SOUSA

La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea

JESUS GARCIA GARCIA FANDIÑO

La actividad policial preventiva y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana

JEAN-LOUIS LOUBET DEL BAYLE

Policia y política: Elementos para un enfoque teórico

CRISTINA CADENAS CORTINA

Policia Judicial y protección de las víctimas

MANUEL NIETO RODRIGUEZ

La Organización de las Naciones Unidas ante un mundo en crisis: La reforma necesaria

SANTIAGO CABALLERO MENDAÑA

Uso de armas de fuego en acto de servicio

GONZALO JAR COUSELO

Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de policia

MIGUEL MARTINEZ GARCIA

La Gendarmería Nacional francesa y la fundación de la Guardia Civil

LUIS RICO PARDO

Opinión y actitudes ante la Salud Mental de los Médicos de Atención Primaria de la Guardia Civil



CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

COORDINACION:

Oficina de Relaciones Informativas
y Sociales.

CONSEJO DE REDACCION:

Juan Delgado Chacón.
Maximiliano Lasén Paz.
Miguel López Corral.

DISEÑO Y CONFECCION:

Francisco Martín Cejudo.

ADMINISTRACION Y DISTRIBUCION:

Revista Profesional

COEDITA:

Dirección General de la Guardia Civil.
Asociación Pro Huérfanos de la Guardia Civil.

AUTORA Y PROPIETARIA:

Dirección General de la Guardia Civil.

Depósito Legal: M-16131-1989

I.S.B.N.: 84-505-8574-0

DIRECCION Y ADMINISTRACION:

Guzmán el Bueno, 110.
28003 MADRID.

Teléfonos: 534 20 00 - 534 32 00
Ext. 3493

SUSCRIPCION:

Dos números anuales: 1.800 pesetas.

I.V.A. y gastos de envío incluidos.

Asociación Pro Huérfanos Guardia Civil
(Imprenta Escuela)
Príncipe de Vergara, 248 - 28016 MADRID

SUMARIO

	Pág.
• Jaime Mayor Oreja: El nuevo Convenio Europeo de Extradición	5
• Victor Suances: La OTAN. Estructura y papel de nuestras FAS en el horizonte del siglo XXI	11
• Vicente Gimeno Sendra-José Garberi Llobregat: La protección procesal del medio ambiente	17
• Manuel Manzano Sousa: La interceptación legal de las telecomunicaciones en la Unión Europea	29
• Jesús García García Fandiño: La actividad policial preventiva y la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana	81
• Jean-Louis Loubet del Bayle: Policia y política: Elementos para un enfoque teórico	93
• Cristina Cadenas Cortina: Policia Judicial y protección de las victimas	101
• Manuel Nieto Rodríguez: La Organización de las Naciones Unidas ante un mundo en crisis: La reforma necesaria	109
• Santiago Caballero Mendaña: Uso de armas de fuego en acto de servicio	133
• Gonzalo Jar Coucelo: Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de policia	165
• Miguel Martínez García: La Gendarmeria Nacional francesa y la fundación de la Guardia Civil	187
• Luis Rico Pardo: Opinión y actitudes ante la Salud Mental de los Médicos de Atención Primaria de la Guardia Civil	207
Bibliografía y Documentación	223

La Revista Cuadernos de la Guardia Civil no se responsabiliza de las opiniones contenidas en los artículos firmados.

EL NUEVO CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN

JAIME MAYOR OREJA

Ministro del Interior

LOS quince Estados miembros de la Unión Europea firmaron el pasado 27 de septiembre en Dublin el nuevo Convenio Europeo de Extradición. Este Convenio viene a sustituir, entre los países de la Unión, al Convenio de 1957, modernizando el régimen jurídico extradicional y adaptándolo a las circunstancias que se derivan de la especial vinculación y acercamiento actualmente existente entre los quince socios comunitarios.

El Tercer Pilar, configurado en el Tratado de Maastricht como un mecanismo de cooperación en asuntos de Justicia e Interior con estructuras e instrumentos decisorios propios, persigue dos objetivos generales, de los que se desgajarían como objetivos inmediatos las diferentes políticas que lo integran: por un lado, el diseño de un espacio judicial común, entendiendo por tal un espacio en el que la garantía de los derechos de los ciudadanos, la exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones y la interrelación entre los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados se desarrollen a partir de criterios, principios y normas comunes; y por otro lado, un espacio policial y de seguridad común, siendo éste un espacio en el que la actuación conjunta en la prevención y el mantenimiento de la seguridad pública en todos sus órdenes se efectúe a partir de criterios de celeridad, eficacia, coordinación y agilidad.

A la vista de estos objetivos, no es exagerado afirmar que este Convenio supone el logro más satisfactorio alcanzado hasta la fecha en este marco de cooperación intergubernamental que denominamos Tercer Pilar. El Convenio de Extradición sirve por igual a ambos objetivos en la medida en que viene a

constituir no sólo un texto normativo y procedimental que ha de facilitar la tramitación y resolución de las solicitudes de extradición entre los Estados comunitarios, sino también una herramienta sustantiva de lucha contra la delincuencia y, de manera muy especial, contra el terrorismo.

Decía Beccaria que el fin último de la institución jurídica de la extradición es lograr que ningún delincuente quede impune. En ese mismo sentido y de manera más concreta, lo que España defendió desde un principio en la negociación de este Convenio, lo que impulsó durante su reciente semestre de Presidencia del Consejo de la Unión y lo que logró finalmente el Presidente Aznar en la Cumbre de Florencia que permitió alcanzar un acuerdo político sobre la cuestión fue la idea de que, a través de este Convenio, ningún terrorista, ninguna persona implicada de manera directa o indirecta en acciones terroristas, pudiese quedar impune amparándose en un régimen extradicional obsoleto y poco adecuado a la realidad actual. Es éste precisamente el principal valor añadido que, para el Ministerio del Interior, tiene esta nueva regulación.

Dicho fin se ha articulado mediante la combinación de tres elementos que, más allá de su significado técnico o jurídico, contienen una dimensión política de la máxima trascendencia.

En primer lugar, el nuevo Convenio de Extradición excluye el delito político como causa denegatoria de la extradición. Probablemente, es este el elemento modernizador de la nueva normativa de mayor alcance y significado. La calificación de determinados tipos delictivos como delitos políticos carece de significado y justificación en un marco de relación entre Estados, como es la Unión Europea, en el que los mismos parten de una profunda afinidad en sus sistemas electorales y políticos. Estados democráticos, regidos por el principio de legalidad, reconocedores de semejantes derechos fundamentales de la persona, garantes de la seguridad jurídica, defensores de la libertad y la justicia como valores esenciales de los mismos no pueden admitir la figura del delito político en su marco de relaciones. Hacerlo así supone tanto como

introducir un elemento de desconfianza, de discrepancia y de distanciamiento que ni se ajustaría a la realidad ni resultaría políticamente admisible. Especialmente, teniendo en cuenta que en muchos de estos Estados, no sólo en España, existen fenómenos terroristas y, con ellos, la posibilidad de que personas vinculadas a los mismos puedan eludir la acción de la justicia buscando refugio en territorio extranjero argumentando que se es objeto de una persecución política y no de una simple persecución criminal.

Radica en este punto esencial la utilidad del nuevo Convenio en la lucha antiterrorista. Sin que sea necesario entrar aquí en una enumeración de los muy diversos elementos que integran dicha lucha, no cabe duda que uno de ellos ha de ser la cooperación judicial entre los Estados y la posibilidad de extender no sólo la acción policial sino también la acción judicial contra los terroristas más allá de las fronteras propias. Uno de los principales obstáculos con que se ha encontrado siempre la lucha antiterrorista ha sido la existencia de Estados que por sus circunstancias políticas, legales o judiciales han llegado a convertirse en auténticos santuarios terroristas. Y quizá sea más difícil evitar esta situación con países de afinidad más lejana o difusa con el nuestro. Pero en ningún caso puede aceptarse que un Estado miembro de la Unión Europea pueda llegar a adquirir tal condición de santuario para los miembros de las bandas terroristas de los propios Estados comunitarios.

La imposibilidad de denegar una extradición argumentando que el delito que le sirve de causa tiene la consideración de delito político constituyó, desde el primer momento, un elemento irrenunciable de negociación para España y ha constituido, a la postre, uno de los aspectos de mayor relevancia del nuevo Convenio.

Pero, en segundo lugar, es también de especial importancia la superación que contiene el nuevo texto del tradicional principio de la doble incriminación. Supone este principio la necesidad de que el hecho que da lugar a la solicitud de extradición se encuentre tipificado como delito tanto en la legislación del Estado que solicita la extradición como en la

legislación de aquél al que se solicita. Es obvia la consideración de que, no obstante la cercanía ya aludida entre los Estados comunitarios, sus sistemas jurídicos no son iguales, ni siquiera en muchos casos comparten una misma inspiración en cuanto a sus principios, por lo que la regulación de los tipos delictivos que se establece en la legislación penal de cada uno puede variar por determinadas circunstancias históricas, políticas o sociales. La extraterritorialidad en la aplicación de las leyes ha encontrado así, a menudo, un límite en la vigencia de este principio.

La superación del principio de doble incriminación demanda, como requisitos previos, una mutua confianza entre los Estados, una confianza en que el Estado requirente respetará en sus procesos judiciales la inculpación del sujeto exclusivamente por el delito que sirvió de causa a aquélla y una confianza, igualmente, en que la legislación penal del Estado requirente se basa en criterios de justicia admisibles por el Estado requerido, al margen de sus diferencias en los tipos penales. Los Estados de la Unión han manifestado esta confianza al admitir la no aplicación del principio de doble incriminación en el Convenio.

Por último, en tercer lugar, es igualmente resaltable la inclusión, como causa de extradición, de la figura delictiva de pertenencia a banda armada o, en los términos exactos del texto, conspiración o asociación para delinquir. A efectos de actos terroristas o de involucración en actos terroristas, la inclusión de este supuesto como causa de extradición es de una importancia absoluta para España. No hace falta más que recordar el reciente y aún latente contencioso que nuestro país ha tenido con Bélgica con ocasión de la solicitud de extradición de dos personas que habían colaborado con la banda terrorista ETA. Son precisamente este tipo de supuestos los que ponen en entredicho el nivel real de cooperación existente entre los Estados de la Unión y es precisamente a este tipo de supuestos a los que pretende dar solución este tercer elemento del Convenio.

En definitiva, por tanto, nos encontramos ante un instrumento de la máxima utilidad en la lucha conjunta de los Estados de la Unión

contra la delincuencia y, en concreto, contra el terrorismo. Y ello sería motivo suficiente para que todos nos felicitemos por la conclusión del Convenio, aunque al mismo cabría añadir que el Convenio ha venido a demostrar que esos objetivos últimos que persigue el Tercer Pilar de la Unión, ese doble espacio antes aludido, puede llegar a ser una realidad tan fructífera como eficaz, que la confianza mutua entre los socios comunitarios —requisito previo indispensable a cualquier afán de profundizar en todo proyecto de cooperación— se ha visto reforzada por este texto normativo, que la libre circulación de personas avanza hacia una realidad en la que la libertad no será un obstáculo para la justicia sino dos elementos unidos e indisolubles sobre los que habrá de asentarse la Europa de los ciudadanos que pretendemos construir.

Pero no sería acertado el dedicarse a cantar las alabanzas de este Convenio, como la solución a todas las necesidades, sin ser conscientes de que el mismo no es una meta final sino sólo un paso dentro de un gran proceso. Así, en ese objetivo de que la totalidad del territorio de la Unión constituya un territorio común de seguridad, a las posibilidades extradicionales abiertas con este Convenio se habrán de añadir otra serie de garantías que completen el arco de medidas e instrumentos que, a su vez, habrán de permitir una eficaz lucha común frente a la criminalidad en cualquiera de sus manifestaciones. Por citar sólo un ejemplo, de igual relevancia se presenta, en el marco de la cooperación policial, el Convenio de Europol, que supone fundamentalmente la creación de un sistema de intercambio de información policial que permita coordinar el esfuerzo de las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los Estados miembros en la persecución del delito y que España confía en ampliar, en cuanto a su ámbito competencial, dándole una dimensión operativa que incremente su utilidad.

Ningún paso, ningún logro, debe ser considerado como suficiente. Es siempre más lo que se puede y se debe hacer. Sería un error pensar que la lucha contra el terrorismo termina allí donde terminan las fronteras naciona-

les. Sería igualmente erróneo pensar que un Estado se basta por sí solo para hacer frente a sus problemas de terrorismo. Es necesario el esfuerzo, el trabajo conjunto, la adopción compartida de medidas que den respuesta a un problema igualmente compartido.

Pero tampoco sería acertado focalizar en un solo ámbito la búsqueda de soluciones. El Convenio de Extradición, como realidad que es ya, va a permitir incrementar la eficacia de la lucha contra el terrorismo en el marco de la Unión Europea. Pero, junto con esta realidad, es necesario igualmente utilizar este Convenio como modelo a seguir, como declaración de intenciones a desarrollar en las relaciones de España con países de otras zonas geográficas y, al mismo tiempo, partir de dicho Convenio para, aunque sea a un nivel bilateral, tratar de avanzar más aún en las áreas de cooperación con los países comunitarios.

Así, en cuanto a lo primero, del mismo modo que España ha luchado por evitar el ver convertido un país comunitario en santuario de terroristas, debe igualmente evitar que esta posibilidad aparezca, como de hecho ya ha aparecido en otros tiempos, en zonas geográficas diferentes. La política en materia de extradición debe así tener un objetivo no ya exclusivamente comunitario sino global. En este sentido se está desarrollando la política del Ministerio del Interior, que ha defendido y potenciado el perfeccionamiento de los regímenes de cooperación en materia de extradición con países en los que se reúnen una serie de circunstancias que hacen tan aconsejable como necesario estrechar y redefinir la cooperación en este ámbito. Igual importancia tiene el logro de un adecuado régimen de extradición con los países de la Unión Europea como con países del continente americano, lugar de destino habitual de terroristas que tratan de eludir la acción de la justicia, ya sea por la vía del amparo que ofrece una malinterpretación del concepto de delito político ya sea por la inexistencia o inoperancia de un convenio de extradición. Contactos mantenidos en este sentido con países como México o Uruguay han recibido por parte del Ministerio atención tan prioritaria como la negociación comunitaria.

En cuanto a la profundización de la cooperación a nivel bilateral, no cabe duda de que la misma constituye un complemento indispensable a lo realizado en el marco de la Unión Europea. Una adecuada delimitación de las reglas del juego, un clima de diálogo y mutua comprensión, una sintonización de las políticas nacionales respectivas, todo ello a un nivel bilateral de contactos, son elementos sin los cuales la frialdad de un texto normativo quedaría probablemente condenada a acabar produciendo disfunciones derivadas del desconocimiento y la mutua desconfianza.

Las reuniones mantenidas en los últimos meses con los Ministros del Interior de Portugal, de Alemania, de Italia, de Bélgica y en especial de Francia se han revelado como un complemento tan indispensable como fructífero de la cooperación institucionalizada en el Tercer Pilar. Ateniéndonos sólo al Convenio de Extradición, como ejemplo paradigmático de la cooperación, puede afirmarse sin duda alguna que su eficacia futura, su operatividad práctica va a verse tan beneficiada por el grado de compromiso alcanzado en Bruselas como por el acercamiento de criterios operado a través de toda una serie de reuniones bilaterales que constituyen, en su conjunto, una política de acercamiento y diálogo que seguirá siendo prioritaria en la acción del Ministerio del Interior.

No puede, por tanto, reducirse un objetivo, una línea de gobierno al mero logro de un objetivo concreto como es este Convenio. No cabe aislar dicho objetivo de todo un escenario de cooperación en los asuntos de Interior en el que son muchos los frentes abiertos, muchas las esperanzas depositadas y muchas también las metas a alcanzar. En este sentido, el Convenio firmado en Dublín no debe observarse como un texto normativo aislado e independiente sino como una pieza más de un gran tablero en el que cada movimiento supone un paso adelante más en el diseño de un marco de cooperación, como es la Unión Europea, cada vez más presente, influyente y definidor de toda política que desde los Gobiernos nacionales se pretenda impulsar.

El único deseo pendiente es el de la pronta

ratificación por los quince del Convenio. El Ministerio del Interior español, que ya fuera motor de su negociación, lo está siendo igualmente de su ratificación, insistiendo a todos los niveles en que ésta se produzca cuanto antes. Es el último requisito pendiente para

poder dar por terminada una tarea tan esperanzadora como satisfactoria. La intención de España es que, en el plazo más breve posible, el nuevo Convenio de Extradición sea ya una normativa plenamente en vigor para todos los Estados de la Unión.

LA OTAN. ESTRUCTURA Y PAPEL DE NUESTRAS FUERZAS EN EL HORIZONTE DEL SIGLO XXI

VICTOR SUANCES

Teniente General del Ejército
Director General de Política de Defensa

DESDE que España entró a formar parte de la OTAN en 1982, las Fuerzas Armadas españolas han recorrido un largo camino en la tarea de contribuir junto a los demás aliados a la paz y seguridad en Europa y en el mundo. Aquella ya lejana fecha supuso para nuestras Fuerzas Armadas el comienzo de un proceso, a veces incomprendido pero constante y gradual, de implicación progresiva en la seguridad colectiva de la que formamos parte como europeos y occidentales.

En la época actual, aunque ciertamente todos los países, y España no es una excepción, están sometidos a riesgos específicos contra su propia seguridad individual que no pueden ni deben ignorar, existe un campo de riesgo, más importante si cabe, que puede afectar en general a la seguridad colectiva de los países occidentales. Cualquier conflicto o crisis en la periferia de Europa o, incluso sin llegar a tener carácter bélico, la existencia de desastres naturales, puede requerir la participación de fuerzas armadas multinacionales, ya que la degradación de los conflictos afectaría en última instancia a la seguridad de Europa como conjunto. El conflicto de Yugoslavia es un ejemplo claro de intervención occidental, primero por los europeos bajo mando directo de Naciones Unidas y luego por la OTAN en nombre también de Naciones Unidas, para contener el conflicto tratando de reducir en lo posible los sufrimientos que ha acarreado la guerra.

Con motivo del proceso de adaptación que la OTAN está llevando a cabo, el Gobierno español está estudiando la manera de que nuestras Fuerzas Armadas participen en la Nueva Estructura Militar que resulte. Ello supondrá la normalización definitiva de nuestros ejércitos en el seno de la Alianza, tras un período iniciado en los años ochenta en el que nuestras Fuerzas Armadas han contribuido a la mayoría de las operaciones y ejercicios de la OTAN sin haber recibido la cuota de responsabilidad en Mandos y Estados Mayores que nuestro peso político y estratégico exigía.

La participación plena de nuestros ejércitos en la OTAN del siglo XXI no se entiende sin la contribución a otras organizaciones e iniciativas de importancia análoga y complementarias a la OTAN como son la Unión Europea Occidental y las Fuerzas Multinacionales europeas; EUROCUERPO; la EUROFOR y la EUROMARFOR. Todas estas organizaciones e iniciativas forman un sólido entramado que dará cobertura en el próximo siglo a la arquitectura europea de seguridad.

EVOLUCION RECIENTE DE LA OTAN

Respondiendo a la nueva situación política y estratégica de Europa derivada de los acontecimientos que dieron lugar a la desaparición de la Unión Soviética y del Pacto de Varsovia, la Alianza Atlántica inició en 1990 un profundo proceso de transformación que continúa abierto actualmente.

En términos generales, las líneas de acción emprendidas comprenden la actualización de la estrategia aliada, la asunción de nuevas misiones ante la aparición de nuevos riesgos y, en consecuencia, la adaptación de las estructuras de la OTAN para poder cumplir dichas misiones permitiendo acoger también la naciente cooperación con el Este y el deseo europeo de asumir mayores responsabilidades en su defensa.

Así, la Declaración de Roma del Consejo del Atlántico Norte de 1991 dio luz al Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza. Se pasaba de la antigua estrategia de la Respuesta

Flexible ante un posible ataque de aquel Pacto de Varsovia a una nueva estrategia basada en la defensa colectiva y en el diálogo y la cooperación con los antiguos miembros de aquel Pacto de Varsovia. A partir de ese momento se dio entrada a los países del Este de Europa a un diálogo con la Alianza en el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN).

En junio de 1992, en Oslo, los Ministros del Consejo del Atlántico Norte aprobaron el apoyo de la Alianza para operaciones de paz bajo la responsabilidad de la entonces CSCE, hoy Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Esta fue la primera vez que la Alianza se salía del marco estricto de la Defensa Colectiva (artículo 5 del Tratado de Washington) admitiendo su participación, aunque sólo fuera en forma de apoyo, en Operaciones de Mantenimiento de la Paz fuera del área geográfica fijada por el artículo 6 del Tratado de Washington. Posteriormente la Alianza acordó prestar este tipo de apoyo también bajo responsabilidad de las Naciones Unidas.

Acontecimientos sucesivos como la guerra del Golfo y el conflicto de la ex Yugoslavia trajeron por la vía de los hechos una continuada y creciente implicación de la Alianza Atlántica en operaciones fuera de área. Tras sucesivas decisiones ministeriales se ha ido prestando apoyo a las Naciones Unidas para tratar de preservar la paz en Yugoslavia, inicialmente con una operación de seguimiento de embargo, seguida de una operación de imposición del embargo, y otra operación de mantenimiento de la prohibición de vuelos sobre Bosnia, ataques aéreos sobre posiciones en Bosnia para protección de UNPROFOR, para terminar con el despliegue de la Fuerza IFOR el pasado diciembre a fin de asegurar el cumplimiento de los Acuerdos de Dayton.

Todas estas actividades y operaciones alejadas de la finalidad inicial de la Alianza, que era la Defensa Colectiva (artículo 5), han venido a denominarse bajo el término genérico de "Nuevas Misiones", e incluyen operaciones humanitarias, de mantenimiento de la paz, de imposición de la paz y gestión de crisis.

Tras un debate de varios años, en enero de 1994, los Jefes de Estado y de Gobierno aliados, reunidos en la Cumbre de Bruselas, acordaron una serie de iniciativas entre las que cabe destacar por su importancia la adaptación de las estructuras internas tanto políticas como militares de la OTAN para poder llevar a cabo las Nuevas Misiones, la creación de la Asociación para la Paz (Partnership for Peace - PFP) como una organización que incorpora a los países del Este de Europa y otros interesados a las actividades de la Alianza pero sin formar parte de ella, iniciar el estudio de la Ampliación de la Alianza a posibles nuevos miembros y, en otro orden de cosas, estudiar el problema de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva y los medios para evitarla.

Tras las decisiones de la Cumbre de enero de 1994, se iniciaron en la OTAN los correspondientes estudios para el desarrollo de las iniciativas tanto a nivel político, por grupos creados al efecto dependientes del Consejo Atlántico, como a nivel militar, en el Comité Militar. De todos estos trabajos, en los que España participa plenamente, los de mayor interés para nosotros son los correspondientes a la Adaptación Interna, es decir, los que darán paso al establecimiento de una Nueva Estructura Militar de la OTAN.

Posteriormente, en las reuniones ministeriales de Berlín y Bruselas, en junio de 1996, los Ministros de Exteriores y Defensa de la OTAN dieron un impulso adicional a la Adaptación Interna. A este respecto acordaron que los esfuerzos deben dirigirse a asegurar una capacidad militar para cumplir todo tipo de misiones (artículo 5 y "Nuevas Misiones") mediante una Estructura de Mandos Multinacional única y renovada más flexible. Esto debe permitir la participación completa de todos los aliados, la creación de una Identidad Europea de Seguridad y Defensa dentro de la OTAN para operaciones de UEO y la participación en operaciones de la OTAN de los Socios de la Asociación para la Paz.

La incorporación de la Identidad de Seguridad y Defensa Europeas (ISDE) dentro de la OTAN permitirá en un futuro que los

Europeos, a través de la Nueva Estructura, puedan llevar a cabo operaciones bajo el control político y la dirección estratégica de la UEO.

Este profundo proceso de adaptación de las estructuras de la Alianza, de la que resultará una OTAN renovada, supone para España una ocasión única para adecuar la contribución de nuestras Fuerzas Armadas a la Nueva Estructura Militar, participando en la toma de decisiones y asumiendo responsabilidades en la Alianza de forma proporcional a nuestra contribución militar y al peso político que España tiene.

LA UNION EUROPEA OCCIDENTAL Y SU CONTRIBUCION A LA DEFENSA EUROPEA

La UEO es una organización internacional de ámbito europeo, creada para promover la cooperación intergubernamental europea en el campo de la seguridad. En sentido estricto, la organización se compone de diez Miembros de Pleno Derecho, que constituyen el núcleo de la organización. Alrededor de este círculo, y como prueba de la revitalización de los últimos años, se han incorporado otros países con diferentes estatus de relación: tres Miembros Asociados (pertenecientes a la OTAN), cinco Observadores (pertenecientes a la Unión Europea) y diez Socios Asociados (países de Europa Central y del Este).

La UEO está llamada a realizar tres funciones: defensa colectiva, consultas y debates sobre cuestiones comunes de seguridad y defensa y desarrollo de sus capacidades operativas.

La UEO nació tras la firma del Tratado de Bruselas, en 1948, por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Holanda y el Reino Unido, que fue modificado por los Protocolos de París, en 1954, que dieron lugar a la entrada de Alemania e Italia. (El conjunto del Tratado de Bruselas y los Protocolos de París es conocido como Tratado Modificado de Bruselas.) España y Portugal ingresaron en 1990 y Grecia lo hizo en 1992. La UEO es por tanto anterior a la OTAN, pero pronto pasó a ocupar

un papel secundario durante un tiempo (conocido como "hibernación de la UEO").

Los hitos que marcaron la reactivación reciente de la UEO fueron la Declaración de Roma de 1984 y la Plataforma de La Haya de 1989, debido a la necesidad sentida por algunos países europeos de definir una identidad de seguridad europea y un mayor protagonismo de los europeos en la defensa de Europa, mediante lo que se conoció como "refuerzo del pilar europeo de la Alianza". Como fruto de esta reactivación, se pueden citar las primeras operaciones organizadas por la UEO tras la guerra entre Irak e Irán (1988-90) y su participación en la guerra del Golfo (1990).

El Tratado de Maastricht (1991), que dio lugar a lo que hoy es la Unión Europea, constituyó otro impulso para el desarrollo de la UEO, reconociéndola como parte integral del desarrollo de la Unión y pidiéndole que elabore y ponga en práctica decisiones y acciones de la Unión con implicaciones en materia de defensa, sin descuidar las relaciones con la OTAN sobre la base de los principios de complementariedad y transparencia. Fruto de esta multiplicidad de relaciones, se dio entrada a otros Estados europeos, con diversos estatutos de relación según su pertenencia o no a las citadas organizaciones.

La declaración de Petersberg de 1992 estableció las misiones para las cuales la UEO ha de estar preparada: operaciones humanitarias y de rescate, de mantenimiento de la paz y misiones de combate en la gestión de crisis, incluido la imposición de la paz. Estas misiones han dado lugar a un proceso de desarrollo de las capacidades operativas de la organización, para permitir su cumplimiento. Todos los países miembros han contribuido a ello, incluyendo a España, que durante su reciente presidencia de la organización, durante el segundo semestre de 1995, impulsó de modo especial los trabajos en curso.

Las Cumbres del Consejo Atlántico de la OTAN de 1994 y las reuniones ministeriales también de OTAN de junio de 1996 han supuesto un cambio cualitativo importante en las relaciones entre la UEO y la OTAN, pues ya no se habla de "reforzar el pilar europeo de

la Alianza", sino de desarrollar la Identidad de Seguridad y Defensa Europeas en el seno de la misma. Con ello se abre otra puerta para el desarrollo de la UEO, con el objetivo de lograr el establecimiento de mecanismos y procedimientos que permitan a la UEO organizar y dirigir operaciones con el apoyo de la OTAN.

En la base de esta relación renovada entre OTAN y UEO está la voluntad política de los gobiernos europeos de evitar duplicidades entre ambas organizaciones. No se trata de hacer de la UEO una nueva "OTAN europea", sino que las estructuras y medios colectivos de la OTAN, que también pertenecen a los aliados europeos, se pongan a disposición de la UEO cuando ésta decida realizar una operación y la OTAN no considere su propia participación.

LAS FUERZAS MULTINACIONALES EUROPEAS

Durante los últimos años se han producido numerosas iniciativas para constituir Fuerzas Multinacionales en Europa entre grupos de países. La causa principal de esta tendencia es contribuir a la creación, en este caso desde abajo con iniciativas específicas, de la Identidad Europea de Seguridad y Defensa, como un compromiso más de los países europeos en el proceso de construcción europea. Otras causas serían la necesidad de organizarse, en este contexto europeo, para responder a los nuevos riesgos y desafíos, junto con una necesidad de aumentar la cooperación en materia de seguridad y defensa como una medida para lograr economía de medios en tiempos en que se observa una reducción de los gastos de defensa. A diferencia de la participación en OTAN o UEO, la creación de las Fuerzas Multinacionales es un caso de asociación práctica para conseguir una mejor efectividad a nivel de Grandes Unidades.

España se ha sumado desde un principio a estas iniciativas, incorporándose a formaciones previamente constituidas o sumándose desde su inicio a la creación de una nueva. Por la primera vía, se produjo en 1994 la incorporación al EUROCUERPO, formación multinacional constituida en 1992 por Francia

y Alemania, y a la que posteriormente se han sumado, además de España, Bélgica y Luxemburgo. Esta Fuerza Multinacional tiene la entidad de un Cuerpo de Ejército, con unos efectivos aproximados de 60.000 hombres. Uno de los objetivos de la creación del Eurocuerpo es el fortalecimiento de la Identidad Europea de Seguridad y Defensa, por lo que se ha puesto a disposición tanto de la OTAN como de la UEO, para ser empleada en el marco de dichas organizaciones en las posibles operaciones que pudieran organizar.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad, España ha sido nación fundadora de las Eurofuerzas EUROFOR y EUROMARFOR, constituidas con ocasión del Consejo Ministerial de la UEO, celebrado en Lisboa en mayo de 1995, en que España, Francia e Italia lanzaron tales iniciativas con el propósito de contribuir a dotar a Europa de una capacidad militar propia, ofreciendo a los países de la UEO que desearan participar en sus operaciones una estructura básica multinacional a disposición de la citada organización y contemplando la posibilidad de participar en las iniciativas de los Organismos Internacionales para el mantenimiento de la paz. Ambas Fuerzas están abiertas a los demás países miembros de la UEO, y así Portugal se sumó a esta iniciativa desde el momento mismo de su desarrollo, siendo por tanto la cuarta nación participante en las mismas.

La Eurofuerza Operativa Rápida (EUROFOR) es una fuerza terrestre de entidad variable pero que puede llegar hasta División, ligera y fácilmente desplegable. Esta contará, tras su activación, con un Cuartel General permanente que tendrá su sede en Florencia y unas Unidades que se incorporarían para cada ejercicio u operación real. Desde el 2 de octubre de 1995 se iniciaron los trabajos de activación del Estado Mayor de EUROFOR, con la constitución en Florencia del Estado Mayor de Activación.

La Fuerza Marítima Europea (EUROMARFOR) es una fuerza marítima con capacidad aeronaval y anfibia, preestructurada y no permanente. Su Mando se articula en dos niveles: un Comandante, que se nombrará por turno anual entre los Almirantes de Flota de

los países participantes, que es responsable de la reunión y preparación de la Fuerza y de la elaboración de sus planes de empleo, y un Comandante Táctico, que se designará para cada activación.

Recientemente se ha lanzado otra iniciativa concreta que es la Fuerza Anfibia Hispano-Italiana que tiene por objeto agrupar bajo una misma unidad orgánica elementos de Infantería de Marina y buques anfibios pertenecientes a las dos naciones mediterráneas. Con ello se complementarán las capacidades anfibias de ambas naciones para lo que se ejercitarán en esta táctica, tan necesaria para las operaciones previstas de OTAN y UEO.

LAS FUERZAS ARMADAS ESPAÑOLAS EN EL FUTURO MARCO INTERNACIONAL

Se puede concluir que, en la década de los ochenta, las Fuerzas Armadas españolas salieron al exterior y aprendieron a "conocer" a la OTAN y a una incipiente UEO. En un entorno nacional de incompreensión hacia la OTAN, nuestros Jefes y Oficiales acudieron a Bruselas y a los Cuarteles Generales de la Alianza tratando de establecer nuestra contribución al esfuerzo aliado en el marco del referéndum, lo cual obligaba a hacerlo fuera de la entonces Estructura Militar Integrada.

La década de los noventa en la que nos encontramos es un período de fructífera cooperación con la OTAN en las Operaciones y Ejercicios que han tenido lugar con el fin de apuntalar la seguridad europea. Nuestros soldados, aviadores y marinos han contribuido a las Operaciones de OTAN pero sin formar parte de la Estructura Militar. Es una situación cuanto menos curiosa en la que la participación española ha sido intensa pero las decisiones de planeamiento eran tomadas por oficiales de otras nacionalidades; los mismos oficiales de las demás naciones no alcanzaban a comprender las razones de esta extraña situación.

Afortunadamente, la evolución de la estructura de la OTAN va a permitir a nuestras Fuerzas Armadas regularizar su situación en una OTAN renovada. Si todo sale como está

previsto, el siglo que viene verá a una Alianza Atlántica reforzada con nuevos miembros del Este de Europa y con una Estructura Militar más reducida y flexible y preparada para las nuevas misiones de mantenimiento de la paz y de gestión de crisis. La Estructura dará cabida en su seno a una materialización de la Identidad de Seguridad y Defensa Europea a fin de permitir la ejecución de Operaciones de la UEO con apoyo de la OTAN; podríamos enunciar el lema de "una sola estructura militar para dos organismos de seguridad". Además por la vía de los hechos, la participación concreta se haría a través de las Fuerzas Multinacionales europeas de carácter permanente o semipermanente. En esta nueva Estructura Militar estarán las Fuerzas Armadas españolas en igualdad de condiciones que el resto de los aliados.

No quiero finalizar este artículo sin hacer mención, aunque sea en el plano teórico, al

papel que la Guardia Civil puede ser llamada a cumplir en la seguridad europea del próximo siglo. No es la primera vez que el Instituto Armado ha participado en Operaciones fuera de España, como es el caso de Yugoslavia (Danubio y Mostar) o en países de América y Africa. El carácter de las nuevas misiones de OTAN y UEO (humanitarias, mantenimiento de la paz o gestión de crisis) ciertamente dan cabida a una participación de la Benemérita. Es este un tema sobre cuya oportunidad no me corresponde a mí opinar o decidir. Sí puedo afirmar con conocimiento de causa que fuera de España, allá donde los servicios de la Guardia Civil han sido requeridos, la entrega, disponibilidad permanente y eficacia han sido los elementos que han marcado su actuación; ello por otra parte no nos sorprende a los que dentro de España conocemos el quehacer diario de la Benemérita.

LA PROTECCIÓN PROCESAL DEL MEDIO AMBIENTE

VICENTE GIMENO SENDRA
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Procesal

JOSE GARBERI LLOBREGAT
Catedrático de Derecho Procesal

I. EL "MEDIO AMBIENTE" COMO OBJETO LITIGIOSO

Para abordar de manera adecuada un análisis sobre la protección procesal del "medio ambiente" se hace necesario determinar, con carácter previo, qué ha de entenderse por dicho concepto, es decir, cuál es su contenido y los perfiles que, en su caso, permitan distinguirlo de otros bienes jurídicos semejantes tales como la salud, el consumo, la calidad de vida, el bienestar social, etc., puesto que, de no resultar delimitado de alguna forma el concepto de "medio ambiente", tampoco sería posible la identificación del *bien litigioso* a los efectos de evaluar el alcance y la eficacia de su tutela jurisdiccional.

Dicha labor, sin embargo, resulta extremadamente complicada puesto que, como ha advertido HOHMANN (1), es difícil definir cuál sea el bien jurídico "medio ambiente" cuando todavía no está lo suficientemente aclarado el propio concepto común de "medio ambiente". Con mayor claridad, incluso, lo ha expresado PEREZ MORENO (2), para quien «las diversas corrientes doctrinales acerca del contenido del "medio ambiente" son una muestra de que éste no es sólo un concepto jurídico indeterminado cuando se incluye en una norma, sino que se trata también de un objeto jurídico indeterminado». Sirva sólo, por su amplitud e indefinición, a título de ejemplo el concepto proporcionado por el penalista alemán TRIFFTERER (3), para quien el medio ambiente es "todo aquello que de una manera positiva o negativa puede influir sobre la existencia humana digna o en una mayor o menor calidad de vida".

Por esta razón, el punto de partida obligado, para llevar a cabo la mencionada conceptualización, ha de ser nuestro derecho positivo y, dentro de él, la propia Constitución, en cuyo artículo 45 se refiere expresamente al "medio ambiente" en los siguientes términos: "*Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo*", proclamación a la que se añade en párrafos posteriores el deber de los poderes públicos, asistidos por la solidaridad colectiva, de asegurar –incluso por la vía penal– la integridad y el buen uso de los recursos naturales.

De la transcrita norma constitucional es posible inferir, en primer lugar, que el derecho al "medio ambiente" se configura como un auténtico derecho constitucional, en la actualidad incardinado dentro de la categoría de los "derechos sociales" (pero susceptible, como veremos, de transformarse en derecho fundamental por obra de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); en segundo, que se trata de un derecho de disfrute (y, en cuanto tal, es susceptible de ser "poseído") y en tercer término, que la relación entre dicho derecho y los "recursos naturales" permite afirmar que también el constituyente, al igual que un sector mayoritario de la doctrina (4), se ha decantado por un concepto físico del medio ambiente.

De ahí que no sea aventurado hablar de medio ambiente como *conjunto de elementos naturales básicos que delimitan un entorno natural de los sujetos propiciador de la vida*, que puede ser modificado por el hombre dentro de ciertos límites que remiten, a su vez, a cánones conservacionistas históricamente cambiantes (5); o, tal y como se definió en las "Jornadas sobre Medio Ambiente" celebradas en Madrid, en 1988, por medio ambiente cabe entender "el mantenimiento de la propiedad del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y de las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga en su sistema subordinado y no sufra alteración perjudicial" (6).

Desde esta perspectiva, pues, y excluidos del concepto los factores socioeconómicos o los culturales –cuya concurrencia determinaría, según afirma LOPEZ RAMON (7), que nada fuera extraño al mismo–, el medio ambiente constituirá el bien litigioso de una pretensión procesal cuando la petición se sustente en hechos con relevancia jurídica directamente relacionados con la negación del ejercicio del derecho al disfrute de dicho entorno natural.

De lo dicho claramente se infiere que, aun cuando no quepa desconocer la existencia de pretensiones declarativas de nulidad o constitutivas de anulación de actos o negocios jurídicos relacionados con el medio ambiente (así, por ejemplo, la impugnación de un plan de urbanismo), la inmensa mayoría de pretensiones de tutela del medio ambiente lo son de *condena* al agresor al cumplimiento de una determinada prestación. Pretensiones de condena que, tal como dispone el número tercero del artículo 45 de la CE, pueden encontrarse sustanciadas, tanto en el Derecho Penal y en el Administrativo sancionador, como en el Derecho Civil, si el acto ilícito, como desgraciadamente suele acontecer, ha podido producir algún daño en la esfera patrimonial de los particulares.

II. EL ENJUICIAMIENTO DE LOS CONFLICTOS MEDIOAMBIENTALES: PROBLEMÁTICA GENERAL

La protección procesal del medio ambiente abarca, por tanto, todo el ordenamiento procesal. Pero antes de adentrarnos en la problemática que dicha protección suscita en cada uno de los distintos órdenes jurisdiccionales, civil, penal y contencioso-administrativo, es conveniente reflejar, desde un punto de vista sistemático, la que es común a todos ellos y que es reconducible a la constitución de los órganos jurisdiccionales, más concretamente a la instauración de los jueces legos para el enjuiciamiento de los conflictos medioambientales, así como la que suscita el derecho a la tutela en su manifestación de libre acceso de las partes al proceso.

1. Constitución de los órganos jurisdiccionales: ¿jueces técnicos o legos?

La circunstancia de que, dados los términos en los que aparece redactado el artículo 45.1 CE ("todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente..., así como el deber de conservarlo"), el derecho constitucional al medio ambiente pertenezca a la categoría, acuñada por CARNELUTTI (8) de los "*derechos-deberes*", unida a la de que el número segundo del mismo precepto constitucional permita hablar de una corresponsabilidad social solidaria entre los ciudadanos y los poderes públicos en la protección del medio ambiente y a la de que, en definitiva, los atentados al medio ambiente afecten con la misma intensidad a todo el conjunto de la ciudadanía, permite plantearnos la duda, consistente en determinar, si, dentro de las diversas modalidades de participación popular en la administración de justicia, previstas en el artículo 125, tiene alguna cabida la intervención de los *jueces legos* en la tutela jurisdiccional del medio ambiente.

La contestación, sin embargo, a la referida pregunta no puede ser unívoca, ya que la remisión que la referida norma constitucional efectúa al proceso penal obliga a diferenciar la intervención de los ciudadanos en la tutela procesal penal del medio ambiente, de la de la misma intervención en los demás órdenes jurisdiccionales, civil y administrativo.

A) Orden jurisdiccional penal

Como es sabido, el artículo 125 CE prevé la intervención del Jurado en "aquellos procesos penales que la Ley determine", dejando un amplio margen de discrecionalidad al Poder Legislativo para determinar la competencia objetiva de este derecho cívico de configuración legal.

En cumplimiento de este mandato constitucional el artículo 1.1."g" y 2."h" de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, ha incluido dentro de la competencia de esta forma de participación popular a los "delitos contra el medio ambiente" (artículo 1.1. "g").

Ahora bien, no obstante esta declaración general de atribución de la competencia, lo cierto es que su concreción legislativa, efectuada a través de un criterio positivo o de "listado", consagrado en el número segundo, apartado "h" del mismo precepto, ha reducido sensiblemente esta atribución competencial, dejándola exclusivamente ceñida a los delitos de "incendios forestales" contenidos en los artículos 553 bis a) a 553 bis c) del Código Penal. En particular, no entrará dentro de la esfera de competencia del nuevo Jurado el denominado "delito ecológico" del artículo 347 bis del Código Penal.

Esta exclusión del ámbito de conocimiento del futuro conocimiento del jurado español no puede parecer sino incomprensible y, por ende, censurable, pues, si puede parecer lógico que los delitos que atenten al patrimonio social colectivo, como lo es el medio ambiente, deban ser juzgados, todos ellos, por los propios titulares de ese derecho de disfrute sobre el mismo (contribuyendo esa "escuela de la ciudadanía" que es el Jurado a estimular la conciencia cívica sobre la defensa del medio ambiente) y, por esta razón, se le confiere al todavía "non nato" jurado español competencia para la represión de los delitos de "incendios forestales", ya no lo puede parecer tanto la exclusión del delito ecológico, consistente en emitir o verter sustancias contaminantes a la atmósfera, agua o suelo, cuya comisión igualmente compromete dicho patrimonio social colectivo.

Muy posiblemente, en la "mens legislatoris" influyó el modelo de jurado elegido. Al haberse pronunciado el legislador por el modelo *anglosajón del jurado de hecho* (imprecisamente denominado "jurado puro"), que se revela contraproducente para el conocimiento de tipos penales imperfectos, que no sean de mera descripción objetiva —pues al deliberar solos los ciudadanos sin asesoramiento jurídico alguno no pueden entender de los elementos típicos de valoración jurídica—, hubiera resultado muy problemático otorgar a dicho jurado el conocimiento del tipo comprendido en el artículo 347 bis, toda vez que la integración de dicha conducta exige, como cuestión prejudicial no devolutiva, que el jurado deter-

mine si la emisión o vertido se ha efectuado "contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente". Por esta razón, hubiera sido mucho más coherente con los criterios de atribución de la competencia haber instaurado el modelo de *escabinado* o Jurado de hechos y de derecho, en la actualidad hegemónico en toda Europa, que, entre otras ventajas (9), hubiera permitido extender también la competencia al delito ecológico.

B) *Ordenes jurisdiccionales civil y administrativo*

a) Todo al contrario que en el orden procesal penal la intervención de los ciudadanos en la tutela procesal civil y administrativa del medio ambiente aparece como más problemática y ello porque el artículo 125 de la CE, al reservar la fórmula del Jurado al ámbito del proceso penal, tan sólo prevé como medio de participación popular la integración de los ciudadanos en los "Tribunales consuetudinarios y tradicionales", lo que, en la práctica, tan sólo acontece con el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, que, integrado en la Jurisdicción como un Tribunal consuetudinario y tradicional (art. 19.3 LOPJ), como ha demostrado cumplidamente FAIREN (10), debido a la plena hegemonía de los principios de oralidad y concentración administra justicia de una forma rápida, gratuita y con una total eficacia basada en la "auctoritas" de sus miembros integrantes, que son reclutados de entre los propios agricultores regantes de la Vega valenciana.

b) Pero que la Constitución no prevea esta forma de intervención no significa que la prohíba, ya que no es misión de la Ley Fundamental limitar o restringir los derechos fundamentales, sino garantizar su libre ejercicio. Dicho en otras palabras, la función del artículo 125 de la CE no consiste en vedar el acceso de los ciudadanos al oficio jurisdiccional fuera del ámbito del proceso penal o el de los Tribunales consuetudinarios, sino en proteger este acceso a la función jurisdiccional al menos en los indicados ámbitos jurisdiccionales. Por esta razón, en principio, nada se opone a la Constitución que a la hora de regu-

lar este "derecho de configuración legal", cual es el del acceso al Jurado, pudiera el legislador ordinario, siempre y cuando no incurra en la creación de una jurisdicción especial que se revelaría contraria al principio de "unidad jurisdiccional" sustentado en el artículo 117.3 CE, prever algún tipo de participación popular en los indicados ámbitos procesales, civil y administrativo, y en todo lo referente a la protección del medio ambiente.

En el derecho comparado no cabe desconocer, en este sentido, la importancia de los Jurados en materias de distribución de aguas, en países tales como los nórdicos (Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Holanda...), donde subsisten tribunales mixtos constituidos por un juez técnico y por diversos asesores legos (11), los cuales presentan la importante ventaja de acometer la solución del conflicto de una forma sencilla, rápida, económica y eficaz. Con un carácter más general, tampoco se puede soslayar la existencia de "Tribunales de escabinos" en la primera y segunda instancia de la justicia administrativa alemana; así, la *Verwaltungsgerichtordnung* (VwGO) dispone que los Tribunales administrativos alemanes se constituirán mediante la intervención de tres jueces técnicos y dos legos (§ 5.3), observándose la misma proporción en el Tribunal Superior Administrativo del Land (§ 9.3).

Todas estas fórmulas de participación popular tienen, en nuestra opinión, encaje en la Constitución, siempre y cuando no entrañen la creación de una jurisdicción especial, lo que, sin duda, acontecería si se tratara de instaurar algún género de "tribunal popular". Ningún inconveniente constitucional existiría, en tal sentido, si se potenciara el *arbitraje* como vía más rápida y apta para solucionar los conflictos medioambientales y descongestionar nuestra excesivamente lenta justicia administrativa o incluso podría explorarse la instauración de un "asesoramiento", a modo de *escabinado*, de ciudadanos al juez civil en la referida materia de aguas; distinto tratamiento constitucional tendría, sin embargo, la hipotética creación de "Jurados de riego" integrados exclusivamente por ciudadanos y con la facultad de dirimir de una manera irrevocable tales conflictos, pues, al no tener origen consuetudinario, tampoco tendrían encaje alguno en el artículo 125 CE, constituyendo un claro supuesto de creación de "jurisdicción especial" que, al encontrarse en flagrante contradicción con los principios constituciona-

les de exclusividad y de unidad jurisdiccional (art. 117.3 y 5 CE), se harían acreedores de una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad.

c) Esto mismo ocurriría, si la Administración, como consecuencia de un desmesurado entendimiento del principio de autotutela, extendiera sus pronunciamientos, no sólo a la imposición de sanciones derivadas de la comisión de ilícitos administrativos o incluso al señalamiento de la obligación de restitución o de indemnización de los daños y perjuicios que pudieran haberse cometido al dominio público, en la línea autorizada por el artículo 45.3 CE, prevista en el artículo 130 de la LPAC y secundada por los artículos 47.1 de la Ley 1.170/1970 de Caza, 16 del Real Decreto 833/1975 de desarrollo de la Ley 38/1972 de Protección del ambiente atmosférico, 110.1 de la Ley 29/1985 de Aguas, 100.1 y 107.1 de la Ley 22/1988 de Costas, y 37.2. de la Ley 4/1989 de conservación del espacio terrestre, fauna y flora silvestres, sino también a la determinación de los daños cometidos en las personas o patrimonio de terceros como consecuencia de la emisión de vertidos contaminantes y remisión para su efectiva realización al procedimiento administrativo de apremio. Esto último es lo que viene a disponer el artículo 19.3 de la Ley 206/1986 básica de residuos tóxicos y peligrosos, con respecto al cual se hace obligado afirmar que la firmeza de este pronunciamiento civil de condena contenido en un acto administrativo en modo alguno puede resultar definitivo en todo lo referente al legítimo derecho de crédito del perjudicado, quien ha de poder reaccionar contra el infractor a través del proceso civil correspondiente, en donde se le ha de autorizar a discutir con toda su amplitud, tanto la valoración como el "quantum" de la indemnización, sin que la determinada en el acto administrativo alcance para el perjudicado efecto alguno de cosa juzgada, ya que, cualquier otra interpretación, conduciría a la irrogación por la Administración de funciones jurisdiccionales con grave quebranto de los enunciados principios de unidad y exclusividad jurisdiccional (12).

2. El derecho a la tutela judicial efectiva

Una vez determinados los principales problemas que suscitan la constitución de los órganos jurisdiccionales en el enjuiciamiento de los conflictos medioambientales, hemos de examinar ahora los que pueden de algún modo condicionar el libre acceso de las partes al proceso o, dicho en términos negativos, hemos de dilucidar qué obstáculos pueden impedir el ejercicio por los particulares de su derecho de acción sobre el medio ambiente.

En el momento actual tales obstáculos pueden ser sistematizados en dos grandes grupos: materiales y procesales. En el primero de ellos tienen encaje aquellos que, por afectar a la ausencia de la titularidad de los derechos o intereses en conflicto, pueden impedir la entrada de las partes en el proceso como consecuencia de su falta de legitimación activa, en tanto que al segundo grupo pertenecen los condicionamientos, la mayoría de ellos económicos que, de una manera directa (las cauciones) o indirecta (la onerosidad de la justicia), impiden que ese libre acceso sea efectivo.

A) *La legitimación activa*

Como es sabido, para obtener una sentencia de fondo es necesario que quien deduce la pretensión se encuentre con respecto al bien litigioso en la relación jurídico material requerida por el ordenamiento. Esta relación puede abarcar desde la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo a ser portador de un "interés difuso" o incluso puede la norma material ser mucho más generosa y conferir el derecho de acción a todo sujeto de derecho, en cuyo caso nos encontraremos ante un fenómeno de "acción popular". Pues bien, todas estas clases de legitimación activa pueden suscitarse a la hora de plantear un conflicto medioambiental ante nuestros Tribunales, tal y como pasamos someramente a examinar a continuación.

a) *Legitimación ordinaria*

En los supuestos de acciones lesivas del medio ambiente y productoras de daños a ter-

ceros ostentan legitimación originaria los titulares de los derechos subjetivos infringidos, quienes pueden reaccionar suscitando un procedimiento administrativo sancionador en su calidad de "interesados" (del artículo 31.1.a de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo Común) (13), deducir una pretensión "de plena jurisdicción" al amparo de la legitimación prevista en el artículo 28.2 de la LJCA, comparecer en un proceso penal incoado ante la sospecha de la comisión de un delito contra el medio ambiente, en calidad de ofendidos y/o perjudicados, o suscitar el proceso civil declarativo correspondiente (al que se remite, por ejemplo, el artículo 65 de la Ley 25/1964, reguladora de la energía nuclear, en los casos de responsabilidad "objetiva" derivada de accidente nuclear) en concepto de parte principal.

Pero la gravedad y desmesurado alcance de los daños que suelen producir las infracciones al entorno ambiental (los cuales suelen exceder del ámbito de lo individual para insertarse en lo colectivo) (14), la escasez de recursos de los particulares para afrontar los considerables gastos del proceso, todavía excesivamente lento y oneroso, hacen que la doctrina y la jurisprudencia hayan ido paulatinamente admitiendo otro tipo de legitimación: la de los titulares de *intereses difusos*, de los que nos vamos a ocupar a continuación.

b) *Intereses difusos*

Se entiende por "intereses difusos" los que pueden surgir como consecuencia de daños o riesgos inminentes a una importante pluralidad de individuos pertenecientes a determinados colectivos de la comunidad social, que, dotados de personalidad jurídica o sin ella, pueden reaccionar procesalmente mediante el ejercicio de las, en el derecho comparado, denominadas "acciones de grupo" (las *Verbandklage* del derecho alemán, o las *class actions* de los USA) (15), cuya fundamental virtualidad consiste en provocar una extensión subjetiva de los límites de la cosa juzgada en favor de todas aquellas personas partícipes del mismo interés que el de la agrupación que ejerce la acción (16).

No cabe olvidar que el título jurídico que faculta para instar la protección del medio ambiente es el del "derecho subjetivo al disfrute", el cual ostenta un carácter difuso (17) por corresponder su titularidad a todas las personas, sin distinción y sin que entre ellas haya de existir necesariamente algún vínculo jurídico (18), lo que autoriza a pensar que son éstas quienes, organizadas en grupos o formando parte de los denominados "cuerpos intermedios" (así, por ejemplo, las asociaciones de agricultores para la lucha contra la "lluvia ácida" o las cofradías de pescadores contra la contaminación marina), al defender sus propios intereses, al propio tiempo asumen la tutela del medio ambiente, reaccionando incluso, ante su perturbación, con mucha mayor eficacia que una persona individual. De este modo, ha podido advertir CAPPELLETTI (19) que, frente a fenómenos como la contaminación de las aguas de un río o el vertido a la atmósfera de sustancias tóxicas o hediondas, "el individuo aislado se encuentra impotente", por lo que, si la sociedad no se organiza, "el individuo sufre las consecuencias del carácter difuso o fragmentario de su interés personal".

El problema de la admisión de la legitimación de los portadores de intereses difusos, que hoy han adquirido carta de naturaleza fundamentalmente por obra de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (20), no es otro sino el de la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada en las sentencias civiles de condena. Y ello, porque, aun cuando ningún inconveniente exista para que puedan comparecer tales asociaciones en el proceso penal, dada la generosidad de la legitimación activa (arts. 100 y 270 LECrim), como acusadores populares o privados, puedan asimismo suscitar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador (arts. 31.1.a y c y 31.2 LPAC) o incluso deducir una pretensión constitutiva de anulación en el proceso contencioso-administrativo (así, por ejemplo, la dirigida a obtener la nulidad de una autorización o licencia, lo que, sin duda, beneficiará a todos los miembros del colectivo, hayan o no comparecido en el proceso) al amparo de lo dispuesto en los ar-

tículos 32 y 28.1.a de la LJCA, tratándose de un proceso civil, al no concurrir la "identidad subjetiva" prevista en el artículo 1.252 del CC, no pueden extenderse los efectos materiales de la cosa juzgada a personas distintas a las personadas en el proceso, a salvo, claro está, de la posibilidad de que tales "cuerpos intermedios" legal, estatutariamente (21) o por obra de un contrato de mandato asuman la representación individual de cada uno de los miembros del colectivo afectado por la sentencia, en cuyo caso habrán de comparecer en el proceso bajo una sola representación.

c) *La acción popular medioambiental*

Similares problemas plantea la admisibilidad de la acción popular en los procesos que puedan suscitarse para la protección del entorno ambiental.

a') Desde un plano meramente teórico ninguna dificultad existe en su más amplio reconocimiento, y ello porque desde una puesta en relación del artículo 45.1 con los artículos 24.1 y 125 de la CE cabe inferir la conclusión de que, en nuestro ordenamiento, *ha admitirse, como regla general, la acción popular en la defensa del medio ambiente*. En efecto, como es sabido el artículo 24.1 proclama el derecho que a todos asiste a la tutela judicial efectiva de los derechos legítimos, de entre los que hay que estimar incluido, por imperativo del artículo 45.1 CE, el "derecho-deber de disfrute y conservación del medio ambiente". Pues bien, si los titulares de dicho derecho-deber son "todos" y no sólo los unidos con el medio ambiente por una determinada relación jurídico-material, es evidente que su *defensa procesal*, cuando se lesione o ponga en peligro ese derecho de disfrute, *corresponde a todos los sujetos de derecho "quibus ex populo"*, es decir, por el solo hecho de tener capacidad para el ejercicio del derecho de acción o de tutela.

b') Así pues, desde un punto de vista subjetivo la titularidad de la acción popular medioambiental asiste, tanto a las personas físicas, cuanto a las jurídicas. De entre las primeras hay que destacar que, a diferencia

de otros derechos constitucionales (así, por ejemplo, lo contenidos en los artículos 14, 19, 23, 29 y 30, etc.), la Constitución no reserva su ejercicio a los ciudadanos españoles, por lo que ha de predicarse también de los *extranjeros*, lo que se cohonesta con la naturaleza de este derecho que es, en general, patrimonio de la humanidad. De entre las segundas, debido a la circunstancia de que los ataques al medio ambiente suelen provenir precisamente de personas jurídicas interesadas en la extracción o explotación de los recursos naturales, y con el objeto de evitar abusos en su ejercicio tales como extorsiones o chantajes económicos, debiera la jurisprudencia (22) secundar un criterio reduccionista y limitar su ejercicio a las *asociaciones*, fundaciones y corporaciones e incluso entes sin personalidad jurídica (así, por ejemplo, las juntas de vecinos, parroquias o de barrio), pero en cualquier caso *sin espíritu de lucro*. En particular, y tratándose de asociaciones cuyo único objeto lo pueda constituir la defensa del medio ambiente, el nuevo artículo 31.2 de la LPAC les confiere la cualidad de "interesadas" a los efectos de poder promover o comparecer en cualquier procedimiento administrativo (23), debiéndoseles otorgar también dicha legitimación en el proceso contencioso-administrativo en los términos que se reflejan más abajo.

c') Desde una dimensión objetiva debe señalarse que el ámbito de aplicación de dicha acción popular no puede quedar ceñido al ámbito del proceso penal, aun cuando sea en dicha manifestación de la Jurisdicción donde mayor relieve haya alcanzado dicho fenómeno (arts. 100 y ss. y 270 LECrim). Pero, a diferencia del Jurado, el artículo 125 CE no circunscribe este derecho al proceso penal, por lo que, en principio, y habida cuenta de que los derechos constitucionales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 10.1 CE), *la acción popular ha de ser reclamable ante todos los órdenes jurisdiccionales*, si bien, tratándose de los denominados "derechos sociales" del capítulo tercero del Título 1^º de la CE, ningún obstáculo constitucional existe para que pueda sufrir ciertas modulaciones por parte del legislador ordinario.

d') Por consiguiente, en nada se opone a

la Constitución el que una ley ordinaria pueda limitar el ejercicio de la acción popular a determinados tipos de pretensiones, cual acontece con las normas procesales civiles que disciplinan la legitimación activa (artículo 533.4^º LEC en relación con el artículo 1.252 CC), de cuyo régimen cabe llegar a la conclusión de que, al igual como ocurre con la protección de los intereses difusos, tampoco se puede reconocer la existencia de una acción popular para el planteamiento de pretensiones civiles de condena.

Por el contrario, y con independencia del proceso penal, como consecuencia de la aplicación inmediata y directa de los artículos 45.1 y 125 CE, debiera reconocerse, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, la acción popular para deducir *pretensiones administrativas de condena* dirigidas a la reintegración del ordenamiento administrativo perturbado por la comisión de ilícitos administrativos, a la adopción de medidas correctoras y respetuosas con el medio ambiente e incluso *pretensiones de anulación* de licencias o de revocación de concesiones por incumplimiento de la legislación de medio ambiente, debiéndose excluir en cualquier caso la interposición de las denominadas pretensiones de "plena jurisdicción" dirigidas al restablecimiento de derechos subjetivos del artículo 28.2 LJCA (24).

En cualquier caso, al nivel de la legalidad ordinaria, nuestro ordenamiento conoce los siguientes supuestos de ejercicio por los particulares de la acción popular: a) *Impropios* o *de iniciación del procedimiento administrativo sancionador*: tienen especialmente reconocida esta legitimación todas las personas para denunciar infracciones en sede administrativa al amparo del artículo 58 de la Ley de 20 de febrero de 1942 de Pesca Fluvial, del artículo 47.1.b de la Ley 1170/1970 de Caza o del artículo 16 del RD 833/1975 de protección del ambiente atmosférico en lo referente a las denuncias de zonas de atmósfera contaminada, debiéndose, en general, reconocer dicha legitimación hoy para todos los supuestos de incoación de procedimientos administrativos de carácter sancionador o dirigidos a la obtención de medidas correctoras, de clausura,

oposición o revocación de concesiones o licencias; a esta conclusión se hace obligado llegar desde una lectura conjunta del artículo 45.1 CE con el artículo 31.1.a LPAC, ya que, si aquel derecho constitucional merece la calificación de "colectivo" y el artículo 31.1.a de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo extiende la cualidad de "interesado" a los titulares de tales intereses colectivos, es evidente que *todos* pueden suscitar procedimientos administrativos dirigidos a la protección del entorno natural; b) *Propios* o auténticos supuestos de ejercicio de la acción popular ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo, hay que mencionar los artículos 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y 304 de la Ley del Suelo (TRLRHL, D. Legisl. 1/1992, de 26 de junio).

B) *Obstáculos procesales*

Examinados los principales condicionamientos jurídico materiales del ejercicio del derecho a la tutela, hemos de determinar ahora los obstáculos procesales que pueden, bien dificultar la comparecencia de las partes actoras o acusadoras, bien erigirse en un factor de retardo en la tramitación de los procesos dirigidos a la protección procesal del medio ambiente.

Tal y como se ha avanzado, tales obstáculos vienen en la actualidad integrados por la exigibilidad de fianzas a ciertos demandantes o acusadores populares que pretendan asumir la tutela del medio ambiente, la denegación que a los mismos se pueda efectuar de los beneficios de la justicia gratuita y la ausencia de criterios eficaces sobre la representación procesal que puede contribuir a alargar indebidamente la solución del conflicto.

a) *Cauciones y fianzas*

Los obstáculos económicos que, en la práctica, podrían convertirse en un serio obstáculo a la interposición de pretensiones de protección del entorno ambiental se circunscriben a la *caución de arraigo* del artículo 534

de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la *fianza del acusador popular* de los artículos 280 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a') La "*cautio iudicatum solvi*" o caución de arraigo en juicio, prevista en el artículo 534 LEC es una institución destinada a prevenir los daños que pudiera originar una conducta procesal temeraria del demandante extranjero con respecto al cual el legislador presume que eludirá el pago de las futuras costas procesales.

Recordemos que, como se ha avanzado, al ser el titular del derecho contenido en el artículo 45.1 CE todos y cada uno de los seres humanos, y ello con independencia de su nacionalidad, el extranjero que pretenda la protección procesal del medio ambiente puede verse expuesto a la carga adicional de tener que satisfacer, con anterioridad a la interposición de una demanda, de la referida caución de arraigo en la cuantía que el Juez estime conveniente.

Esta exigencia, sin embargo, debiera ser, en la práctica forense, más teórica que real. No hay que olvidar que la decimonónica LEC es propia de una época de escasa consolidación de las relaciones internacionales y que su exigibilidad, en el momento actual, al menos en lo que respecta a los ciudadanos de la Unión Europea, contravendría ese espacio jurídico común al que hemos de dirigirnos de conformidad con el espíritu del Tratado de Maastricht.

En cualquier caso, tampoco cabe desconocer el extenso catálogo de exenciones al pago de la caución derivada de la aplicación, a la que se refiere el propio artículo 534 LEC, de la reciprocidad convencional, legislativa o jurisprudencial y, sobre todo, de la pertenencia del extranjero a alguno de los Estados signatarios del Convenio Internacional de La Haya de 1 de marzo de 1954 (25), instrumentos normativos todos ellos que convertirán, en la práctica, en inexistente a este presupuesto de admisibilidad de la demanda.

b') Idéntica conclusión hay que reclamar en todo lo referente a la exigibilidad de la fianza del acusador particular, requerida por el artículo 280 LECrim que, tal y como tuvimos

ocasión de desvelar (26), obedece a un prejuicio histórico (que se remonta a la "pena del Talión" de la legislación de "Las Partidas"), consistente en presumir que el ofendido por el delito se mueve siempre en el proceso de buena fe y no quien no lo es, cuando la práctica forense suele reflejar todo lo contrario.

Pero en lo que respecta a la protección procesal penal del medio ambiente es difícil que pueda exigirse una fianza al acusador particular y ello, en primer lugar, porque el artículo 281 LECrim exonera del cumplimiento de este requisito, tanto a los ofendidos por el delito, cuanto a los perjudicados. Por tanto, en principio sólo es reclamable con respecto a los extranjeros ofendidos por el delito (artículo 270.2º en relación con el artículo 281.IIº) y al acusador popular. Ahora bien, con respecto a los primeros les son aplicables todas las exenciones de la caución de arraigo, a las que nos acabamos de referir, y en cuanto a los segundos, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que, como se ha dicho, todos los numerosos perjudicados que ocasionan estos ilícitos penales están exentos del pago de fianza y, en segundo, el carácter difuso del bien jurídico protegido y, por tanto, de sus titulares u ofendidos, los cuales, tratándose de delitos de riesgo, lo es la sociedad (27), por lo que han de estar legitimados, en calidad de ofendidos por el delito, para el ejercicio de la acción penal todos y cada uno de los miembros que integran la comunidad social y, de modo singular, las asociaciones de defensa del medio ambiente que, en tanto que, defensoras de tales intereses difusos, en modo alguno se les puede constreñir al pago de la fianza contemplada en el artículo 280.

Por lo demás, debe tenerse muy en cuenta en el hipotético supuesto de exigibilidad, tanto de la caución de arraigo del extranjero, como de la fianza del acusador popular que, al incidir en el ejercicio de un derecho fundamental como lo es el de "tutela" del artículo 24 en relación con el artículo 125 de la CE, ha de estar sometida a la vigencia del principio de "proporcionalidad", una de cuyas principales exigencias es la de que sea adecuada al cumplimiento del fin constitucionalmente perseguido, cual es la incoación del proceso penal,

razón por la cual ha de ser también adecuada al patrimonio del acusador particular a quien no se le puede convertir nunca en un impedimento para su legítimo ejercicio del derecho a la acción penal (SSTC 62/1983, 113/1984, 147/1985...).

b) *El beneficio de justicia gratuita*

Los obstáculos económicos al libre ejercicio del derecho a la tutela no lo son sólo de índole jurídico, sino que también pueden serlo de índole sociológica y derivada, como ha puesto de relieve, una vez más, el profesor MARTIN MATEO (28), de la desigualdad material en la que se encuentran las partes en conflicto: en tanto que el particular, perjudicado por la acción lesiva al medio ambiente, tiene un menguado patrimonio, el causante de dicha lesión suele ser una poderosa sociedad mercantil que actuará en el proceso asesorada por los más prestigiosos profesionales del derecho.

El perjudicado, por el contrario, habrá de enfrentarse a la anacrónica legislación existente sobre el todavía denominado "beneficio de pobreza", que, en lo que a nuestro tema se refiere, presenta el grave inconveniente de que dicho beneficio, aun cuando haya sido mitigado por la doctrina y la jurisprudencia (29), legalmente tan sólo es reclamable de las personas físicas y no de las jurídicas, quienes, además, no están autorizadas a obtener este beneficio cuando actúen en el proceso penal en calidad de acusadoras populares (artículo 119 LECrim "a contrario sensu"), lo que puede convertirse en la práctica en un grave inconveniente para el ejercicio del derecho de acción por parte de las sociedades de defensa de la naturaleza o del medio ambiente que, al igual como acontece con las sociedades de consumidores, se han revelado imprescindibles para la defensa procesal del medio ambiente.

Nótese, además, que con la sola excepción de las "Asociaciones de consumidores y usuarios" que, por imperativo del artículo 20.1 de la Ley 26/1984, tienen legalmente atribuido el beneficio de pobreza, las asociaciones de defensa del medio ambiente carecen de esta

exención legal, cuyo régimen general es hoy obsoleto, por lo que debiera ser profundamente revisado (30).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.2 CE, es una obligación de todos los poderes públicos (y, por tanto, también del judicial) "proteger..., defender y restaurar el medio ambiente", para cuyo logro de objetivo sería muy conveniente, en la línea preconizada por MARTIN MATEO (31), estimular esta cualidad de actores potenciales de las asociaciones y sociedades sin espíritu de lucro de defensa del medio ambiente (32) a través de la promulgación de una Ley de fomento en la que, entre otras medidas, se les habría de otorgar el beneficio legal de pobreza (33).

c) *Pluralidad de partes*

Asimismo, en dicha futura Ley, cuya promulgación reputamos indispensable para una eficaz defensa del entorno ambiental, debiera contemplarse, con las debidas cautelas en orden a impedir un indebido sacrificio de los derechos subjetivos, un apoderamiento legal a tales asociaciones de defensa del medio ambiente para el ejercicio de las acciones civiles, administrativas y penales, no sólo en el nombre genérico de todos los ciudadanos titulares de disfrute del derecho contenido en el artículo 45.1 CE, sino también en el concreto de los perjudicados por los actos antijurídicos que pudieran producirse con resultados lesivos "en masa".

Como es sabido, la "liberal" regulación de la legitimación y representación de las partes en el proceso ocasiona que, cuando se produzca un acto contrario al medio ambiente y susceptible de producir perjuicios a una colectividad de ciudadanos, hayan todos y cada uno de ellos de otorgar poderes notariales a fin de comparecer individualizadamente en el oportuno proceso civil declarativo, cuya sentencia, en virtud del requisito de la "identidad subjetiva" del artículo 1.252.1 del CC, limitará sus efectos materiales exclusivamente a los perjudicados que, en su día, decidieron comparecer en el referido proceso.

Asimismo, dicha comparecencia habrá de

ser "individual", pues, con la única salvedad del artículo 113 LECrim, los preceptos procesales que "recomiendan" el otorgamiento de poderes a una sola representación y dirección letrada (los artículos 531 LEC y 36.1 LJCA) circunscriben dicho consejo a los codemandados y no a los demandantes, quienes, si no hacen uso de su derecho a otorgar poderes a una sola representación, habrán de deducir tantas demandas como pretensiones de resarcimiento puedan dirigir, lo que ocasionará otras tantas contestaciones de demanda y prácticas de prueba, en su mayoría, superfluas.

En el ámbito del proceso penal, aun cuando el artículo 113 LECrim disponga que "siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación", lo cierto es que, en la práctica forense, los Tribunales suelen ser reacios a estimar como "posible" esta acumulación de pretensiones y, así, hemos visto famosos juicios orales que, como es el caso del del aceite envenenado de "colza", sólo la práctica de las sesiones del juicio oral deparó más de un año de duración, o el del "hundimiento de la presa de Tous" que, cuando se escriben estas líneas, y transcurridos ya más de trece años, todavía espera la realización de un juicio oral en el que todo hace predecir que, ante la pluralidad de acusaciones particulares existentes, podría seguir los pasos del juicio de la colza (34).

Peor suerte tendrán todavía los perjudicados que no hubieran decidido, en su día, comparecer originaria o litisconsorcialmente en el proceso inicial, ya que, como se ha dicho, la ausencia de identidad subjetiva, dados los términos en los que aparece redactado el artículo 1.252. 1^º y 3^º, impide que estos acreedores puedan acudir directamente al proceso de ejecución, habiendo de suscitar nuevamente, contra el causante de la infracción al medio ambiente, el correspondiente proceso declarativo, en donde, además, pueden suscitarse determinados problemas sobre la condena al pago de "prestaciones de futuro" (*Zukunftigeleistungsklage*) (35).

Por todas estas razones, la futura Ley de defensa de los usuarios del medio ambiente debiera, como se ha anticipado, otorgar un mandato "ex lege" a las asociaciones no gubernamentales y sin espíritu de lucro legalmente inscritas a fin de que pudieran ejercer, en nombre de los perjudicados, las acciones civiles y penales que estimaran por convenientes, y ello bajo un régimen similar al que, en la actualidad, ostenta el Ministerio Público para asumir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal en nombre del perjudicado que ni ha comparecido en el proceso penal, ni ha renunciado o reservado su ejercicio (artículo 108 LECrim), con la particularidad además de que debiera admitirse la condena de futuro, lo cual permitiría, una vez firme la sentencia, acceder directamente al proceso de ejecución para obtener la realización de aquellas obligaciones que fueran periódicamente viniendo con arreglo a las bases de ejecución que habrían de determinarse en la sentencia.

Este régimen de sustitución procesal de las referidas asociaciones debiera completarse con otro que protegiera debidamente los derechos de crédito de los perjudicados. Para ello, sería muy conveniente que una norma procesal estableciera la obligación del Juez de primera instancia, a partir de los datos disponibles, de llamar al proceso a todos y cada uno de los perjudicados, por si desearan hacer uso de su derecho a comparecer en él individualizadamente, advirtiéndoseles de que, si no decidieran ejercitar el anterior derecho, no lo renunciaran, ni reservaran o lo ejercitaran ante otro orden jurisdiccional, la asociación demandante por imperativo de la Ley asumiría su tutela en el proceso.

NOTAS

(1) En *Das Rechtgut der Umweltdelikte. Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 230 y ss. (tomamos la cita de DE VICENTE MARTINEZ, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993, p. 60).

(2) En *Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho Ambiental*, en RAP núm. 100-102/1983, vol. 3, p. 2771.

(3) En *Umweltstrafrecht*, Baden-Baden, 1980, p. 23.

(4) Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, en Doc. Jur. número 2/1983 (Monográfico sobre la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal), p. 879; PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1984; BOIX REIG, *Delitos contra el medio ambiente*, en la obra colectiva "Derecho Penal. Parte Especial", Valencia, 1993, p. 374.

(5) Vid. MARTIN MATEO, *El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho Administrativo*, en REALA número 238/1988, p. 1035.

(6) Vid. *Medio Ambiente*, en Revista "Poder Judicial", número especial IV, p. 9.

(7) En *Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente*, en Doc. Admva. número 190/1981, p. 39.

(8) *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires, 1961, p. 33.

(9) Puede consultarse, al respecto, GIMENO, *El artículo 125 de la Constitución española y Los Tribunales de Jurados y de escabinos*, en "Constitución y Proceso", Madrid, 1988, pp. 15-55; FAIREN GUILLEN, *La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia: los Tribunales de Jurados y de Escabinos*, en "Estudios de Derecho Procesal civil, penal y constitucional", Tomo I, Madrid, 1983; MARTIN OSTOS, *Jurado y Escabinado (participación popular en la Administración de Justicia)*, Madrid, 1990.

(10) Vid., fundamentalmente, su obra *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso: oralidad, concentración, rapidez, economía*, 2ª edic., Valencia, 1988, *passim*.

(11) Vid. FAIREN GUILLEN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia*, Valencia, 1977, pp. 22 y ss; VILKKONEN, *Court Organization and Procedure. The Finnish legal system*, Mikkeli, 1985.

(12) Aunque pueda resultar un tanto paradójico, en materia de determinación de daños y perjuicios, la regulación más respetuosa con los referidos principios constitucionales lo constituye el artículo 59.4 de la Ley de 20 de febrero de 1942 de Pesca Fluvial que, para la realización de tales derechos de crédito, remite al juez civil y al procedimiento de apremio.

(13) Artículo 31.1: "se considerarán interesados en el procedimiento administrativo: a) quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos". Una comparecencia especial a modo de "laudatio actoris" puede verse en el artículo 30.2.a del Real Decreto 2414/1961, por el que se aprueba el "Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, en el que se contempla, de un lado, un trámite de "información pública" del expediente dirigido a la concesión de una de las tales licencias, así como, de otro, "la notificación personal a los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento propuesto".

(14) MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, I, Madrid, 1991, p. 178.

(15) Vid. CAPPELLETTI, op. cit., pp. 99-100; del mismo autor, *El acceso a la Justicia de los consumidores*, en "Dimensiones...", cit., pp. 122 y ss.

(16) MARTIN MATEO, op. cit., p. 183.

(17) Sobre dicho concepto vid. RECCHIA, *Considerazione sulla tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milán, 1976.

(18) Vid. PELLEGRINI GRINOVER, *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores*, en RDProc. núm. 3/1988, p. 707; CONSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en "Le azioni a tutela di interessi collettivi", Pádova, 1976, pp. 234-235.

(19) Vid. su trabajo *La Justicia social: acceso a la justicia y responsabilidad del jurista en nuestra época*, en "Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo", trad. Fix Herro, México, 1993, p. 97.

(20) Artículo 7.3 LOPJ: "Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción".

(21) Vid. el artículo 20.1 de la Ley 26/1984, general

para la defensa de los consumidores y usuarios, que faculta a tales asociaciones a "ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios...".

(22) Al igual como "mutatis mutandi" ha excluido del ejercicio de la acción popular a los partidos políticos en las contiendas de claro significado electoral. Vid. nuestro trabajo, *La acusación popular*, en "Poder Judicial", número 31, septiembre 1993, pp. 93-94.

(23) En la práctica, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de junio de 1992, ha conferido legitimación activa a una de dichas asociaciones para comparecer en un procedimiento administrativo a fin de obtener información ambiental en poder de la Administración. Vid. la correcta crítica a su fundamentación desde el artículo 32 LJCA, en ROSA MORENO, *Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva*, REDA, 81, 1994.

(24) MARTIN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental* cit., p. 197.

(25) Una relación de tales países exentos la encontrará el lector en nuestro trabajo, *La fianza del acusador particular: notas sobre la legitimación activa y "caución juratoria" en el proceso penal*, RDProc Iberoamericana, 1976, 1, pp. 85-88.

(26) En el precitado trabajo *La fianza del acusador particular...*, cit., pp. 56-65.

(27) BOIX, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 377.

(28) *Tratado de Derecho Ambiental*, cit., I, pp. 178 y siguientes.

(29) Vid. GOMEZ COLOMER, *El beneficio de pobreza*, Barcelona, 1982, pp. 343 y ss.

(30) Pléñese al respecto que gozan legalmente de este beneficio, no sólo entidades benéficas privadas, sino también financieras, como las "Cajas de Ahorro" que no son precisamente "pobres". Una relación de tales exenciones legales puede verse en GOMEZ COLOMER, op. cit., pp. 134-139.

(31) *Tratado...*, cit., I, p. 191.

(32) CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en "Le azioni...", cit., pp. 200 y ss.

(33) En la línea preconizada, por ejemplo, por el artículo 18 de la Ley 7347 de 24 de julio de 1985; vid. PELLEGRINI, op. cit., p. 714.

(34) En la STC 324/1994 el TC tuvo ocasión de anular el Auto de 17 de enero de 1994 de la AP de Valencia en el que se reabrió la instrucción y dispuso la notificación personal nada menos que a 34.691 damnificados. Al respecto observaba el TC que "esta programación de cincuenta comparecencias diarias, aunque fuese factible, supone ya unos setecientos días laborables, a los que debe añadirse el tiempo para personarse, solicitar diligencias, aportar pruebas de los daños sufridos, realizar tasaciones periciales, así como para la práctica de nuevas diligencias que puedan solicitar las partes, anteriormente personadas, los plazos para las nuevas calificaciones y, en definitiva, para la celebración del juicio oral que tendría que recomenzar", viniendo a "sumarse a los doce años que ya dura el proceso".

(35) Pléñese, en este sentido, que los actos contrarios al medio ambiente, no sólo suelen producir miles de perjudicados, sino que los resultados lesivos se trasladan y permanecen en el tiempo. El ejemplo más claro es el de la contaminación ambiental por accidentes nucleares, que pueden producir malformaciones en los fetos e incluso minusvalías en varias generaciones. De no permitir, en tales casos, las "condenas de futuro", en vez de acudir directamente al proceso de ejecución, habrá el particular de suscitarse tantos nuevos procesos declarativos como obligaciones "venidas" de resarcimiento vayan en el tiempo surgiendo.

LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

MANUEL MANZANO SOUSA

Teniente Coronel de la Guardia Civil
Licenciado en Derecho

*(Al Coronel don Maximiliano Lasén Paz,
verdadero impulsor de este trabajo)*

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

Nos encontramos en pleno auge del desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones. Poco más de 100 años nos separan desde que Alexander Graham Bell (1876) puso en contacto a dos personas, separadas entre sí por tres kilómetros, a través de una línea eléctrica. En plena era de los satélites de telecomunicaciones (el primero: Telstar, 1952) la tradicional conversación por hilo se ve notablemente superada. Los medios de transmisión han escalado desde el rudimentario hilo de cobre pasando por las ondas radioeléctricas, hasta los satélites espaciales. Los tipos de información se han diversificado: sonido, imágenes, datos, etc. En este momento, en España comienza a expandirse la telefonía móvil o inalámbrica. En la mayor parte de los países de la Unión Europea y en el nuestro, a partir del año 1995, la modalidad digital (codificada) es un hecho habitual en las comunicaciones privadas. Los avances en este campo son de tal dimensión que la versatilidad de los medios al servicio de los abonados asegura la fidelidad, el alcance, la seguridad y sobre todo la confidencialidad.

Son fenómenos excesivamente ventajosos para no ser instrumentalizados por la delincuencia, en particular la organizada, que obtiene de tales cualidades de la telecomuni-

cación actual el provecho para rentabilizar la planificación y consecución de sus fines, obviamente ilícitos.

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

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

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

Como puede observarse, el tema en cuestión mantiene una "envoltura" jurídica con un núcleo eminentemente técnico. El derecho

comunitario avanza en la normalización de la información de las telecomunicaciones y sus equipos; así como en el establecimiento del mercado interior de servicios (1). Lo cual, una vez incorporado al derecho interno, facilitará la regulación del componente técnico-administrativo del problema jurídico en su conjunto. Pero resulta extraordinariamente importante, sobre todo desde el punto de vista de su traducción práctica, abordar las posibilidades de llevar a cabo la interceptación legal de las telecomunicaciones, conociendo las limitaciones legales del Estado destinatario de nuestra demanda, según la competencia jurisdiccional reconocida de antemano.

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

MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO

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

Ello se considera de interés, pues estamos convencidos de que la implantación del sistema digital G.S.M. (*Global System for Mobiles*)

communications) de telefonía móvil en España, ya operativo, pondrá en contacto a corresponsales-abonados de distintos países con una frecuencia inusitada. La delincuencia de medio y alto nivel rentabilizará el intercambio de información bajo cotas de seguridad insospechadas.

Las interceptaciones por vía de comisiones rogatorias proliferarán y sin embargo las legislaciones respectivas no están precisamente armonizadas. Ya se han detectado avances y progresos en determinados países a raíz de condenas del Tribunal de Estrasburgo. Nuestra situación sobre la previsión legal que desarrolle el derecho fundamental (art. 18.3 C.E.) del secreto a las comunicaciones y las excepciones legales, es sencillamente insostenible. Creo que una mirada al exterior nos será muy provechosa. Por tanto —como se dice— el eje director del estudio estará siempre orientado al ámbito procesal, y dentro de él, aquél en el que la intervención de la Policía Judicial esté interesada en conocer el camino a seguir en la instrumentalización de esta medida en la investigación del delito (2).

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

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

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

Completaremos estos apartados con una somera mención a los aspectos tecnológicos en el proceso de evolución de la telefonía en

España y su repercusión respecto de la ordenación de las interceptaciones legales en el seno de los explotadores de redes o servicios (D).

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

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

SITUACION ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

A. VISION DE CONJUNTO.

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

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

Bonn (5), sobre limitación del secreto de las comunicaciones, fue declarada conforme a las previsiones del Convenio. Sin embargo, la legislación alemana, en este campo, no ha cesado de acomodarse a las más estrictas exigencias que el respeto y control de la injerencia en el derecho fundamental comporta. De esta forma, en un oportuno e incansable ejercicio de actividad legislativa, se mantiene el Código Procesal Penal (StPO) en perfecto estado de actualidad. Así, sucesivas leyes, desde 8 de junio de 1989, hasta la de 28 de octubre de 1994 mantienen los parágrafos § 100 a-100 d y 101 como una expresión viva del régimen jurídico de interceptación de las telecomunicaciones. Se distinguen, por tanto, desde el propio artículo 10.2 de la Ley Fundamental, dos regímenes que coexisten en su vigencia y cuya distinción viene dada, bajo la tutela constitucional, por la necesidad de defender el Estado de Derecho democrático Federal o de un Estado, en particular, en un primer caso. Y, en segundo término, un régimen procesal típico para el descubrimiento, acreditación y sanción de delitos comunes.

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

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

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

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

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

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

Convenio, se centra en la "calidad de la ley". "El sistema —se dice— no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra posibles abusos" (punto 35). Así pues, ni se precisan delitos, objeto de la medida, ni sujetos pasivos de la misma, ni duración, etc. La determinación del Tribunal sobre la violación del derecho de toda persona al respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 del Convenio), concepto en el que se incluyen las conversaciones por telecomunicación, tuvo como respuesta por parte de la Asamblea Nacional Francesa la aprobación de la Ley 91/646, de 10 de julio de 1991, *relativa al secreto de la correspondencia emitida a través de las telecomunicaciones*. Comentaristas de esta ley, como Pierre Chambon o Louis-Edmond Pettiti (7), no se recatan en reconocer como precedente inmediato de revisión la condena de Francia en los *Casos Kruslin y Huvig*.

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

que su articulación supone en favor de la injerencia y de su instrumentalización no justificada.

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

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

El terrorismo, en general, y la delincuencia mafiosa, en particular, han exigido para su combate la aprobación de medidas excepcionales (11), también en esta materia, que tien-

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

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

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

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

La ley, que fue sancionada por el Rey el 30 de junio de 1994 (M.B. 24-1-95), *relative à la protection de la vie privée contre les écoutes,*

la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées, contempla la protección penal (arts. 1 y 2) y el régimen procesal (arts. 3 y 4). Este último supone la inserción en el C.I.Cr. de ocho nuevos artículos (90 ter-90 decies) (13) en los que es patente la influencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

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

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

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

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

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

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

para conseguir información en la investigación de ciertos delitos.

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

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

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

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

A pesar de prever presupuestos concernientes a la investigación criminal y a la seguridad del Estado, no puede decirse que configure dos regímenes diferentes. El control de la autorización de la medida está siempre en manos del Gobierno, en concreto del Ministro de Justicia. Se deduce de la ley que las gra-

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

En el **Reino de Holanda** se garantiza, bajo amparo de su Ley Fundamental (22), el secreto de las comunicaciones privadas, manteniéndose la reserva jurisdiccional para la autorización de la medida de interceptación e incluso la iniciativa del Fiscal en determinados casos. Su reciente actualización se ha operado merced a la Ley de 1 de marzo de 1993, que ha modificado la protección penal del derecho y el Código de Procedimiento Criminal [arts.125 f-n) y 552]. Se presta especial atención a la comunicación por sistemas automatizados, con medidas especiales en favor del Juez para tener acceso a dicha información.

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

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

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

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

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

B. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.

1. Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado?

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

El contenido esencial del derecho que se garantiza no parece peligrar por el descubrimiento y utilización de nuevos medios de transmisión, que hoy culminan en la informática aplicada al establecimiento de una *comunicación*. Si se entiende por tal, con Jiménez

Campo (24), al interpretar la norma constitucional, que la cita de los tres tipos de comunicaciones es ejemplificativa, considerándose bajo tutela las comunicaciones como *numerus apertus*, por ejemplo, a través de medios técnicos no precisamente telefónicos, fax, ordenador, correo electrónico, modem, etc.

A pesar de la previsión constitucional de 1978, no es sino hasta 1984 que por medio de la L.O. 7/84, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, que se introduce en el Código Penal (25) la oportuna protección del secreto, con la inserción de los artículos 192 bis (que penaliza al funcionario) y 497 bis (que sanciona al particular). Modificados éstos recientemente por Ley Orgánica 18/94, de 23 de diciembre de 1994.

Ciñéndonos, como se ha advertido, a la regulación procesal que posibilita la interceptación, aquí el retraso es mayor. El procedimiento en España ha sido tortuoso, anómalo y los resultados decepcionantes. Tanto la doctrina de forma unánime (26) como la propia jurisprudencia (27) han vertido sus críticas demoledoras sobre la situación actual de la normativa nacional.

Además resulta tardía, porque, efectivamente, no es sino hasta la L.O. 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, que en su artículo 17 se establece la suspensión individual del derecho, entre otros, del secreto de las comunicaciones, pero en el ámbito de la delincuencia terrorista. No es ésta evidentemente una normativa propia, genuina, auténtica de la materia. Se dice que el procedimiento es tortuoso y anómalo porque de estas medidas excepcionales germinó una pretendida normativa híbrida al aprobarse la L.O. 4/88, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en definitiva vino a instaurar el tan deseado régimen, concentrado (?) en un solo artículo: el 579 (28). El cual fue ampliado en tres apartados (2, 3 y 4) para tratar de la interceptación legal de las comunicaciones telefónicas de las cuales el último reproducía el mencionado artículo 17.2. Se incurrió, de esta forma, en importan-

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

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

2. Los puntos candentes.

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

a) Confusión de términos en los límites objetivos.

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

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

La polémica está superada —éste no es el lugar de detenerse en los argumentos— y no hay reserva alguna en admitir la equivalencia de ambos términos en el sentido de la captación de cualquier forma, del proceso de la comunicación, con conocimiento o no del mismo (31). Lo cual nos pone en relación con el término *interceptar*, según la significación dada por el Tribunal Constitucional (Sentencia 114/84, de 28 de noviembre, F.J. 8º) y se corresponde con las acciones típicas usadas en la redacción de los artículos 192 bis y 497 bis C.P. sobre escuchas clandestinas realizadas por funcionarios o por particulares respectivamente.

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

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

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

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

c) De otras omisiones varias.

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

Pero donde la ley hace notar su mutismo es en el procedimiento que debiera preverse para la ejecución de la interceptación (35). ¿Quién o quiénes la llevarán a cabo?, ¿con qué límites o condiciones?, preservación de la autenticidad de las grabaciones, control judicial de las mismas y de sus transcripciones, notificación al interesado para salvaguardar el derecho de defensa (una vez levantada la medida), destrucción de las grabaciones, etc. Aquí la jurisprudencia no ha tenido más remedio que valerse, una vez más, de la analogía integradora de otras medidas coercitivas, como se ha dicho (36). De todas formas, y en general, esta jurisprudencia que forma ya un cuerpo doctrinal considerable (37) y que ha culminado con la resolución más autorizada del Tribunal Supremo A/18-6-92 (*Caso Naseiro*) se ha preocupado más de las garan-

tías afectas al derecho de defensa y a la valoración de la prueba en el juicio oral, que a la constitución de un régimen jurídico salvando todas las dudas, carencias y contradicciones del precepto del artículo 579 LECrim.

3. Conclusión anticipada.

El total de las deficiencias observadas nos hace concluir en este breve comentario de la legislación nacional, que teniendo presente las cuatro sentencias citadas del Tribunal de Estrasburgo [*Caso Klass y otros* (1978); *Caso Malone* (1984); *Casos Huvig y Kruslin* (1990)], no albergamos duda de que nuestra regulación no cumple las garantías mínimas de protección exigidas en el artículo 8.2 del Convenio (38) y que el ciudadano español es objeto de una inseguridad jurídica evidente, puesto que con una ley insuficiente todo queda al arbitrio judicial, y depende, como sinceramente expone Hurtado Adrián, "de criterios dispares no ya a nivel de diferentes Salas o Secciones de Audiencia, sino incluso de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo" (39). Y por parte de la defensa, la ausencia normativa propicia la generalización de abusos en la impugnación de las medidas con la única finalidad obstruccionista del proceso inculpatario.

REGIMEN JURIDICO DE LA INTERCEPTACION LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

A. EN GENERAL.

1. Derecho comparado.

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

De igual forma todos los países de la U.E. disponen de la legislación oportuna que regule la excepción legal que permita el levantamiento del secreto y la autorización de la

interceptación de las telecomunicaciones en determinados casos, y sometida a condiciones de diversa índole, que constituyen las garantías del ciudadano (42). Estas normas legales residen principalmente en los Códigos de Procedimiento Penal como en Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Luxemburgo, Holanda, España y Portugal, o bien en leyes especiales como Bélgica, Francia, Reino Unido, Irlanda, y Grecia, aunque en ocasiones la propia ley especial supone, en realidad, una modificación del procedimiento criminal (Italia, Bélgica y Francia) y por fin, según la naturaleza delictiva de los supuestos, en leyes procesales especiales (Alemania e Italia).

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

2. Derecho español.

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

B. EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA.

1. En el momento de la prescripción.

a) Presupuestos.

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

a') Derecho comparado.

Se fijan en las legislaciones nacionales en forma de un catálogo taxativo de delitos, por ejemplo: en Alemania (46), Bélgica (47) Finlandia (48) y Grecia (49). Frecuentemente atendiendo a la penalidad de éstos: Francia, si la pena es superior a 2 años; Holanda, si superior a 4 años; Reino Unido, si superior a 3 años; Irlanda, si superior a 5 años; Austria y Finlandia, si superior a 1 año; Portugal, si superior a 3 años; Luxemburgo, si superior a 2 años; Italia, si superior a 5 años; Dinamarca, si igual o superior a 6 años. En el caso de Suecia, dependiendo de que se pretenda acceso al contenido (*hemlig teleavlyssning*) o sólo recogida de datos (*hemlig teleövervakning*), los delitos deberán estar penados como mínimo con 2 años o 6 meses, respectivamente. Pero en la mayoría de ellos se combina este requisito temporal con la lista cerrada de infracciones delictivas que presuponen la autorización de la interceptación (50).

a") Derecho español.

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

su gravedad en función de la pena que pudiera serle impuesta a la infracción perseguida (51). Esta ausencia ha obligado a la doctrina a pronunciarse sobre la falta de limitación *rationae materiae*. La regla de los sacrificios expuesta anteriormente exige la persecución de delitos graves, es decir, castigados con penas superiores a prisión menor (más de 6 años). Sobre este entorno está la mayoría de la doctrina, pero hay quien opina que la interceptación legal puede acordarse judicialmente para cualquier tipo de delito (52). De otro lado quien no la considera admisible más que para delitos penados con prisión mayor o pena superior, si la finalidad es la de tener conocimiento del contenido de la conversación, y hace la distinción en que la "observación" (en el sentido explicado, del 579.3º) es permisible en todo tipo de delitos (53). También se pretende ligar esta regla sobre la interceptación de telecomunicaciones a los criterios para acordar la prisión provisional (54).

A partir de este punto, y basándose en los criterios legales para acordar la prisión provisional (art. 503 LECrim), el magistrado Hurtado Adrián (55) propone, que tomando como frontera los delitos graves (penas superiores a prisión menor) al igual que la medida cautelar personal, no sea éste un módulo único sino que participe de la flexibilidad precisa que proporciona el ser conjugado con otras circunstancias concurrentes. Tal como se opera para dictar la prisión provisional (antecedentes del imputado, alarma social producida por el hecho, frecuencia de su comisión), pueden adoptarse éstos u otros. En realidad, tal criterio ha sido refrendado por el renombrado Auto del T.S. de 18 de junio de 1992: "... sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica...", añadiendo además que se debe "graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de descubrirlo por otros medios menos traumáticos social o individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes" (F.D. 1º, 3.º párrafo).

En vista de lo cual parece conveniente que en relación a España de *lege ferenda* los criterios para acordar una interceptación legal

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

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

b') *Derecho comparado.*

En la mayor parte de los países de la U.E., el derecho nacional otorga al Juez de Instrucción el poder para autorizar la interceptación. Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suecia; incluso en Austria, Grecia, Finlandia y Dinamarca se necesita el concurso de un órgano colegiado (Tribunal o Consejo). En Alemania (56), Grecia (57), Italia (58) y Bélgica, en casos muy precisos (59) aunque la competencia en primer término, para acordar la medida de interceptación, reside en el Juez; en casos de urgencia puede ser anticipada por el Fiscal por tiempo limitado, necesitando de una validación judicial posterior. Esta misma concepción condicionada opera en Grecia y Dinamarca en favor del Jefe policial instructor de las diligencias [art. 4.6 y Sec. 783 (3), de sus leyes respectivas].

Aunque como reconoce el juez Louis-Edmond Pettiti (T.E.D.H.): "La exigencia de la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas no se debe solamente a una preocupación de la filosofía de los Poderes y de las Instituciones, sino también a las necesidades de la protección de la vida privada" (*Caso Malone*, voto particular coincidente), no sólo la Autoridad judicial tiene atribuido el monopolio de esta decisión. El artículo 8.2 del C.E.D.H. dice: "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este

derecho sino en tanto en cuando esta injerencia está prevista por la ley...". Esta *autoridad pública* prevista en la ley no siempre es la judicial, sino que puede ser una Autoridad administrativa.

En el derecho anglosajón, tradicionalmente, las interceptaciones se utilizan para ayudar a la policía en sus investigaciones, pero nunca con finalidad probatoria, y desde luego no están incardinadas en una fase del proceso penal, sino que es el Poder Ejecutivo: El Ministro (60), quien ostenta la potestad de ordenarlas. Su naturaleza y finalidad, por tanto, son de carácter administrativo. En efecto, en la Ley sobre la Interceptación de las Comunicaciones de 1985, vigente en el Reino Unido, el principio general es la exclusión de toda finalidad probatoria, con base en las interceptaciones, ante un juzgado o Tribunal [Sec. 9, Subsec. (1)]. Idéntico régimen prima en la República de Irlanda, donde la Autoridad facultada para la ordenación es, exclusivamente, el Ministro de Justicia [Sec. 2 (1)].

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

b") *Derecho español.*

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

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

c) Motivación de la medida.

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

c') *Derecho comparado.*

Esta doctrina es normalmente aceptada por casi la totalidad de las normas reguladoras de

las interceptaciones en los países de la U.E. (62). Presenta excepciones el Reino Unido, pues su ley de 1985 permite que el Ministro expida una orden de interceptación de comunicaciones cuando se considere necesaria “con el propósito de *prevenir* y descubrir delitos graves” (63). Otro tanto, aun con mayor rotundidad, puede afirmarse en el caso de Irlanda, puesto que se admite entre las condiciones que justifican la interceptación, que aun siendo el delito investigado de gravedad pueda ser “conocido pero que no ha sido cometido” y que las investigaciones se realizan “con el fin de prevenir su comisión o para permitir que sea descubierto si llega a ser cometido...” (64). Otra particularidad de esta ley es la designación del Comisionado de la *Garda Síochána* como la única persona autorizada para solicitar la concesión de la interceptación por motivos de investigación criminal [Sec. 6 (1) (a) (i)]. La autorización preventiva del derecho anglosajón es propia de la concesión legal de ordenación y control —que veremos a continuación— a la Autoridad administrativa, cuya ponderación de intereses en litigio no se corresponde con los criterios de la fiscalización judicial como garante de los derechos individuales de los ciudadanos. Esto es evidente.

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

Hasta esta ley de 1991, con base en los

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

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

c") *Derecho español.*

En España es bien clara su prohibición en cualquier régimen, pues como veremos sólo puede hablarse de una especialidad en razón de terrorismo (579.4 LECrim). Pero es que además la garantía constitucional (art. 18.3), que representa el control judicial *en todo caso*, no permite excepciones en favor de determinados delitos de terrorismo o contra la seguridad del Estado o contraespionaje, de carácter extraprocesal, que tengan como finalidad la búsqueda de información predelictual, a modo prospectivo o aleatorio. La *única* regulación nacional en esta materia, tan sólo prevé "la intervención de las comunicaciones telefónicas.... si hubiere *indicios* de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa (art. 579.2 LECrim) o bien "la observación de las comunicaciones.... telefónicas de las personas sobre las que existen *indicios* de responsabilidad criminal...." (art. 579.3 LECrim). Como vemos la exigencia de indicios (66) y su relación con personas determinadas o determinables excluye otra finalidad que no sea el "descubrimiento o la comprobación" de algún hecho en relación a la causa. El Tribunal Supremo ha negado categóricamente la licitud de las

escuchas predelictuales o de prospección desligadas de la realización de un hecho delictivo (67).

d) *Sujetos pasivos.*

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

d') *Derecho comparado.*

Ejemplo de omisión expresa es la reciente legislación francesa, que no fija quiénes pueden ser las personas sometidas a la escucha, aunque la decisión judicial debe llevar "todos los elementos de identificación de la comunicación que se va a interceptar" (art. 100.1 C.P.P.). Tal indeterminación ha motivado las críticas de los comentaristas Henri Leclerc (68), Bernard Bouloc (69) y Pierre Chambon (70), quien en un intento de interpretar la laguna legal se remite a la opinión del ponente M. Massot que precisa "el juez puede hacer escuchas a cualquier persona en relación con la información abierta". Sin embargo, esta ley es especialmente cuidadosa para proteger las intervenciones decretadas sobre una línea que dependa del bufete de un abogado o de su domicilio, debiendo previamente ser informado por el Juez competente el Decano del Colegio de Abogados (*Le Bâtonnier*) (art. 100.7 C.P.P.). El C.P.P. portugués prohíbe la interceptación y grabación de comunicaciones o conversaciones entre el acusado y su defensor, salvo que el Juez tuviera fundadas razones que tales constituyan el objeto del delito (art.187.3). Además de los abogados, la ley procesal austriaca incluye otros profesio-

nales, con serias limitaciones cuando se trate de interceptar las instalaciones de una empresa de medios de comunicación (71). De la misma índole son las prohibiciones de someter a la medida en el Código de Instrucción Criminal belga, a despachos profesionales, sedes de medios de comunicación, de abogados o médicos (salvo que éstos sean los sospechosos o sus locales utilizados a tal fin) (art. 90 octies). La prohibición es absoluta en Suecia para las conversaciones telefónicas u otras telecomunicaciones que tengan lugar entre el sospechoso y su defensor. Deberá interponerse la escucha, nada más advertido y destruir la grabación inmediatamente (art. 22 C.P. Judicial).

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

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

d") *Derecho español.*

¿Qué dice a este respecto nuestro derecho positivo? Primero, el artículo 579 LECrim siembra confusión entre la *intervención* de

las comunicaciones del "procesado" y la *observación* las comunicaciones "de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal". No vamos a detenernos en la supuesta distinción (intervención-procesado/observación-imputado), en la que ni el Tribunal Supremo ha querido entrar (ver A/T.S. 18 junio 92. F.D. 2º, 5º párrafo), pero que, como se ha dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina da por zanjada la controversia en favor de la intervención de las comunicaciones telefónicas a toda *persona imputada* judicialmente con sospecha fundada (72). Más tarde la normativa-precepto finaliza con una formulación genérica que implica a cuantas personas "se sirvan (de las comunicaciones) para la realización de sus fines delictivos" (579.3 LECrim, final). Por tal motivo, López Fragoso es partidario de la aplicación de la redacción alemana, referida a personas con toda su amplitud al derecho español (73).

2. Control en fase de ejecución.

a) Requisitos en tiempo.

a') *Derecho comparado.*

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

Respecto de la normativa belga hay que hacer unas distinciones previas que le son propias. Admitida la modalidad de la injerencia de *repérage* (recogida de datos), ésta no tendrá plazo superior a dos meses, pudiendo prorrogarse. La *surveillance* (escucha, cono-

cimiento y/o grabación) de la comunicación no podrá exceder de un mes, y sus prórrogas de seis.

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

a") *Derecho español.*

La legislación española, siguiendo fiel a su insuficiencia, no señala plazo para la modalidad, llamada por el precepto "intervención" (párrafo 2 del artículo 579 LECrim). Por contra, la "observación" es reglada por un plazo "de hasta 3 meses". Es decir, como máximo, interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de forma restrictiva, como cualquier limitación o injerencia en un derecho fundamental. Previéndose además en esta segunda modalidad, de una prórroga "por iguales períodos", que bajo el mismo sentido habrá de ser interpretada no indefinida, sino estrechamente relacionada con los resultados obtenidos. La solicitud de prórrogas no fundadas por parte de la Policía Judicial y/o su concesión incondicionada e injustificada por la Autoridad judicial contravienen el juicio de proporcionalidad que de forma continuada debe gravitar sobre la interceptación (S/T.S. 27 septiembre 94).

b) Requisitos en forma.

Una vez tomado el acuerdo por la Autoridad habilitada (Juez, Fiscal, Ministro), para llevar a cabo una interceptación de las telecomunicaciones de una o varias personas se produce la orden o mandamiento para su ejecución. La orden suele revestir unos requisitos formales tales como ser dada por escrito (74), especificar el peticionario, el nombre, dirección, número de teléfono o teléfonos (para determinar la línea a interceptar en base a persona determinada o determinable), medida o modalidad a practicar: recuento o *comptage*, escucha, grabación; lugares o dependencias, autoridades, funcionarios o empleados públicos o privados, sobre los que se delegue la operación, tanto en su aspecto

investigativo como de asistencia técnica; duración de la medida, con alguna indicación al respecto sobre el informe periódico de resultados. La normativa en este campo puede contener todo o parte de estas condiciones de ejecución, junto a otros controles simultáneos de desarrollo que revelarán su importancia en el momento de reconocer a las grabaciones su autenticidad y valor probatorio. Estos nuevos requisitos pueden versar sobre el levantamiento de actas del contenido de los registros o transcripciones de las comunicaciones, sobre todo para determinar el fedatario de las mismas, pudiendo ampliarse a la remisión de todo el material o parte de él seleccionado, plazos de entrega, custodia del mismo, exigencia de grabaciones originales o copias, etc.

b') *Derecho comparado.*

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

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

Francia goza de un régimen caracterizado,

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

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

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

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

material y la documentación a que se hace referencia exigiéndose que la transcripción debe ser completa (*intégrale*) será entregado por los comisionados policiales al Secretario del Juzgado (art. 90 sexies).

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

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

b") Derecho español.

Una vez más, al acudir al único precepto legal español que constituye, por el momento, todo el régimen, calificado por algún autor como de "inconstitucional por omisión", nos encontramos con que el artículo 579 LECrim: no contiene absolutamente ningún requisito sobre el control de la ejecución de la interceptación, una vez acordada. Así pues, no queda más camino, como reconoce la doctrina y el Auto del T.S. de 18 junio de 1992 (*Caso Naseiro*), "de llevar a cabo una especie de construcción... utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención de la correspondencia privada (arts. 580 y ss) y otros supuestos semejantes (entrada y registro domiciliario, artículo 563 LECrim). Según éstos, cabe que el Juez de Instrucción podrá oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada (arts. 580.2 y 582 LECrim), en cuyo caso el encargado de la misma remitirá el resultado directamente al Juez o bien encomendar la ejecución de la diligencia a las Autoridades y agentes de la Policía Judicial (art. 563.1 LECrim), los cuales habrán de dar cuenta de su resultado al Juzgado y al Ministerio Fiscal según los términos previstos en el artículo 296

LECRim y obrando siempre con la legalidad en sus actuaciones exigido por el artículo 297 LECrim, en la práctica de la diligencia (78).

Parece más lógico que como expertos en la investigación sean los funcionarios policiales los encargados por la Autoridad Judicial de la escucha y grabación de las conversaciones interesadas, para lo cual necesitarán de la colaboración en materia de asistencia técnica (79) de los empleados de las empresas explotadoras de las redes y proveedoras de servicios, tanto de las públicas como de las privadas concesionarias, cuya labor será imprescindible y compleja, a la vez que costosa, a partir de la generalización de los servicios de telefonía móvil en España (sistema analógico) o con mayor razón por la actual implantación del sistema digital GSM paneuropeo. Dadas las notorias ausencias legales y el amplio margen del arbitrio judicial en materia de investigación, como se dice no reglada, otras actuaciones consecutivas de la interceptación misma son objeto de polémica. Se trata de la remisión al Juzgado de las cintas originales o de copias, y a su vez si éstas deben constituir la totalidad del material utilizado o selección de lo escuchado en relación a los hechos investigados, y por último, sobre la designación de la persona o personas autorizadas para realizar la transcripción de aquéllas, con vistas a su valor probatorio.

b^m) *Debate sobre la participación policial.*

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

Por otro lado distinguimos varios niveles de protagonismo legal policial, con concesiones explícitas o no en las operaciones de ejecución de la medida. En un primer plano la ley belga directamente otorga al oficial de Policía Judicial todas las actuaciones de grabación, transcripción y traducción (si fuera preciso), sin más requisitos que llevar a cabo una transcripción completa de los registros y la

exacta identificación de los mismos. En segundo término, aunque sin atribución directa de competencias, en el modelo francés es el mismo oficial de Policía Judicial quien comisionado por el Juez de Instrucción está autorizado a seleccionar y transcribir lo útil "para demostrar la verdad". Y, en fin, en Grecia, el órgano solicitante de la medida se sitúa en un ámbito de plena libertad de ejecución de la orden o autorización, pudiendo elegir entre sus agentes las funciones de su desarrollo, sin cortapisas o limitaciones legales explícitas.

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

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

La mayoría de la doctrina española (80) se muestra inflexible a la hora de exigir a los agentes policiales comisionados la entrega al Juez de los *originales* de las grabaciones y nunca de las copias y que el material entregado debe contener *todas* las conversaciones interceptadas. Negándose, por tanto, a tales la posibilidad de efectuar una selección de las mismas en relación a los hechos investigados y menos aún la de verificar transcripción alguna ni cualquier otra manipulación que escape al control judicial.

Pretender apoyar tales interpretaciones en el precepto constitucional (art. 18.3) que protege el secreto de las comunicaciones o en la posición de jueces y tribunales como garantes de los derechos fundamentales (art. 53 C.E.) no puede usarse para urdir asechanzas sobre la actuación policial, tales como que tan pronto escape al control judicial se pueden utilizar los conocimientos adquiridos para realizar extorsiones, para su lucro, para venta a los medios de comunicación o "simplemente" para la creación de "archivos paralelos" policiales (81). No cabe despreciar de forma tan gratuita la misión constitucional de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

sobre la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 104.1 C.E.), y no se debe olvidar que el mismo deber de secreto sobre los hechos investigados obliga a jueces y policías sancionados en el mismo Código Penal. Estas disonancias, que suponen la descalificación genérica sobre la integridad y profesionalidad de los agentes de la Policía Judicial española, recurriendo a un falso postulado, no encierran más que pura y simple desconfianza en aquéllos, lo que, a decir de lo ya visto, es extraña a los pronunciamientos legales de la mayor parte de los países en la U.E. Frente a esta ocurrencia impertinente se alza más razonado y prudente el análisis del magistrado Hurtado Adrián (82), quien de forma conveniente toma como ejemplo las facultades otorgadas al funcionario de Correos en el examen y selección de la correspondencia (arts. 580 y ss LECrim) y que no se pueda, en su misma virtud, conceder a los miembros de la Policía Judicial que han ejecutado materialmente la medida, la continuidad, merced a su intermediación, de seleccionar de lo escuchado lo que guarde interés para la causa y caso de no poderse aportar los originales presentar las copias igualmente identificadas y reseñadas.

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

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

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

3. Control *a posteriori*.

a) La notificación al interesado.

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

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*) reconoce que “...si no se le informa de las medidas tomadas sin su conocimiento, el interesado no puede generalmente, en principio, constatar

retrospectivamente la legalidad de la actuación" (87).

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

a') *Derecho comparado.*

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

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

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

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

Dinamarca da vida en su legislación a una institución singular que —en mi opinión— supone un verdadero acierto para solucionar de forma jurídicamente satisfactoria el problema de mantener el secreto de la investigación policial-judicial, garantizándose al mismo tiempo la defensa de los derechos del interesado. Se trata de que "antes de que el Tribunal emita su orden (de interceptar las comunicaciones), se nombrará a un abogado para la defensa de la persona a quien corresponde la intervención y al abogado de la defensa se le dará audiencia" [Sec. 784 (1)].

Este abogado defensor “en la sombra” será nombrado de una lista especial confeccionada por el Ministerio de Justicia, quien establecerá las normas referentes a su servicio [Sec. 784 (2)]. Este letrado será informado de todas las reuniones del Tribunal sobre el caso que le está confiado y tiene derecho a participar en ellas y a tener acceso al material que vaya proporcionando la Policía. En caso de duda sobre alguna materia estrictamente confidencial, decidirá el Tribunal. El letrado no debe revelar a nadie la información recibida, ni tener contacto con la persona intervenida, sin autorización de la Policía [Sec. 785 (1)]. De esta forma se garantiza un control simultáneo de la medida en su defensa (89). En Finlandia puede diferirse la notificación hasta el sobreseimiento o formulación de acusaciones, en su caso (Sec. 29).

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

a”) *Derecho español.*

En el caso español la obligación jurídica de comunicar al interesado el auto por el que se ha acordado la intervención de su teléfono o teléfonos relacionados con su actividad y la puesta a disposición de la defensa de las grabaciones y las condiciones en que fueron ejecutadas, hay que deducirlas de los derechos

que le asisten al imputado en virtud de los artículos 118 y 302.2 LECrim, por los que cualquier imputado, en general, podrá personarse en el proceso, tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias que se practiquen. Naturalmente que para no comprometer la eficacia de la medida, es decir, la puesta en peligro de la finalidad de la investigación, esta obligación quedará diferida al momento de conclusión de las interceptaciones, y para que tales objetivos sean compatibles en la fase instructora deberá acordarse por el Juez el previo o simultáneo secreto de sumario (art. 302 LECrim) (90).

b) Organos de apelación. Recursos.

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

El tema no sólo tiene una vertiente jurisdiccional, pues la prosperabilidad de un recurso por parte del sospechoso puesto bajo escu-

cha ante tribunales de apelación, con base en violación de derechos fundamentales, acarrearía necesariamente la invalidación del efecto probatorio, de ser reconocido así en el derecho interno de cada país, y la contaminación de otras pruebas que tienen el mismo origen, según la doctrina conocida como "los frutos del árbol envenenado" (*fruit of the poisonous tree doctrine*) (91). Así pues, la implicación del trabajo policial es evidente. En general todos los países, sobre todo aquellos en los que la medida de interceptación de las telecomunicaciones tiene finalidades probatorias, se reconocen los recursos ordinarios ante los órganos jurisdiccionales competentes. Veremos, pues, algunas peculiaridades.

b') *Derecho comparado.*

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

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

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

recursos contra la resolución judicial de interceptación. Así: "No tiene (la interceptación) carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos" (art. 100 C.P.P., final). Las carencias sobre la notificación al interesado y el subsiguiente recurso constituyen las grandes quiebras en el sistema de *garantías* de los ciudadanos respecto del "secreto de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones" tan pomposamente proclamado en su artículo 1 (93).

Por este motivo ofrece serios visos de "patente de corso" las excepciones legales previstas: "Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previsto por la Ley y en los límites fijados por ella" (art. 1).

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

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

distorsión del régimen de control, que además de originar disfunciones jurisdiccionales repercute en detrimento del derecho a defensa de los sujetos pasivos de la medida (95).

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

En un nivel más próximo a la persona afectada por la medida se instituye el Arbitro de las Quejas (*Complaints Referee*) (Sec. 9) designado por el Primer Ministro (*Taoiseach*), entre los jueces de *Circuit Court* o *District Court* o abogado de más de diez años de ejercicio profesional. Cualquier persona que crea que sus comunicaciones han sido interceptadas (no hay notificación) en el curso de una transmisión a través de *Post or Bord Telecom Eireann* (Correos y Telefónica) puede dirigirse al Arbitro para que investigue el asunto [Sec. 9 (3)]. Los resultados de la investigación para el caso de que constate una infracción de la Ley en el procedimiento de concesión o la inexistencia de delito grave, no son en absoluto satisfactorios (96). Sobre todo si se tiene en cuenta que aun verificándose cualquier vulneración legal no podrá iniciarse ningún litigio en el procedimiento [Sec. 9 (1)], que las decisiones del Arbitro son inapelables [Sec. 9 (9)] y que en ningún caso las resoluciones podrán servir de base para ejercer una acción por violación de un derecho constitucional [Sec. 9 (1)].

En Luxemburgo, dentro del año siguiente al cese de la interceptación o en el momento de ser interrogado como inculcado, se le notificará, a la persona sometida a la interceptación, el resultado de las injerencias, pudiendo desde ese momento tener acceso él y su defensor a las grabaciones y plantear los recursos oportunos ante la Sala de Consejo

del Tribunal de Distrito. En Austria, en un plazo de catorce días desde la notificación, el fiscal, el titular de la instalación y el inculcado podrán recurrir la orden ante el Tribunal de Segunda Instancia [StPO 149 b (5)].

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

b") Derecho español.

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

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

c) Depósito y destrucción de las grabaciones.

Una de las consecuencias inmediatas al conocimiento por los afectados (imputados o no) de haber estado sometidos a la interceptación de sus comunicaciones es el ejercicio del derecho de pedir la destrucción de las informaciones que a su juicio hubieran trans-

gredido la legalidad, por no respetar los presupuestos o requisitos exigidos. Los sujetos pasivos de la medida podrán analizar las grabaciones y pedir la destrucción de conocimientos superfluos, impertinentes o inútiles para la causa. Puede que parte de "lo grabado" sea improcedente por no guardar relación con la investigación origen de la medida o por estar protegidos por la intimidad personal o familiar o por el secreto profesional. En todo caso el material intervenido y más tarde el declarado pertinente deberá estar debidamente custodiado y ser destruido transcurrido los plazos legales de utilidad a la causa.

c') *Derecho comparado.*

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

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

Se rompe el esquema precedente en la legislación francesa. No podría ser de otra manera. Recordemos que no existe obligación de comunicar la interceptación al intere-

sado. No se conceden recursos y, por tanto, el sujeto pasivo queda al margen del eventual control *a posteriori* de los resultados. Ni puede escuchar las grabaciones, ni, en consecuencia, puede pedir la destrucción de las que le resulten inconvenientes, o ajenas a la causa investigada. No ejerce ningún control de legalidad sobre la medida (98). Así pues, se dice con la Ley de 1991 que "las grabaciones se destruyen a instancia del Procurador de la República o del Procurador General, al finalizar el plazo de prescripción de la acción pública. Se levantará acta de la operación" (art. 100.6 C.P.P.). Todo queda en manos y criterios de los órganos y autoridades oficiales. El secreto de las comunicaciones privadas garantizado en el artículo 1 de la ley, también se expresa condicionado "a los límites fijados por ella". Pueden tacharse éstos de extraordinariamente gravosos para el titular del derecho que se dice garantizar, ya que se gestiona sin su participación.

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

Una destrucción anticipada de las grabaciones y transcripciones escritas se prevé en Austria, en el caso de estimarse los recursos del titular de la instalación o del inculpado [art. 149 (b) 5 StPO]. Se deduce que en otro caso se seguirán las reglas generales para conservación de piezas de convicción. La ley griega dispone que en el caso de que sirvan de prueba para el enjuiciamiento del delito investigado se unirán a la causa. En otra circunstancia

se destruirán ante la autoridad que ordenó la interceptación (Tribunal), redactándose un acta, a menos que la Comisión de Protección hubiese decidido notificar al interesado, en cuyo caso se le hará entrega del material (art. 5.9).

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

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

El resto de países contienen disposiciones legales o reglamentarias menos explícitas por las que previene que el depósito y la destrucción de las grabaciones estarán bajo control judicial quien supervisa por sí o por su Secretario su inutilización en el plazo marcado o al árbitro judicial. Como peculiaridad, se cita el Código de Instrucción Criminal de Luxemburgo en el que se distinguen dos casos respecto de la destrucción de las grabaciones, en función de sus resultados. Si, en principio, la escucha ha dado resultado negativo, serán destruidas por orden judicial en un plazo máximo de un año, a partir de que haya cesado la vigilancia de las comunicaciones, si, por el contrario, el resultado es positivo,

son destruidas dentro del mes a partir de la decisión judicial de intervención. Parece contradictorio cómo el plazo, en caso positivo, es más corto que habiéndose obtenido resultado nulo inculpatario, a menos que la incorporación al juicio oral como medio de prueba sea suficiente la transcripción de las grabaciones, lo cual resta argumentos a la defensa.

c) *Derecho español.*

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

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

1. Características y justificación de su existencia.

Siguiendo, como se dijo en un principio, el método de estudio propuesto, diremos con el Juez Petitti (T.E.D.H.) que aunque es preferible la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas, al mismo tiempo se estima procedente la exigencia de una legislación que dé respuesta adecuada a los peligros del

terrorismo, el narcotráfico y otros que atentan contra el orden democrático de un Estado, su propia existencia o seguridad nacional. Dice el ilustre magistrado del Tribunal internacional que: "La mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han sentido la necesidad de legislar en esta materia para acabar con los abusos que se multiplicaban y afectaban a los que ocupaban el Poder". Y continúa diciendo: "Incluso cuando se trata de escuchas por necesidades imperiosas del contraespionaje o de la seguridad del Estado, la mayor parte de las legislaciones establecen una regulación estricta de las excepciones al Derecho común, la intervención y la fiscalización de los Jefes de Gobiernos o de los Ministros de Justicia, y los recursos ante órganos compuestos por Magistrados, en la cumbre de la jerarquía judicial" (101).

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

Pero estas concesiones no son gratuitas. La vigilancia de las telecomunicaciones en situaciones excepcionales requiere asimismo no sólo el mero requisito formal de una *ley habilitante*, sino una regulación suficiente, asequible al ciudadano (conocida) y precisa en su contenido. El segundo requisito sobre su *necesidad* en una sociedad democrática debe atender a la realidad social que pretende ordenar y proporcionada a la finalidad legítima que se persigue. De lo contrario, es fácil, como advierte el propio Tribunal, que, aun

"disfrutando el legislador nacional de un cierto poder discrecional" (*Caso Klass y otros*, párrafo 49), "el ejercicio de semejantes facultades crea por su naturaleza secreta el riesgo de abusos fáciles de cometer en casos individuales y propicios a consecuencias perjudiciales para el conjunto de la sociedad democrática" (*Caso Malone*, párrafo 81). La importancia práctica, desde el punto de vista policial de poder contar con un régimen jurídico especial adoptado para combatir este tipo de delincuencia, es que, en primer término, la orden de interceptación puede estar conferida a las autoridades administrativas, facilitándose por éstas los requerimientos de la Policía, o del Ministerio Público, siquiera que para salvaguardar el contrapeso necesario requieran una convalidación judicial. Las especialidades llegan también a los plazos de duración de la interceptación, autorización de escuchas prospectivas o exploratorias, sin finalidad probatoria, carácter extrajudicial de los órganos de control, etc.

2. Generalidades sobre los regímenes especiales existentes.

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

La nueva Ley de 1991 instituye en este Título II un régimen de escuchas que se caracteriza porque la autorización correspon-

de al Ejecutivo, bajo control de una Comisión de carácter administrativo cuya independencia se proclama. El Título III de esta ley establece en régimen extraordinario de escuchas sin sujeción a ningún tipo de control, pues supone la entrega del espacio radioeléctrico "libre de cargas y gravámenes" a órganos desconocidos, no previstos legalmente, con sujeción teórica, no contrastable, de servir a los fines de la defensa de los intereses nacionales (ver IV. C. 5).

En el caso de **Alemania**, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn permite el establecimiento por ley de un régimen especial para la interceptación de las telecomunicaciones de carácter extrajurisdiccional. Así cuando dice: "si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal democrático o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado regional... La ley podrá determinar que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de los órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular". Esta excepción al secreto de las comunicaciones privadas basada en los motivos constitucionalmente protegidos, de seguridad de la Federación o de los Estados federados, se explicitó en la Ley G.10, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico, de 13 de agosto de 1968. Sucesivas modificaciones (104) la mantienen vigente y actualizada.

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

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

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

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

En el **Reino Unido e Irlanda** no hay más que un régimen jurídico para las interceptaciones telefónicas, pero por su naturaleza extrajurisdiccional: control por las Autoridades

administrativas en su ordenación y apelación (excepto Irlanda), puede calificarse de *común* al operar incluso para delitos bajo el concepto de “delitos en interés de la Seguridad del Estado” (106).

En **España** no podemos hablar de un régimen especial diferenciado del propio de los delitos comunes ya que la incardinación del precepto del artículo 579.4 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es más que la expresión simplificada de la suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones de acuerdo a la previsión constitucional (art. 55.2 C.E.) —que anuncia una ley orgánica— que podrá determinar la forma y los casos en que tal derecho puede quedar suspendido, “con la necesaria intervención judicial para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas” (el precepto 579.4 añade “o rebeldes”). La única singularidad de esta regulación es, en palabras del Tribunal Constitucional, la de: “una resolución gubernativa, permitiendo que normativamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la ley se refiere” (S.T.C. de 16 de diciembre de 1987, F.J. Décimo). No obstante, se impone una inmediata comunicación motivada al Juez sobre la *urgencia* que justifique la iniciativa gubernativa, correspondiendo en todo caso al órgano judicial conformar o revocar la medida de forma inmediata, por tal motivo el precepto fue declarado perfectamente acorde con la Constitución.

Así pues, el artículo 579.4 LECrim está redactado de acuerdo con la L.O. 4/88, de 25 de mayo. Las críticas doctrinales hacia este precepto han versado (principalmente con anterioridad a la S.T.C. de 16 de diciembre de 1987) sobre la concesión de la iniciativa gubernativa para suspender el derecho al secreto de las comunicaciones, que es tanto como “dejar en manos de la Policía (107) las interceptaciones por terrorismo”, siempre que se invoquen razones de *urgencia*, pues la intervención judicial es postrera y ya se han

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

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

3. Estudio en detalle.

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

a) En el momento de la prescripción.

FRANCIA

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

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

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

ALEMANIA

Los *presupuestos* se fijan en la Ley G. 10 bajo un bien jurídico digno de protección: “la

defensa del ordenamiento constitucional libre y democrático o la Seguridad de la Federación o de un *land*”, e incluso la seguridad de las tropas de la OTAN no alemanas estacionadas en nuestro territorio” [§ 1 (1)] y se objetivan en los delitos que sancionan sus ataques cuya tipificación se explicita [§ 2 (1) y § 3 (1)] (112).

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

Se exige siempre como condición *para el acuerdo* de la vigilancia y grabación de las comunicaciones la apreciación de que “existan datos materiales para fundamentar la sospecha de que alguien planea, comete o ha cometido” algunos de los delitos de la lista o de que haya “suficientes indicios reales de que alguien es miembro de una asociación cuya actividad está dirigida” a transgredir el bien jurídico protegido [§ 2 (1)]. Además se exige para la emisión de una orden de interceptación la constatación de que “la investigación del hecho de otra manera fuera inútil o se dificultara considerablemente [§ 2 (2)].

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

ITALIA

Ya se dijo que no constituía un régimen extraño al común procesal, por tanto sigue en manos del Juez la potestad para *acordar la*

intercepción, aunque se reserva la iniciativa “por decreto” en caso de *urgencia o sin necesidad de ella* (antimafiosa) del Fiscal, con necesaria convalidación judicial en las veinticuatro horas siguientes. La petición no sólo puede provenir del Ministerio Público, sino del Ministro del Interior o un delegado suyo o del Director de Investigación Antimafia u otros responsables, Jefes de Policía, de *Carabinieri* o de la *Guardia di Finanza*.

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

GRECIA

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

Los *presupuestos* delictivos que posibilitan la injerencia no vienen definidos (como en el régimen común) por su tipificación penal, sino que se recurre al concepto de “seguridad nacional” sin ninguna referencia legal que pudiera identificar los supuestos de hecho. La

valoración queda restringida a la subjetividad del Fiscal autorizado, quien decidirá en un plazo de veinticuatro horas sobre la solicitud. Resolverá asimismo, “según su criterio”, sobre los datos facilitados en la solicitud en la consiguiente orden de denegación o concesión (art. 3.2). El principal reproche ante la ausencia de concreción en los presupuestos delictivos es el desconocimiento objetivo que supone a los efectos del juicio de proporcionalidad necesario para decretar la escucha sin definición *a priori* de la gravedad jurídica o social que la justifica (FRANCIA y GRECIA).

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

ESPAÑA

Las escasas particularidades de la norma española se concentran en la posibilidad legal de decretarse la “observación” de las comunicaciones telefónicas (115) por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado. El Juez competente, previa comunicación inmediata, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.

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

b) Control en fase de ejecución.

FRANCIA

Respecto a los *requisitos en tiempo* que exigen las interceptaciones de seguridad, se fija

en la ley un período máximo de cuatro meses, cesando las mismas a la finalización de tal plazo, a menos que la autorización sea renovada en las mismas condiciones y por dicho período máximo (art. 6).

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

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

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

ALEMANIA

La ejecución de la interceptación está prevista que se lleve a cabo por la Oficina Federal de Comunicaciones u otros explota-

dores de instalaciones de telecomunicaciones [§ 1 (2) y § 5 (2)], quienes recibirán por escrito la orden de las autoridades competentes. En ella se determinará la clase, ámbito y duración de la medida (117).

El detalle de las operaciones técnicas de ejecución en la vigilancia de las telecomunicaciones es objeto de un minucioso estudio por el Decreto (FÜV) de 18 de mayo de 1995 a propósito de la nueva configuración del Ente de Correos y Telecomunicaciones operada por Ley de 14 de septiembre de 1994 (BGBl. IS. 2325).

ITALIA

Sólo citar dos particularidades que afectan a la *tiempo* y a la *forma*, que se modifican en pro de una mayor efectividad de la medida, dadas las características de los delitos investigados. La primera, que el plazo se aumenta a 40 días, y puede ser prorrogado por períodos sucesivos de 20 por el Juez, o en el caso de urgencia, por el Fiscal. La segunda consiste en que la formalidad general *escrita* de la autorización cede, cuando sea necesaria para el desarrollo de la investigación, ante la viabilidad, incluso, de otorgarse *telefónicamente* (118).

GRECIA

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

ESPAÑA

Como único apunte en este apartado, para el caso de que las autoridades gubernativas tomasen la iniciativa sobre una orden de interceptación de las comunicaciones, ésta debe ser comunicada inmediatamente por *escrito*

motivado al Juez competente, quien como se ha indicado la confirmará o revocará, también en escrito motivado (art. 579.4 LECrim). La duración de la "observación", caso de ser confirmada judicialmente, puede concederse por un plazo máximo de tres meses prorrogables por iguales períodos (por transposición idénticos requisitos de la medida, respecto de la delincuencia común).

c) Control *a posteriori*.

FRANCIA

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

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

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

ALEMANIA

La *notificación* al interesado ha constituido en la R.F.A. uno de los aspectos más interesantes en la interceptación de las comunicaciones (121). En la actualidad, y como regla general, la Ley G.10 prescribe que "las medidas limitadoras se comunicarán a los afectados después de acordarse, cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación" (122), aunque hay excepciones (123). La notificación a los afectados deberá ser efectuada por el Servicio Federal de Información o cualquiera de los órganos receptores (124) de la información [§ 3 (8)] o de los ordenantes. Los *recursos* ante la vía jurisdiccional son posibles *a posteriori* de la adopción y ejecución de la medida. Esto parece deducirse de la actual redacción del texto de 1994 [§ 9 (6)] en relación con el [§ 5 (5)] que no ha sido modificado y que reza así: "Después de la comunicación tienen los afectados abierta la vía jurisdiccional..." Esta circunstancia es confirmada por la ley, cuando después de dar nuevas instrucciones sobre la destrucción de los datos relacionados con las grabaciones se dice como excepción "los datos que sólo son archivados para la comprobación judicial *a posteriori*, en lo concerniente a las medidas limitadoras, deberán ser bloqueados, pudiendo ser únicamente utilizados para los mencionados efectos" [§ 5 (4), última frase].

La *destrucción* de datos es objeto de minucioso estudio y su realización protocolizada

en los ordenadores en intervalos de seis meses, excepto si la separación de otras informaciones útiles resulta imposible o muy difícil, bajo la autoridad de un funcionario habilitado por el Departamento de Justicia [§ 3 (6) y (7)].

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

ITALIA

Ninguna especialidad que consignar.

GRECIA

Ninguna especialidad que consignar.

ESPAÑA

Ninguna especialidad que consignar.

4. Breve consideración de aplicación al caso español.

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

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

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

Pero en España, por el momento, el artícu-

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

5. Interceptaciones extraordinarias sin sujeción a control.

FRANCIA

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

Aquí la “razón de Estado” ha apostado fuerte para disponer de un instrumento preciosísimo de información —el barrido indiscriminado del espacio radioeléctrico y el libre “pinchazo” de los equipos fijos— para preservar la defensa de los intereses nacionales. No se oculta la posibilidad de manipulación de las intercepta-

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

e) *Requisitos en tiempo y forma.*

Desde los 15 días (Italia) hasta los cuatro meses (Francia), se extienden distintos plazos agrupables por países, como tiempo máximo de duración autorizada de la interceptación. Todos renovables. Curiosamente en Austria, Holanda y Portugal no existe límite previo, pero debe consignarse el plazo en la orden.

— Modalidades de la interceptación:

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

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

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

f) *Ejecución de grabaciones.*

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

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

g) *A posteriori.*

- La notificación al interesado.

Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Bélgica, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Holanda reconocen la obligación legal expresa de notificar al interesado la adopción de la medida, salvaguardando al mismo tiempo el secreto y la eficacia de la investigación. No obstante, Alemania mantiene severos condicionantes; Italia goza del más franco conocimiento; en Grecia es potestativo; Dinamarca da audiencia a un abogado defensor “en la sombra” y Holanda se obligará en un futuro próximo. Francia, Reino Unido, Irlanda y Suecia silencian dar conocimiento a la parte interesada. En España no existe reconocimiento expreso y se cumple en virtud del derecho de defensa.

- Organos de control. Recursos.

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

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

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

- Custodia y destrucción de las grabaciones.

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

La iniciativa resulta balanceada entre el control judicial y las responsabilidades del Ministerio Público, según cada país. Así Alemania, antes y después de la incorporación al procedimiento, el material está custo-

diado por el Fiscal hasta su destrucción. En Italia la conservación de actas y grabaciones depende también del Fiscal, siempre bajo control judicial, quien decidirá si no son necesarias, quedando de aquél su destrucción. Al no darse conocimiento en Francia de las grabaciones efectuadas al interesado ni guardar carácter procesal, queda a instancias del Procurador de la República su destrucción una vez prescrito el plazo de la acción. Cuando no sean útiles a la causa, las grabaciones y transcripciones, según la Ley griega, se destruirán ante el Tribunal que ordenó la medida, o en el caso de haberse notificado al interesado, se le hará entrega a éste.

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

En España nada específico está previsto.

Se sigue el régimen general considerando el material en cuestión, como *efecto* que guarda relación con el delito.

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

- Constitución de regímenes diferenciados (leyes especiales): Alemania, Francia y Grecia.
- Especialidades del régimen ordinario: Italia y España.
- Observación: España posee un control jurisdiccional de orden constitucional de *cualquier* régimen jurídico de interceptación de las telecomunicaciones (art. 18.3), por lo que sin modificar la Constitución no es posible establecer un *régimen especial* que soslaye la intervención judicial.

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

(*) Ver cuadro esquemático en el ANEXO.

ANEXO

INTERCEPTACIONES DE SEGURIDAD

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

INTERCEPTACIONES EXTRAORDINARIAS O SIN SUJECION A CONTROL

PRESUPUESTOS

FRANCIA
Defensa de los intereses nacionales

INDICE JURISPRUDENCIAL CONSULTADO

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 6 de junio de 1978 (*Caso Klass y otros*).
B. J. C. núm. 30, páginas 1199 y siguientes.

Sentencia de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Pretto y otros*).
B. J. C. núm. 44, páginas 1490 y siguientes.

Sentencia de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Axen*). B. J. C.
número 44, páginas 1500 y siguientes.

Sentencia de 2 de agosto de 1984 (*Caso Malone*). B. J. C.
número 64/65, páginas 1081 y siguientes.

Sentencia de 12 de junio de 1988 (*Caso Schenk*). B. J. C.
número 108, páginas 125 y siguientes.

Sentencia de 24 de abril de 1990 (*Caso Huvig*). B. J. C.
número 144, páginas 285 y siguientes..

Sentencia de 24 de abril de 1990 (*Caso Krustin*). núm.
144, páginas 285 y siguientes.

Tribunal Constitucional

Sentencia 114/1984 de 29 de noviembre.

Sentencia 22/1984 de 17 de febrero.

Sentencia 13/1985 de 31 de enero.

Sentencia 199/1987 de 16 de diciembre.

Sentencia 128/1988 de 27 de junio.

Sentencia 176/1988 de 4 de octubre.

Sentencia 111/1990 de 18 de junio.

Sentencia 190/1992 de 16 de noviembre.

Audiencia Nacional

Sentencia de 27 de septiembre de 1994 (Sección 3ª S.
Penal) (*Caso Nécora*).

Sentencia de 15 de septiembre de 1995 (Sección 3ª S.
Penal) (*Caso Charlín*).

Tribunal Supremo**Año 1988**

Sentencia de 5 de febrero de 1988 (R. A. 857).

Año 1990

Sentencia de 26 de enero de 1990 (R. A. 515).

Sentencia de 12 de febrero de 1990 (R. A. 1475).

Sentencia de 3 de mayo de 1990 (R. A. 3680).

Sentencia de 6 de septiembre de 1990 (R. A. 6920).

Sentencia de 4 de octubre de 1990 (R. A. 7656).

Sentencia de 5 de octubre de 1990 (R. A. 7680).

Sentencia de 10 de octubre de 1990 (R. A. 7947).

Sentencia de 14 de noviembre de 1990 (R. A. 8907).

Sentencia de 20 de diciembre de 1990 (R. A. 9669).

Año 1991

Sentencia de 9 de febrero de 1991 (R. A. 982).

Sentencia de 21 de febrero de 1991 (R. A. 1335).

Sentencia de 6 de marzo de 1991 (R. A. 1920).

Sentencia de 13 de mayo de 1991 (R. A. 3636).

Sentencia de 16 de octubre de 1991 (R. A. 7278).

Sentencia de 16 de diciembre de 1991 (R. A. 9314).

Año 1992

Sentencia de 2 de febrero de 1992 (R. A. 9905).

Sentencia de 14 de mayo de 1992 (R. A. 4029).

Sentencia de 2 de junio de 1992 (R. A. 4764).

Sentencia de 8 de junio de 1992 (R. A. 5294).

Auto de 18 de junio de 1992 (R. A. 6102) (*Caso Naseiro*).

Sentencia de 8 de julio de 1992 (R. A. 6553).

Sentencia de 15 de julio de 1992 (R. A. 6364).

Sentencia de 25 de septiembre de 1992 (R. A. 7348).

Sentencia de 6 de octubre de 1992 (R. A. 7806).

Sentencia de 9 de octubre de 1992 (R. A. 7955).

Sentencia de 17 de octubre de 1992 (R. A. 8337).

Sentencia de 30 de octubre de 1992 (R. A. 8623).

Sentencia de 6 de noviembre de 1992 (R. A. 9009).

Sentencia de 1 de diciembre de 1992 (R. A. 9899).

Año 1993

Sentencia de 15 de enero de 1993 (R. A. 119).

Sentencia de 8 de febrero de 1993 (R. A. 885).

Sentencia de 12 de febrero de 1993 (R. A. 1060).

Sentencia de 18 de febrero de 1993 (R. A. 1356).

Sentencia de 23 de febrero de 1993 (R. A. 1525).

Sentencia de 17 de marzo de 1993 (R. A. 2326).

Sentencia de 5 de abril de 1993 (R. A. 3030).

Sentencia de 26 de abril de 1993 (R. A. 3217).

Sentencia de 19 de abril de 1993 (R. A. 3314).

Sentencia de 30 de abril de 1993 (R. A. 3322).

Sentencia de 7 de mayo de 1993 (R. A. 3866).

Sentencia de 21 de mayo de 1993 (R. A. 4230).

Sentencia de 5 de junio de 1993 (R. A. 4847).

Sentencia de 12 de junio de 1993 (R. A. 4997).

Sentencia de 16 de junio de 1993 (R. A. 5117).

Sentencia de 18 de junio de 1993 (R. A. 5191).

Sentencia de 25 de junio de 1993 (R. A. 5244).

Sentencia de 29 de junio de 1993 (R. A. 5484).

Sentencia de 5 de julio de 1993 (R. A. 5875).

Sentencia de 7 de julio de 1993 (R. A. 5941).

Sentencia de 8 de julio de 1993 (R. A. 5900).

Sentencia de 9 de julio de 1993 (R. A. 6063).

Sentencia de 15 de julio de 1993 (R. A. 6086).

Sentencia de 15 de julio de 1993 (R. A. 6089).

Sentencia de 16 de julio de 1993 (R. A. 6032).

Sentencia de 23 de julio de 1993 (R. A. 6429).

Sentencia de 16 de septiembre de 1993 (R. A. 6735).

Sentencia de 17 de septiembre de 1993 (R. A. 7146).

Sentencia de 5 de octubre de 1993 (R. A. 7282).

Sentencia de 7 de octubre de 1993 (R. A. 8703).

Sentencia de 11 de octubre de 1993 (R. A. 7371).

Sentencia de 18 de octubre de 1993 (R. A. 7537).

Sentencia de 20 de octubre de 1993 (R. A. 7811).

Sentencia de 22 de octubre de 1993 (R. A. 7948).

Sentencia de 27 de octubre de 1993 (R. A. 7872).

Sentencia de 30 de octubre de 1993 (R. A. 8002).

Sentencia de 30 de octubre de 1993 (R. A. 8005).

Sentencia de 15 de noviembre de 1993 (R. A. 8588).

Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (R. A. 8704).

Sentencia de 3 de diciembre de 1993 (R. A. 9233).

Sentencia de 30 de diciembre de 1993 (R. A. 9816).

Sentencia de 30 de diciembre de 1993 (R. A. 9820).

Año 1994

Sentencia de 21 de febrero de 1994 (R. A. 6603).

Sentencia de 25 de febrero de 1994 (R. A. 2592).

Sentencia de 16 de marzo de 1994 (R. A. 2325).

Sentencia de 18 de marzo de 1994 (R. A. 2340).

Sentencia de 19 de marzo de 1994 (R. A. 2568).

Sentencia de 25 de marzo de 1994 (R. A. 2591).

Sentencia de 25 de marzo de 1994 (R. A. 2592).

Sentencia de 4 de abril de 1994 (R. A. 2867).

Sentencia de 5 de abril de 1994 (R. A. 2875).

Sentencia de 6 de abril de 1994 (R. A. 2889).

Sentencia de 18 de abril de 1994 (R. A. 3340).

Sentencia de 23 de abril de 1994 (R. A. 3165).

Sentencia de 9 de mayo de 1994 (R. A. 3627).

Sentencia de 14 de mayo de 1994 (R. A. 4029).

Sentencia de 20 de mayo de 1994 (R. A. 3942).

Sentencia de 23 de mayo de 1994 (R. A. 6701).
 Sentencia de 25 de mayo de 1994 (R. A. 4052).
 Sentencia de 28 de mayo de 1994 (R. A. 4062).
 Sentencia de 31 de mayo de 1994 (R. A. 4506).
 Sentencia de 6 de junio de 1994 (R. A. 4532).
 Sentencia de 17 de junio de 1994 (R. A. 5175).
 Sentencia de 21 de junio de 1994 (R. A. 5215).
 Sentencia de 27 de junio de 1994 (R. A. 5034).
 Sentencia de 2 de julio de 1994 (R. A. 6003).
 Sentencia de 16 de julio de 1994 (R. A. 6461).
 Sentencia de 20 de julio de 1994 (R. A. 6614).
 Sentencia de 23 de julio de 1994 (R. A. 6713).
 Sentencia de 12 de septiembre de 1994 (R. A. 7205).
 Sentencia de 24 de septiembre de 1994 (R. A. 7182).
 Sentencia de 26 de septiembre de 1994 (R. A. 6772).
 Sentencia de 27 de septiembre de 1994 (R. A. 7222).
 Sentencia de 27 de septiembre de 1994 (R. A. 1415/95).
 Sentencia de 11 de octubre de 1994 (R. A. 8170).
 Sentencia de 17 de octubre de 1994 (R. A. 8322).
 Sentencia de 25 de octubre de 1994 (R. A. 8177).
 Sentencia de 31 de octubre de 1994 (A. J. Azdi 17 de noviembre de 1994).
 Sentencia de 31 de octubre de 1994 (R. A. 9076).
 Sentencia de 4 de noviembre de 1994 (R. A. 8395).
 Sentencia de 8 de noviembre de 1994 (R. A. 8800).
 Sentencia de 17 de noviembre de 1994 (R. A. 9276).
 Sentencia de 23 de noviembre de 1994 (R. A. 9289).
 Sentencia de 28 de noviembre de 1994 (R. A. 9997).
 Sentencia de 23 de diciembre de 1994 (Revista La Ley de 15 de febrero de 1995).
 Sentencia de 23 de diciembre de 1994 (R. A. 10266).

Año 1995

Sentencia de 12 de enero de 1995 (R. A. 130).
 Sentencia de 20 de enero de 1995 (R. A. 139).
 Sentencia de 23 de enero de 1995 (R. A. 157).
 Sentencia de 6 de febrero de 1995 (R. A. 755).
 Sentencia de 14 de febrero de 1995 (R. A. 762).
 Sentencia de 20 de febrero de 1995 (R. A. 120).
 Sentencia de 24 de febrero de 1995 (R. A. 1323).
 Sentencia de 6 de marzo de 1995 (R. A. 1809).
 Sentencia de 10 de marzo de 1995 (R. A. 1826).
 Sentencia de 17 de marzo de 1995 (R. A. 2033).
 Sentencia de 24 de marzo de 1995 (R. A. 2268).
 Sentencia de 28 de marzo de 1995 (R. A. 2246).
 Sentencia de 5 de mayo de 1995 (R. A. 3591).
 Sentencia de 3 de junio de 1995 (R. A. 4532).
 Sentencia de 3 de junio de 1995 (R. A. 4534).
 Sentencia de 14 de junio de 1995 (R. A. 5345).
 Sentencia de 7 de julio de 1995 (R. A. 5436).
 Sentencia de 10 de julio de 1995 (R. A. 5610).

NOTAS

(1) Son ejemplo de ello: La Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 (Ley 217/21) relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones. Directivas de la Comisión, de 18 de mayo de 1988 (Ley 131/73), y de 28 de junio de 1990 (Ley 192/10) relativas a la competencia en los mercados de terminales de comunicaciones. Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1990 (Ley 192/1), relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Directiva del Consejo, de 29 de abril de 1991 (Ley 128/1), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de comunicación. Recomendación del Consejo (87/371), de 25 de junio de 1987, relativa a la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (DO. Ley 196/17-7-87, pág. 81); y Resolución

del Consejo de 14 de diciembre de 1990 (DO. C. 329/31-12-90, pág. 25) sobre el mismo asunto anterior. Directiva del Consejo (91/287 y 91/288), de 3 de junio de 1991, sobre bandas de frecuencias que deben asignarse para la introducción coordinada de las telecomunicaciones digitales europeas sin hilo (DECT) en la Comunidad (Ley 141/8-6-91, pág. 47). Directiva (93/97) del Consejo, de 29 de octubre de 1993, por la que se complementa la Directiva 91/263 sobre equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite (DO. C. 290/24-11-93, pág. 1). Decisiones de la Comisión (94/11 y 94/12), de 21 de diciembre de 1993, sobre reglamentación técnica común para los requisitos generales de conexión de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas (DO. Ley 8/12-1-94, págs. 20 y siguientes).

(2) Por este motivo, no entraremos en consideraciones que impliquen situaciones constitucionales excepcionales, o en el régimen normal de carácter sustantivo (arts. 192 bis y 497 bis C.P.) o de ámbitos especiales o restringidos, como el propio de la jurisdicción militar (L.O. 2/89, de 13 de abril, art. 188, competencia del Juez Togado militar para acordar la intervención telefónica), o bien reducidos a Régimen Penitenciario (art. 51, L.O., General Penitenciaria, 1/79, y art. 47.6 del Reglamento R.D. 190/1996, de 9 de febrero), o de otros que nos alejen de la motivación expuesta.

(3) Ver S/T.E.D.H. de 2 de agosto de 1984. *Caso Malone*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional núm. 64-65, agosto-septiembre 1986, págs. 1081 y siguientes.

(4) Ver S/T.E.D.H. de 6 de septiembre de 1978. *Caso Klass y otros*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional número 30, octubre 1983, págs. 1199 y siguientes.

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

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

2. Las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular. Este apartado 2 del artículo 10 está redactado de acuerdo con la revisión constitucional de 24 de junio de 1968, basado en la cual se redactó la Ley G.10 de 13 de agosto de 1968. Tanto la revisión constitucional como la Ley G.10 fueron objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional Federal, recurso resuelto por Sentencia de 15 de diciembre de 1970. Se encontraron conformes a la Constitución ambas, excepto el § 5 (5) de la Ley G.10, sobre la notificación al interesado que podrá diferirse a "cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación" (redactado según ley de 13 de septiembre de 1978).

(6) Ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990. *Casos Kruslin y Huvig*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional número 144, págs. 285 y siguientes.

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

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

(8) A partir de esta Ley la Sección 2ª, Capítulo I, Título III, Libro I del Código de Procedimiento Penal se denomina: *Des interceptions des correspondances émises par la voie des télécommunications*.

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

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

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

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

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

(14) En el momento de ultimar la revisión de este trabajo se anuncia por la prensa belga la preparación por el Gobierno de este país de un documento que servirá de base para un anteproyecto que legalice las interceptaciones de seguridad, de carácter político en defensa de la Seguridad del Estado. Estas interceptaciones cubrirán legalmente las necesidades de información demandadas por el Servicio General de Información (SGR) de carácter militar, aunque podrían beneficiarse también la *Sûreté* y la *Gendarmerie*. *LE SOIR* (Bruxelles). *La légalisation des écoutes de sécurité est en route*, 26-11-95, por ALAIN GUILLAUME.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(24) Ver JIMENEZ CAMPO, Javier. *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 10. De la misma opinión MARTIN MORALES, Ricardo. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid,

1995, pág. 45. El Magistrado MAZA MARTIN, J. M., se plantea y resuelve la intervención de las comunicaciones a través de las redes informáticas de forma similar a las telefónicas tradicionales. *Algunos apuntes a propósito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas*. Rev. La Ley, 18 enero 1996, pág. 16.

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

(26) VELASCO NUÑEZ, Eloy, tacha el precepto (579 LECrim) de "escaso y desordenado". *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema*. Actualidad Penal núm. 18/3-9 mayo 1993, obr. cit., pág. 275. RODRIGUEZ RAMOS indica que la regulación actual es defectuosa, ambigua, parca y contradictoria, rematando los calificativos con el de *execrecencia legislativa*, llegando incluso a afirmar que son nulas todas las escuchas practicadas en España tras la C.E. *Intervenciones telefónicas*, en la Prueba en el Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J. Madrid, 1992, pág. 454. FERNANDEZ ENTRALGO encuentra la insuficiencia del artículo 579 LECrim en la no fijación del alcance, límite y procedimiento para ejecutar las intervenciones telefónicas. *Prueba ilegítimamente obtenida*. LA LEY 1990-lpg. 1198. VAZQUEZ HONRUBIA, J. M., señala que el nuevo artículo 579 (L.O. 4/88) trató de colmar el vacío legal existente para "evitar los peligros que supone una dejación de este derecho fundamental al excesivo arbitrio judicial, finalidad sólo muy parcialmente conseguida". *Las escuchas telefónicas*. Revista de la Asociación de Jueces Magistrados "Francisco de Vitoria" núm. 1, junio 1991, pág. 59. ASENCIO MELLADO, J. M^a, habla de la *parquedad e imperfección* de la redacción legal, lo cual lo hace devenir contradictorio y generar importantes dudas. Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid, 1989, pág. 105. GONZALEZ-CUPELLAR SERRANO, Nicolás, afirma que con el artículo 579 LECrim "no ha quedado zanjada la discusión sobre la colisión de las limitaciones del artículo 18.3 C.E. con el principio de legalidad, dada la absoluta indeterminación de la norma, los graves problemas de interpretación que provoca y su incongruencia en otros preceptos de la LECrim". *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, 1990, pág. 93. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, califica el precepto de "apartados lacónicos y a todas luces insuficientes" y que "las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia que equivale a una ausencia normativa", considerando que su "...indeterminación y amplitud ... son espacios de verdadera ilicitud y proscritos de un estado democrático". *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, 1989, págs 182 y 183. LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás, dice al respecto: "no es sólo que el contenido del artículo 579.2 y 3 LECrim sea insuficiente, sino que es oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable teniendo en cuenta la materia sobre la que incide". *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, obr. cit., Madrid, 1991, pág. 41. MARTIN MORALES, Ricardo, se suma a la crítica del artículo 579 LECrim, como

normativa, por el *déficit garantista que provoca*, obr. cit., pág. 103. GIMENO SENDRA, Vicente, acusa que la regulación de este acto instructorio resulta ser *muy insuficiente* por el considerable número de lagunas que contiene. *Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del T.C. y T.S.* Estudios de Jurisprudencia, septiembre-octubre 94, páginas 7-8.

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

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

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

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

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

(29) Ver LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, 1989, pág. 194. De la misma opinión COBO DEL ROSAL, Manuel. *Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida*. Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, 1993, pág. 268. Se suma a estas diferencias DE Llera SUAREZ-BARCENA, Emilio. *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*. Poder Judicial núm. 3, año 1986, pág. 16.

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

(31) Ver GONZALEZ GUITIAN, Luis. *Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 107, en su nota 50, al final, identifica el *comptage* con el término de "interceptación telefónica" a los efectos de conducta típica de los artículos 192 bis y 497 bis del C. Penal español. Ver LOPEZ-FRAGOSO, obr. cit., págs. 46-48, que llega a una conclusión de identidad entre ambos términos a la hora de

interpretar el artículo 579.2 y 3 LECrim. VELASCO NUÑEZ, E., obr. cit., págs. 256 y 257, con idénticos o parecidos argumentos. En esta corriente mayoritaria RODRIGUEZ RAMOS, L., obr. cit., pág. 454. ASENCIO MELLADO, J. M., obr. cit., pág. 108. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N., obr. cit., pág. 94. GARCIA VALTUEÑA, Eduardo. *El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J. XXIX, Madrid, 1993, pág. 342, que coincide en atribuir a ambos apartados (579.2 y 3 LECrim) del mismo artículo un mismo sentido, coincidente con "interceptar". Pero es que desde el punto de vista de la práctica judicial se fomenta la indiferenciación de ambos (intervención/observación), pues con extraordinaria frecuencia un juzgado menciona en el auto la medida "observación", procediéndose por la C.N.T.E. a facilitar la línea para la escucha y grabación de las conversaciones por los agentes de policía judicial solicitantes; es decir, precediéndose a la "intervención", por lo que es preferible emplear el concepto "intercepción", sin establecer diferencias en la legislación vigente en España. Sobre pronunciamiento jurisprudenciales en este sentido, se verán más adelante.

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

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

(34) Los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, que LOPEZ-FRAGOSO siguiendo a la doctrina alemana clasifica en cinco subespecies (ver obr. cit., pág. 68), se refieren, en general, a conocimientos adquiridos a través de una interceptación telefónica, que bien por razón del sujeto o bien por razón de los hechos, no se corresponden con los datos para los que dicha interceptación ha sido autorizada. Surge inmediatamente para los ejecutores de la medida (generalmente, agentes de policía) interrogantes sobre la legitimidad de la calificación intervenida, valoración jurídica de la misma, y forma de proceder en consecuencia. El legislador alemán en el § 100.b (5) StPO dice: "Las informaciones personales obtenidas por medio de la aplicación de

estas medidas (intercepciones) únicamente podrán ser utilizadas como medios de prueba en otros procedimientos penales, en la medida en que los resultados obtenidos de su análisis sean necesarios para esclarecer algunos de los delitos que figuran en el § 100 a". Habida cuenta de la amplitud del derecho alemán sobre las personas que pueden ser objeto de la medida, bastaría con que existiera la conexión objetiva, es decir, que los hechos descubiertos pudieran ser constitutivos de uno de los delitos citados en el § 100 a StPO para que dichas escuchas casuales u ocasionales gozaran de efectos probatorios en el derecho alemán. También el legislador italiano prevé la utilización de las intervenciones en su artículo 270.1 C.P.P.: "Los resultados de las intervenciones no podrán ser utilizados en procedimientos distintos a aquellos para los que se han dispuesto, salvo que resulten indispensables para la investigación de delitos para los cuales sea obligatorio el arresto flagrante". La legislación danesa es muy estricta a este respecto pues prohíbe, sin paliativos, el uso de la información adquirida por medio de una intervención ante un Tribunal con referencia a un delito distinto al que ha servido como base de la autorización [Sec. 789 (2)], Cap. 71, Ley de la Administración de Justicia. En términos parecidos se expresa la Ley griega que, bajo sanción de nulidad, castiga el empleo de la información obtenida "como prueba directa o indirecta en otro juicio penal civil, administrativo, disciplinario o procedimiento administrativo" con objetivo distinto al autorizado (art. 5.10, Ley 2225/94). Al no disponerse en el derecho positivo español referencia alguna sobre los tipos delictivos que actúen de presupuestos de la medida, es forzoso una interpretación restrictiva, dado el caso, y el control judicial inmediato. Así se prescribe por el T.S., en su auto de 18 junio de 1992 (F.D. 6°): "Basta que en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de la investigación, a través de las interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graba, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente".

(35) Cabe destacar en la fase ejecutoria de la interceptación que el proceso se va a complicar en el futuro, derivado de múltiples factores en relación con los avances tecnológicos de la telefonía móvil. Pero la auténtica "piedra de toque" del sistema va a resultar la falta de previsión legal o al menos de la normativa reglamentaria de ordenación de las telecomunicaciones que obligue a las empresas explotadoras de las redes de telefonía móvil a hacer factible la interceptación de dichas líneas. No estamos hablando de empresas públicas, con carácter pseudofuncionario, cuyo entendimiento y costes tiene que ver con el erario público, sino de empresas privadas cuya explotación ha sido concedida por licencia administrativa y que, en principio, necesitarán equipos de implementación de alto coste para posibilitar la interceptación requerida por la Autoridad competente. Aquí los requisitos técnicos y su cuantificación económica dificultarán ante la falta de reglamentación, sin duda, el cumplimiento de un simple mandato judicial de interceptación de una línea usada por un abonado que ha suscrito sus servicios con una empresa privada. En su momento citaremos la situación en España, pero se puede adelantar que Alemania acaba de solucionar definitivamente el problema creado en este sentido, a instancias del Ministro Federal de Interior, Manfred Kandher, con la aprobación del correspondiente Decreto de fecha 18 de mayo de 1995.

(36) No debe olvidarse que precisamente este método interpretativo para paliar un vacío legal ha sido realizado ya por el T.E.D.H. en el examen de la legislación francesa vigente en los *Casos Huvig y Kruslin* manifestando que: "... el gobierno parece ser que las deduce bien de normas o principios generales, bien de la interpretación por analogía

de disposiciones legales o de resoluciones judiciales sobre medidas de investigación distintas de las escuchas, en especial de los registros y de los embargos. Una ampliación así, aunque loable, no proporciona en esta materia la suficiente seguridad jurídica" (S/T.E.D.H. de 24 de abril 1990, pfo. 34).

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

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

(39) Ver HURTADO ADRIAN, Angel L. *El teléfono como medio de investigación en el proceso penal*, Actualidad Penal núm. 9, 28 de febrero-6 de marzo 1994, pág. 176.

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

(41) El artículo 8.1 del Convenio dice así: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". En el concepto "correspondencia" la propia jurisprudencia del T.E.D.H. (*Caso Klass y otros y Caso Malone*) encuentra comprendidas las comunicaciones privadas.

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

(43) Se advierte en las nuevas legislaciones una especial atención a la referencia explícita de las modalidades de transmisión a las que la interceptación alcanza. Así, Francia en su Ley de 1991 cuando se refiere en su artículo 1 a "telecomunicaciones" hay que entender por tal según el Código de Correos y Telecomunicaciones, artículo 32: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o datos de cualquier naturaleza a través de un hilo, de la óptica, radioelectricidad u otros sistemas electromagnéticos. Esta lista de técnicas comprende pues: 1) Los servicios que utilizan el hilo o el cable, teléfono público o privado, teleinformática. 2) Los servicios que utilizan la vía hertziana: radioteléfono público o privado, estaciones radioeléctricas privadas, sistemas de transmisiones profesionales por satélite. Recientemente, por Ley núm. 547 de 23 de diciembre de 1993, se han introducido en el Código Procesal italiano los preceptos 266 bis, 268.3 bis y modificado, el artículo 268.6 y 8, para contemplarse en ellos la interceptación de las telecomunicaciones relativas a la informática o telemática. El Código Procesal Penal portugués valida la regulación de las interceptaciones telefónicas "a las conversaciones o comunicaciones transmitidas por cualquier otro medio técnico distinto al teléfono

(art. 190). La regulación de la interceptación legal en Holanda y Suecia son especialmente previsoras en la mención del soporte informático como una vía más de emitir o recibir información, y por tanto capaz de ser intervenida. No se establecen diferencias por esta causa, en relación a la medida, de las que pudieran ser adoptadas por medio telefónico, sea éste alámbrico, radioeléctrico, etc.

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

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

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

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

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

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

(50) De este modo, el Código Procesal italiano agrupa el criterio de la penalidad de la infracción con una relación

referida cierta tipología de delitos: Delitos no culposos penados con prisión o reclusión superior a cinco años [art. 266 a)]; delitos contra la Administración Pública penados con reclusión no inferior a cinco años [art. 266 b)]; delitos referentes a sustancias estupefacientes o psicotrópicas [art. 266 c)]; delitos referentes a armas y a sustancias explosivas [art. 266 d)]; delitos de contrabando [art. 266 e)]; delitos de injuria, amenaza, molestia o perturbación a las personas por medio del teléfono [art. 266 f)]. El Código de Procedimiento Penal de Portugal de 1987 se identifica con los citados preceptos del italiano con la excepción de que la duración estimada es de tres años para delitos en general (art. 187.1) y añade (art. 187.2) los de terrorismo y criminalidad violenta o altamente organizada; asociación criminal (art. 287 C.P.), contra la humanidad (Título II, Libro II, C.P.); contra la seguridad del Estado (Capítulo I, Título V, Libro II, C.P.); falsificación de moneda o títulos de crédito (arts. 237, 240 y 244 C.P.) y comprendidos en tratados sobre seguridad aérea o marítima. La ley de Intercepción de las Comunicaciones del Reino Unido de 1985 encuentra como presupuestos de una orden que considere necesaria la interceptación: en interés de la seguridad nacional, con el propósito de impedir y descubrir delitos graves y para salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido [Sec. 2, Subsec. 2 (a), (b) y (c)]. Según la propia legislación, se considera *delito grave* toda aquella conducta que suponga el uso de la violencia, dé como resultado importantes ganancias económicas o se lleve a cabo con la participación de un gran número de personas que persiguen el mismo fin; o bien el cometido por una persona de veintitún años de edad o más y sin condenas previas, que pueda ser sentenciado a pena de cárcel por un periodo de tres o más años [Sec. 10, Subsec. 3 (a) y (b)]. En Irlanda, la propia ley define el delito grave (*serious offence*) el principal presupuesto para la concesión de la autorización, dependiendo de la gravedad de los posibles resultados, para vidas, daños, ganancias económicas notorias y otras circunstancias. La ley en Dinamarca permite la interceptación de las telecomunicaciones cuando se trata de la investigación de un delito contra: la independencia y seguridad del Estado, espionaje (Tit. 12 C.P.); la Constitución, autoridades supremas del Estado o amenaza del orden democrático (Tit. 13 C.P.); y delitos especiales de evasión de presos [Sec. 124 (1)]; obstrucción a la justicia (Sec. 125 C.P.); eludir el servicio militar [Sec. 127 (1)]; desórdenes públicos en vías de comunicación [Sec. 193 (1) C.P.]; amenazas (Sec. 266 C.P.); chantaje (Sec. 281 C.P.); y fraude fiscal y aduanero (Sec. 289 C.P.).

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

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

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

(54) Ver RODRIGUEZ RAMOS, L. *Intervenciones telefónicas*, obr. cit., pág. 455. En Holanda se liga la aplicación de la interceptación de las telecomunicaciones a que el delito investigado conlleve la posibilidad legal de ser detenido

en el acto o en el caso de delito susceptible de practicar la detención preventiva, es decir, cuya pena sea de cuatro o más años (art. 125 f. C.Prcr. Crim y art. 67 C. Penal).

(55) Ver HURTADO ADRIAN, A. L. Obr. cit., pág. 178.

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

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

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

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

(60) Del estudio pormenorizado de la legislación británica en esta materia que ofrece la sentencia T.E.D.H. (2 de agosto de 1984) sobre el *Caso Malone* se deduce claramente que el carácter administrativo ha imperado siempre. El juez nacional que falló el caso llegó a la siguiente conclusión: "El derecho inglés vigente no conoce ninguna de estas garantías y solamente se encuentran algunas previsiones en ese sentido en la práctica administrativa" (punto 34). Otra precisión que resulta conveniente se refiere al rango y ramo de la Autoridad ordenante en la Ley de Intercepción de Comunicaciones de 1985. El término *Secretary of State* parece más equivalente al de Ministro, no al Secretario de Estado según nuestro Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y por tal motivo *Assistant under Secretary of State* parece asimilarse al Secretario General del Ministro. Estas equivalencias de rango de altos cargos concuerdan con las verificadas en la Sentencia del *Caso Malone* ya aludida. Aunque la ley no indica el departamento ministerial, el texto de la sentencia siempre cita al Ministro del Interior. Hechas estas aclaraciones, se concluye que, según la referida ley británica, será: el Ministro del Interior quien puede expedir una orden de interceptación, y en caso de urgencia, si el Ministro así lo ha previsto, puede controlar su expedición su Secretario General o Autoridad de rango superior [Sec. 4, Subsec. (1) en relación con la Sec. 2 (1)].

(61) En contra de esta opinión GONZALEZ GUITIAN. *Escuchas clandestinas...* obr. cit., pág. 117, que excluye a las comunicaciones por radio del carácter de "privadas". Contrario también DE VICENTE REMESAL, J. *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*. Poder Judicial núm. 17, año 1990, pág. 164. Aún fresca la sentencia de la Audiencia Nacional (Sec. 3ª, Sala de lo Penal), de 15 de septiembre de 1995, en el SM 15/92 del J. Central de Instrucción núm. 5 (*Caso Charlín*), es igualmente adicta a esta tesis, afirmando que: las comunicaciones por radio "no

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

(62) Por ejemplo, en Alemania el §100a StPO precisa para la vigilancia y grabación la presencia de "hechos ciertos" que justifiquen la sospecha de que alguien ha cometido un hecho delictivo del catálogo previsto. Se repite la expresión en el § 100c (2) StPO. El artículo 267.1 C.P.P. italiano exige "graves indicios de delito". En Dinamarca la fundamentación gravita sobre la sospecha de que el delito implique riesgos en la vida, bienestar de las personas o bienes sociales considerables [Sec. 781 (4)]. El Código de Procedimiento Criminal de Austria de 1974 exige, entre los requisitos para autorizarse la grabación y registro de las telecomunicaciones, que la finalidad sea la de "esclarecer" un delito cometido y que la sospecha sea "fundada" sobre la persona o titular de la instalación que se va a intervenir [§ 149.a (1) 2 StPO]. La Ley griega (2225/94) después de permitir la autorización para la investigación de determinados delitos (por tanto; cometidos o que están cometiendo) apura la misma hasta los actos preparatorios en el delito de falsificación de moneda (art. 4.1). Los términos del Código de Procedimiento Criminal en Holanda son extremadamente claros puesto que la primera condición que se exige para ordenar la interceptación es que el delincuente sea sor-

prendido *infraganti* o que el delito sea denunciante... (art. 125 f).

(63) "The Secretary of State shall not issue a warrant under this section unless he considers that the warrant is necessary... (b) for the purpose of *preventig* or detecting serious crime..." [Sec. 2, Subsec. (2) b) *Interception of Communications Act*, 1985].

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

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

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

(67) Ver A/T.S. 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*) (F.D. 3º, 1.º pfo.). En el mismo sentido S.S./T.S. 25 de junio de 1993 (F.J. 5º); 12 enero de 1995 (F.J. 4º); 31 octubre de 1994 (F.D. 11) y 23 diciembre de 1994 (F.D. 10). La S./T.S. de 12 de enero de 1995 estimó precisamente el recurso de casación por este motivo. Así se dice: "...pero no se hizo constar por los agentes policiales que solicitaron la intervención del teléfono del acusado de delito que se hubiera cometido o que se pudiera estar cometiendo... sino que dijeron que tan sólo se trataba de averiguar posibles hechos delictivos, sin ofrecer ninguna referencia de indicios, sobre la realidad de la existencia del delito concreto (F.J. Cuarto).

(68) Ver LECLERC, H. Obr. cit., pág. 23.

(69) BOULOC, B. *Chronique Législative*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé, janvier-mars 1992, págs. 128 y siguientes.

(70) CHAMBON, P. Obr. cit., pág. 175.

(71) Los abogados, notarios y psiquiatras quedan protegidos en sus comunicaciones de acuerdo con § 149a (1) b) en relación con el § 152 (14). Los medios de comunicación sólo soportarán la injerencia cuando el delito perseguido esté sancionado con cadena perpetua o penas superior a 5 años e inferior a 10 [§ 149a (2) en relación con § 1.6 de la Ley de Medios].

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

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

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

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

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

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

(77) Incumbe al Post -es decir, Correos, Telégrafos y la Compañía Telefónica Nacional, en nuestro caso- y "a todo titular de instalaciones públicas de telecomunicación" el facilitar la vigilancia y grabación de las comunicaciones interesadas, al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial [art. 100 b (3)]. No se soluciona con este precepto todos los problemas generados por la necesidad de asistencia técnica e información complementaria cuando ésta se requiere de

empresas operadoras de *redes privadas explotadoras del servicio público*. Los problemas legales surgidos por la falta de constitución de la obligación de asistencia a las empresas privadas concesionarias de la telefonía móvil, en Alemania, han sido de tal alcance que han obligado al Gobierno Federal a aprobar el Decreto de 18 de mayo de 1995, para reglar la situación y la modificación del § 100b (3) StPO, a los mismos efectos por Ley. PT Neu OG de 19 de septiembre 4.

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

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

(80) LOPEZ FRAGOSO, T., insiste "en limitar la posible actividad de ejecución de la Policía a la grabación y, en su caso, a la escucha y grabación de las comunicaciones intervenidas", obr. cit., pág. 86, y considera "inadmisible que sea la Policía la que efectúe las transcripciones", pág. 115. VELASCO NUÑEZ, E., coincide "en exigir que las cintas originales entregadas al Juez han de contener «todas» las conversaciones injeridas en el orden cronológico y de forma completa en que se han producido" y de que la Policía no seleccione, sino que esta selección de interés para la investigación "sea obra del Juez". obr. cit., pág. 266.

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

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

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

ducción idéntica de los requisitos ya acuñados como régimen procesal.

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

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

(86) Reiteradísima jurisprudencia: SS/T.S. 25 de junio;

5 octubre, 14 de noviembre de 1990; 21 de febrero de 1991; A/T.S. 18 de junio de 1992; S. 17 de octubre de 1992; 29 de junio de 1993; 6 de junio de 1994; 31 de octubre de 1994, entre otras. Puesto que la remisión de las grabaciones debe ser *íntegra*, la transcripción corre a cargo de la Policía Judicial (S. 14 de noviembre del 90 y 21 de febrero del 91) y el Secretario Judicial *realiza el cotejo* cinta-transcripción, dando fe de la autenticidad de lo transcrito, deberán evitarse trabajos inútiles por la Policía Judicial y transcribir sólo lo seleccionado por el Juez previa audición de todo el material enviado. Lo cual según el A/T.S. 18 de junio del 92 resulta perfectamente plausible ya que "no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas de conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione en la forma que estime oportuna lo que interesa a la investigación..." Es decir, que el Juez decidirá, oídos los "expertos" que no son otros que los agentes que han escuchado la grabación, lo que resulta de interés para la causa. Resulta muy difícil, en la práctica, llegar a una conclusión distinta de la de los "expertos" aun escuchando horas y horas de grabación por el Juez en presencia del Secretario.

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

(88) Recommendation Nº R (95) 4 du Comité des Ministres aux états membres sur *protection de données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications en égard notamment aux services téléphoniques*, adoptée par le Comité de Ministres le 7 février 1995. Punto (2.5).

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

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

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

las intervenciones telefónicas, ver LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, F., obr. cit., págs. 94 y ss; LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., obr. cit., págs. 82 y ss; y ASENSIO MELLADO, J. M., obr. cit., pág. 75 y ss. Así como la trascendental S/T.C. 114/1984 de 29 de noviembre, con mención del Derecho norteamericano, francés e italiano, además de, por supuesto, el español (F.D. 2, 3, 4 y 5).

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

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

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

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

(96) En todo caso los resultados de la investigación que lleve a cabo el Arbitro de Quejas irlandés pueden consistir en: a) notificar la conclusión por escrito al denunciante, b) redactar un informe para el Primer Ministro y c) *si lo estima oportuno*: cancelar la autorización, ordenar la destrucción de las cintas grabadas, o recomendar el pago de una cantidad en concepto de indemnización [Sec. 9 (5) y (6)]. Por otro lado las condiciones de trabajo del Arbitro dependen por entero del Ministro de Justicia, en cuanto a periodo de designación para el cargo, remuneraciones y asignaciones de gastos, aunque para su cese el Primer Ministro necesita

la aprobación del Congreso y el Senado (*Dáil Eireann and Seanad Eireann*) [Sec. 9 (2) (f)].

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

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

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

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

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

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

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

(104) La Ley de 13 de agosto de 1968, denominada G.10, fue modificada por Ley de 13 de septiembre de 1978, en lo siguiente: § 2 (1) sobre los delitos que pueden servir de presupuestos; § 5 (5) sobre la modificación al afectado por la medida (...tan pronto como se pueda excluir el peligro para el fin de la limitación); § 9 (1) y (2) sobre informes debidos del Ministro Federal a la Comisión y (4) composición de la Comisión y (5) y (6) sobre los Controles parlamentarios de los *länder*. Posteriormente ha sufrido una importante adecuación según el artículo 13 de la Ley de Lucha contra la Delincuencia de 28 de octubre de 1994, que afecta, entre otras, al Cod. Penal (StGB), a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO) y otras leyes como la G.10. Este último texto (1994) nos servirá de base para el estudio, con modificaciones de menor importancia (§ 9) sufridas por el artículo 2 de la Ley de 28 de abril de 1995 sobre organización de los grupos parlamentarios.

(105) Ver nota (11).

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

Igualmente la *Interception of postal packets and telecommunications messages (regulation) Act* de 1993, de Irlanda, dispone que la finalidad de las autorizaciones para la interceptación puede ser también: los intereses de la seguridad del Estado [Sec 2 (1)]. Al no derivarse la constitución de un régimen diferente, ni especialidades que repercutan en el esquema de estudio, se citan a continuación tan sólo las particularidades propias de la investigación en este campo. Así pues, digamos que en Irlanda no existen presupuestos delictivos tipificados que motiven la autorización de la interceptación por razones de seguridad del Estado. Se precisa para ello la existencia de "motivos racionales para creer que se están llevando a cabo o se están proponiendo actividades en concreto que ponen en peligro la seguridad del Estado o son susceptibles de hacerlo" [Sec. 5 (a)]. Se trata, como vemos, de una formulación amplia, pues aunque se exige también el sujeto activo, la naturaleza y el ámbito de las actividades, no se construye a que éstas configuren una conducta delictiva tipificada. La segunda particularidad se refiere a la Autoridad designada por la Ley para solicitar este tipo de escuchas. En este caso, además del comisionado de la *Garda Síochána*, está autorizado el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, apoyando su solicitud con escrito del Ministro de Defensa [Sec. 6 (1) (a) (ii) y c].

(107) A estos efectos, y con base en el R.D. 1377/1978, de 16 de junio, por el que se crean unidades especializadas de policía judicial para los delitos de terrorismo, y en la O.M. de Interior, de 28 de julio de 1978, se definen en aquellas dos grupos: el de Investigación y el de Apoyo. Se encuadra en este último la Unidad de TEPOL, dependiente de la Secretaría de Estado para la Seguridad. Según la instrucción de este órgano Directivo de 13 de junio de 1988, en su regla séptima, esta unidad será la encargada de dar cauce a la petición, observaciones o intervenciones telefónicas, en relación con la L.O. 4/88, de 25 de mayo, de reforma de la LECrim. La Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado fue suprimida por el R.D. 495/94, de 17 de marzo (art. 7). En la práctica, y desde varios años atrás, puede afirmarse que nunca se ha utilizado la iniciativa gubernativa sobre una interceptación telefónica en relación al artículo 579.4 LECrim. La Unidad TEPOL canaliza las peticiones a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional cuyos magistrados autorizan o no, en primer término, la interceptación solicitada por las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en materia de su competencia.

(108) Este es el sentir de JIMENEZ CAMPO, J., obr. cit., pág. 46.

(109) Ver JIMENEZ CAMPO, obr. cit., pág. 47, cuando dice: "Si se amplía, sin embargo, el círculo de quienes pueden quedar sujetos a la interceptación judicialmente acordada, pues ésta -constitucionalmente justificada por referencia a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas- podrá grabar no sólo sobre quienes aparezcan como partes en la causa, sino también, con fines *exploratorios o preventivos*, sobre aquellos que sin tener dicha condición se estimen relacionados con el área específica de criminalidad que se contempla en la norma constitucional". LOPEZ-FRAGOSO, obr. cit., pág. 61, y VELASCO NUÑEZ, obr. cit., pág. 260, se muestran favorables a la ampliación del círculo a terceros intermediarios (el primero) o en caso de bandas, sopesando los indicios, otorgar la intervención subjetivamente indeterminada (el segundo).

(110) El artículo 3 de la Ley de 10 de julio de 1991 dice sobre los presupuestos afectados en este régimen: seguridad nacional, salvaguardia de los elementos esenciales del

potencial científico y económico de Francia o la prevención del terrorismo, de la criminalidad y de la delincuencia organizada y de la reconstitución o mantenimiento de agrupaciones disueltas.

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

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

(112) El § 2 (1) de la Ley G.10 contiene una lista de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado Federal y de los *länder* designados por sus correspondientes parágrafos en el StGB. El § 3 (1) se refiere a delitos de terrorismo, tráfico de armas, narcotráfico, falsificación de moneda y blanqueo de dinero.

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

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

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

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

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

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

(119) Esta Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad (C.N.C.I.S.) está presidida por una personalidad designada por el Presidente de la República, por un periodo de seis años, entre cuatro nombres propuestos en una lista preparada conjuntamente por el Vicepresidente del Consejo de Estado y el primer Presidente del Tribunal Supremo. La Comisión comprende,

además, un diputado designado por el Presidente de la Asamblea Nacional, y un Senador, designado por su Presidente. La cualidad de miembro de la Comisión es incompatible con la de miembro del Gobierno. El funcionamiento de la Comisión está reglado y se circunscribe a, dado el caso de recibir una decisión del Primer Ministro sobre una interceptación cuya legalidad "no es segura", o que se ha autorizado "con desconocimiento de las disposiciones previstas", previa deliberación, dirigirá una *recomendación* al Primer Ministro para que cese la interceptación. Pondrá asimismo el hecho en conocimiento del Ministro solicitante y del Ministro de Telecomunicaciones, bajo cuya autoridad se lleva a cabo la ejecución. El Primer Ministro sólo queda obligado a *informar del resultado* de la recomendación planteada (art. 14).

(120) Dice así el artículo 15 en su inicio: "De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité..." *Réclamation* dista mucho de *recours* o *pourvoi*, que son los términos jurídicos estrictos para significar un recurso en Derecho ante un Tribunal. *Réclamation*: action de s'adresser à une autorité pour faire reconnaître l'existence d'un droit. Synonymes: Demande, pétition, requête, revindication. *LE PETIT ROBERT Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris. 1991.*

(121) La revisión constitucional de 24 de junio de 1968 modificó el artículo 10.2 de la Ley Fundamental dando un nuevo giro a las limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el primer párrafo de este artículo. Esta revisión permitía la no comunicación al afectado en sede del régimen especial previsto para proteger la Seguridad de la Federación o de un Land. En consecuencia la Ley G.10 sobre limitación del secreto de la correspondencia, postal, telegráfica y telefónica, que estudiamos en este capítulo, acogió la ausencia de tal garantía. Fueron impugnadas ambas -la revisión constitucional y la Ley G.10- y el Tribunal Constitucional Federal según sentencia de 15 de diciembre de 1970 declaró no conforme a la

Constitución la omisión de notificación al interesado de la adopción de la medida [§ 5 (5)], por lo que fue reformada por ley de 13 de septiembre de 1978. La Ley de 28 de octubre de 1994, sobre la lucha contra la delincuencia, a través de su artículo 13, introdujo nuevas disposiciones a este respecto, a las que nos referiremos [§ 3 (8)].

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

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

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

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

LA ACTIVIDAD POLICIAL PREVENTIVA Y LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

JESUS GARCIA GARCIA FANDIÑO

Comandante de la Guardia Civil

LA Constitución en su artículo 104 atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS), bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana. Respondiendo fundamentalmente al mandato de ese artículo, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS) ha desarrollado las funciones y principios de las FCS. Pero la ley habilitadora de la actividad en materia de seguridad ciudadana, tanto a autoridades como a cuerpos policiales, es la Ley Orgánica 1/92, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC), que legitima las concretas medidas de prevención y actividades policiales.

MEDIDAS DE ACCION PREVENTIVA Y VIGILANCIA

Control de Armas y Explosivos

Los artículos 6 y 7 LOPSC habilitan a las autoridades y servicios a los que corresponda ejercer el control para efectuar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los diferentes locales, fábricas, talleres, depósitos, comercios y lugares de utilización de armas y explosivos.

Las competencias derivadas de la legislación vigente sobre armas y explosivos corresponde al Cuerpo de la Guardia Civil, conforme lo establecido en la LO 2/86. Y están desarrolladas en el RD 137/93, que aprueba el Reglamento de Armas, y en el RD 2114/78, por el que se aprueba el Reglamento de

Explosivos. Para llevar a cabo estas actuaciones están expresamente autorizados los agentes de la autoridad, sin necesidad de acudir a instancias superiores.

Espectáculos públicos y actividades recreativas

El artículo 8 LOPSC prescribe que los espectáculos en general estarán sujetos a las medidas de policía administrativa que dicte el gobierno.

La normativa sobre estas actividades es, fundamentalmente, en el Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y normas complementarias. El artículo 78 dispone que las FCS, de acuerdo con sus competencias, considerarán los espectáculos y recreos públicos en general como actividades de especial interés policial.

Las FCS están habilitadas para llevar a cabo comprobaciones en los accesos a los recintos deportivos (artículo 30 RD 769/93 que aprueba el Reglamento para la Prevención de la Violencia en los Espectáculos Deportivos) con vistas a evitar: la introducción y exhibición en espectáculos deportivos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que impliquen una incitación a la violencia y de toda clase de armas e instrumentos arrojadizos utilizables como armas; así como la introducción y venta de toda clase de bebidas alcohólicas en las instalaciones en que se celebren competiciones deportivas y la introducción de bengalas o fuegos de artificio en las instalaciones mencionadas, impidiendo la entrada a todas aquellas personas que intenten introducir tales objetos (artículo 66 Ley 10/90, del Deporte).

Los espectáculos taurinos están regulados por la Ley 10/91 y RD 176/92 que la desarrolla.

Documentación e identificación personal

Los artículos 9, 10 y 11 de la LOPSC señalan el derecho y deber de los españoles de obtener el DNI a partir de los 14 años. Este

documento identificativo tiene por sí solo suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas. Nadie puede ser privado del mismo ni siquiera temporalmente, salvo los supuestos establecidos en la Ley.

La retirada, retención o supresión temporal del pasaporte o DNI sólo puede llevarse a cabo mediante resolución motivada del Ministerio del Interior (RRDD 3129/77, 196/76 y 1245/85).

El pasaporte de los españoles, que tendrá la misma consideración que el DNI, sólo podrá ser retirado como consecuencia de resoluciones judiciales (RRDD 3129/77 y 1064/88).

Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España (LO 7/85), sin que puedan ser privados de esta documentación, salvo en los mismos casos previstos para el DNI.

Actividades relevantes para la seguridad ciudadana

El artículo 12 LOPSC señala como actividades relevantes para la seguridad ciudadana las de hospedaje, comercio o reparación de objetos usados, alquiler o desguace de vehículos de motor, compraventa de joyas y metales preciosos; quedando sometidas a actuaciones de registro documental e información.

Este artículo viene a dar cobertura legal a diversa normativa complementaria como el RD 3390/81, relativo al comercio de objetos usados que contienen en su composición metales o piedras preciosas y perlas finas, y el RD 731/82, que regula el control de los establecimientos dedicados al desguace de los vehículos.

Por su parte las Ordenes del Ministerio del Interior de 7-sep-82, 2-nov-89 y 14-feb-92 regulan los modelos de libro de registro y otros documentos para el control de los establecimientos dedicados al desguace de vehículos a motor; para las casas de empeño o préstamo; compraventa de muebles, ropas y

objeto usados; comercio de metales preciosos; alquiler de automóviles de turismo sin conductor y parte de entrada de viajeros.

Seguridad en establecimientos e instalaciones

El artículo 13 LOPSC faculta al Ministerio del Interior para ordenar la adopción de medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, al objeto de prevenir la comisión de hechos delictivos, así como condicionar la apertura de los mismos a la comprobación de la idoneidad y suficiencias de tales medidas.

En los artículos 119 y siguientes del RD 2364/1994, de 9 de diciembre, se concretan las medidas de seguridad en Entidades de Crédito, Joyerías, Oficinas de Farmacia, etc.; este RD desarrolla la Ley 23/92, de Seguridad Privada.

ACTUACIONES PARA EL MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

Actuaciones policiales en general

El artículo 14 LOPSC faculta a las autoridades competentes para que de acuerdo con las leyes y reglamentos puedan dictar las órdenes o prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de los poderes públicos.

Cierre y desalojo de locales-establecimientos

El artículo 15 LOPSC habilita a la autoridad competente para acordar, como medida de seguridad extraordinaria, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la evacuación de inmuebles o el depósito de explosivos, en situaciones de emergencia que las circuns-

tancias del caso hagan imprescindibles y mientras duren.

Del tenor literal se desprende que no están habilitados los agentes de la autoridad para decidir estas actuaciones que habrán de contar con la orden expresa de la autoridad gubernativa competente en materia de seguridad (Delegado de Gobierno o Gobernador Civil).

Sobre las evacuaciones de edificios por amenaza de bomba, el Letrado del Estado, Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio del Interior, en informe de 28-1-87, entiende que las FCS tienen la facultad para adoptar por sí la resolución de proceder al desalojo y subsiguiente registro al producirse una situación de peligro para las personas y bienes, cualquiera que sea el carácter público o privado del local o establecimiento afectado.

La adopción de tal decisión se legitima al amparo del estado de necesidad y en el ejercicio de las facultades que se establecen en el artículo 1.1 de la LO 2/86, donde se declara que la seguridad pública es competencia exclusiva del Estado, y el artículo 11.1 de la misma Ley, que señala, entre otras, como funciones de las FCS, auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa. Añade el informe que el desalojo y registro son técnicamente órdenes administrativas, que como tales son coactivas y ante las que ceden poderes y cualesquiera otros derechos que pudieran ostentar otras personas, incluso autoridades, que quedan obligados a acatarlas, sin que pueda suscitarse conflicto o cuestión de competencias, pues ésta queda atribuida en estas situaciones a las FCS.

Reuniones y manifestaciones

La noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político. Las concentraciones tan

sólo pueden prohibirse, en aplicación del límite previsto en el artículo 21.2 CE, cuando existan razones fundadas para concluir que de llevarse a cabo se producirá una situación de desorden material en el lugar de tránsito público afectado, entendiéndose por tal desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados (STC 66/95).

El artículo 16.1 LOPSC prescribe que *las autoridades competentes en materia de seguridad* adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana. Sin embargo *podrán suspender los espectáculos y disponer el desalojo de los locales* y el cierre provisional de los establecimientos cuando se produzcan graves alteraciones de la seguridad.

Continúa el artículo 16.2 LOPSC diciendo que *las autoridades competentes* en materia de seguridad ciudadana, por medio de las FCS, podrán *disolver*, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, en los supuestos de la LO 9/83:

a) Cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales, esto es (CP art. 167):

- Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.
- Aquellas en las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro medio peligroso.

b) Cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes.

c) Cuando se hiciere uso de uniformes paramilitares por los asistentes.

También (dichas autoridades) podrán *disolver* (por medio de las FCS) las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar

aquellos o cualesquiera otra clase de obstáculos que impidan, pongan en peligro o dificulten la circulación por dichas vías.

El artículo 17 detalla que antes de llevar a efecto las medidas expresadas en los artículos precedentes las FCS deberán *avisar* a las personas afectadas. No obstante, en el caso de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas u otros medios violentos, las FCS podrán *disolver* la reunión o manifestación o retirar los vehículos u obstáculos sin previo aviso.

A la vista de lo expuesto hay que convenir que para *disolver* reuniones y manifestaciones así como concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquellos que dificulten la circulación, debe mediar una *orden expresa* de la autoridad competente en materia de seguridad (Delegado del Gobierno o Gobernador Civil). Nunca debe hacerse a iniciativa de las FCS.

Por último hay que tener en cuenta que para llevar a cabo estas actuaciones es absolutamente imprescindible la utilización de efectivos policiales idóneos y adecuados a la función a desarrollar, adecuación que ha de pasar por circunstancias de edad, condición física, preparación técnica y dotación de los medios antidisturbios que fuesen necesarios (Directrices de la Dirección de la Seguridad del Estado. Marzo de 1987).

Restricciones en la circulación

El artículo 19.1 LOPSC habilita a los *agentes* de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en las vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

Es de destacar que se faculta a los "agentes", sin que se precise, en consecuencia, la autorización expresa de las autoridades competentes en materia de seguridad.

Identificaciones

La actividad policial preventiva de identificación y, en su caso, diligencias posteriores de comprobación, es muy controvertida, engendra con frecuencia una espiral de actuaciones posteriores (resistencia y/o desobediencia a agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones). El artículo 20 de la LOPSC regula la potestad policial en esta actividad preventiva.

1. "Los *agentes* de las FCS podrán requerir en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la LOFCS."

2. "De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible."

3. "En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un libro-registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal."

4. "En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación se estará a lo dispuesto en el

CP y en la LECrim." (CP. arts. 570 y 571; LECrim, art. 495.)

Características de la identificación

A) *Primer estadio*: La identificación de personas y realizar comprobaciones pertinentes, en el extensísimo conceptualmente ámbito de "las funciones de indagación y prevención" delictiva, debiendo en todo momento exhibir claramente tal condición. Las características de este estadio son:

Acción: Identificación de personas y, en su caso, realizar "in situ" las comprobaciones pertinentes sobre la identidad que se facilita (limitación de movimientos para conocimiento afectivo de identidad).

Objetivo: Protección de la seguridad ciudadana.

Lugares: Vía pública. Otro lugar (donde requerimiento).

Objeto: Conocer identidad persona.

Fin: Prevención e indagación de hechos delictivos.

Observación: No sería legítimo requerir arbitrariamente la documentación a los ciudadanos, sin motivo alguno que lo justifique.

B) *Segundo estadio*: Si conjuntamente:

1. No se logra la identificación por cualquier medio (aunque corresponde a los agentes actuantes valorar la documentación que, a efectos de identificación, presente el ciudadano, es conveniente agotar todos los medios).

2. Se presume, racional y justificadamente –(sospechas indiciarias)–, que las personas se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquéllas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

Acción: Los agentes de las FCS podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación (reseña fotográfica y obtención de huellas dactilares), a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible. (Posibles desvirtuacio-

nes podrían corregirse a través del procedimiento de "hábeas corpus", STC.)

Observaciones: La identificación debe efectuarse "de manera inmediata y sin dilación alguna" (STC). El particular requerido de acompañamiento "debe ser informado, de modo inmediato y comprensible, de las razones". Es una privación de libertad, no es una detención. La norma no permite interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación. No es obligatoria la asistencia letrada.

Jurisprudencia

El **Tribunal Constitucional**, con fechas de 26-11-90 y 28-1-91, matiza: "(...) esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de libertad ni atenta contra su derecho de libre circulación, que quedan intactos tras la práctica de tales medidas policiales (diligencias de cacheo e identificación), siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen".

El **Tribunal Constitucional** en Sentencia de 18-11-93 declara inconstitucionales y consiguientemente nulos los artículos 21.2 y 26.j, inciso final, de la LOPSC. Respecto a la medida prevista en el artículo 20.2 entiende que se trata de una privación de libertad, si bien declara el precepto conforme a la Constitución, y señala al respecto: «(...). Es del todo claro, atendiendo el tenor de la norma que enjuicamos, que *la orden o requerimiento para el desplazamiento con fines de identificación a dependencias policiales no podrá dirigirse a cualesquiera personas que no hayan logrado ser identificadas*, supuesto en el que la gravosidad de las medidas impondría un juicio de inconstitucionalidad, por desproporcionalidad manifiesta frente a esta previsión. No es así sin embargo. Aunque el precepto se refiera "a los mismos fines del apartado anterior" (que son los genéricos de "protección y seguridad"), es lo cierto que la privación de libertad con fines de identificación *sólo podrá afectar a personas no identificadas*

de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal -para impedir la comisión de un delito o falta- o a aquéllas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una "infracción" administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad (...) y si bien la exigencia de identificarse ante el requerimiento de los agentes (artículo 20.1 de la LOPSC) nunca podría llevar por sí sola a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 20.2, no es menos cierto que tal deber constituye una "obligación" legal, en el sentido dicho, que permite, dadas las circunstancias previstas en este último precepto, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello, incluso mediante su privación de libertad».

Derecho comparado

Alemania. El Código de Procedimiento Penal Alemán dispone que el sospechoso de la comisión de un hecho punible es susceptible de ser identificado, pudiendo llegar a acaecer la detención en el supuesto de que la identidad no pudiere verificarse, y a acometer el registro del sospechoso y de los objetos que porte.

Francia. El Código de Procedimiento Penal Francés establece que el ciudadano que "se niega a identificarse o se encuentra en la imposibilidad de hacerlo puede ser retenido en el lugar o local policial donde sea conducido con el fin de verificar su identidad"; la retención no puede durar más de cuatro horas.

Italia. El Código Procesal Penal Italiano faculta a la Policía que investiga un delito para identificar a la persona que indaga y a las demás que puedan proporcionar circunstancias relevantes para la reconstrucción de los hechos. Si se niega a ello o aportan datos falsos, la Policía puede conducirles a las dependencias policiales, en las que se retendrá por

el tiempo estrictamente necesario para la identificación, que no será superior a las doce horas.

Reino Unido. La Ley de Policía permite que un agente de policía registre durante breves minutos a una persona o a un vehículo en cualquiera lugar, si tiene bases razonables para sospechar que lleva consigo objetos robados, armas ofensivas o instrumentos para cometer un delito contra la propiedad o por grave obstrucción del tráfico rodado. El policía que investiga un delito puede retener al indagado que no se identifica o que oculta o falsea su domicilio.

Consecuencias de la negativa infundada del ciudadano a identificarse

En la actividad policial de identificación puede ocurrir que el ciudadano se niegue a identificarse, que no permita que se compruebe su identidad o que se niegue a trasladarse a las dependencias policiales.

1. La resistencia o negativa infundada a identificarse puede considerarse desobediencia a los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y, de acuerdo con la gravedad, encuadrarse como infracción leve del artículo 26.h de la LOPSC o bien falta del artículo 570 CP. Pero si el hecho es una ocultación del verdadero nombre, vecindad o domicilio, debe encuadrarse como falta del artículo 571 CP.

2. La resistencia o negativa infundada a realizar las comprobaciones sobre la identidad facilitada o las prácticas de identificación constituiría la falta del artículo 570 CP.

3. La resistencia o negativa infundada a trasladarse a las dependencias policiales cuando no fuera posible la identificación completa constituiría la falta del artículo 570 CP. (No sería infundada la negativa si el agente conoce a la persona o puede obtener su identificación por otras personas presentes.)

En todo caso no se podrá detener por faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle. Así pues, si tiene domicilio conoci-

do o aun no teniéndolo va acompañado de persona de conocida solvencia, o puede afianzar su comparecencia ante la autoridad judicial, no procede la detención.

Cacheos y controles

A) Comprobaciones en vías, lugares y establecimientos públicos

El artículo 18 faculta a los *agentes* de la autoridad para realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas procediendo a su ocupación. Podrán proceder a la ocupación temporal, incluso de las que se lleven con licencia o permiso y de cualesquiera otros medios de agresión, si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de los bienes.

Para llevar a cabo estas actuaciones están autorizados expresamente los agentes de la autoridad, sin necesidad de acudir a instancias superiores.

Estas comprobaciones, junto a las acciones de identificación (art. 20), son, de hecho, las únicas formas de acción preventiva, en sentido estricto, que contempla la LO 1/92. El techo está en el control, que se regula en el artículo 19 y que ya tiene un enfoque más bien de actividad represiva del delito, pues como se verá exige que se haya cometido un hecho causante de grave alarma social.

El artículo 146 del Reglamento de Armas prohíbe portar, exhibir y usar fuera del domicilio, del lugar de trabajo, en su caso, o de las correspondientes actividades deportivas, cualquiera clase de armas de fuego cortas y armas blancas, especialmente aquellas que tengan hoja puntiaguda, así como en general armas de las categorías 5^a, 6^a y 7^a. Y el artículo 147 prohíbe expresamente portar, exhibir o usar las armas sin necesidad o bajo los efectos de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos estimulantes u otras sustancias análogas.

B) *Controles en vías, lugares y establecimientos públicos*

El artículo 19.2 LOPSC señala que "Para el descubrimiento y detención de los participantes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las persona que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal".

Condiciones del control en vías, lugares y establecimientos públicos

Del tenor de la norma se desprende que el concepto de control no se limita al tradicional "control de carretera", sino que también incluye los cacheos en lugares o establecimientos públicos. La acción de identificar no es un control, en sentido estricto, para que sea considerado como tal, la identificación debe continuarse con registro de vehículo y/o control superficial de los efectos personales. Por tanto, los elementos que constituyen el control son:

Acción: Control.

Objetivo: Descubrir y detener a los participantes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo.

Periodicidad: Sólo los indispensables.

Lugares: En vías. Lugares públicos y establecimientos públicos.

Objeto: Identificar personas que transiten o se encuentren en ellos. Registrar vehículos. Control superficial de efectos personales.

Fin: Comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos.

Aunque se legaliza el establecimiento de

controles, hay que convenir que para la acción preventiva, en sentido estricto, la interpretación literal del artículo 19 de la LOPSC nos lleva a la conclusión de que quedan descartados los controles sistemáticos (cacheos, controles de carreteras, etc., en vías, lugares y establecimientos públicos, legitimando esta actividad policial sólo para la acción represiva ya que *únicamente podrán realizarse ante la comisión de hechos delictivos que causen grave alarma social, y con carácter restrictivo: "en la medida indispensable" "para recoger los instrumentos, efectos o pruebas del mismo"*.

Cabría decir que la LOPSC ha venido a restringir, en cierto modo, las posibilidades de acción policial preventiva que permite la Doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, pues mientras que en la STC de 26-11-90 se reconoce el derecho a la Policía de cachear a las personas, suponiendo un sometimiento legítimo a las normas de policía al que incluso pueden verse obligadas en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de los hechos delictivos que a las FCSE incumbe, por contra la LOPSC faculta para realizar cacheos (controles en la vía pública) únicamente con el fin de descubrir y detener a los participantes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo.

Jurisprudencia

A) El *Tribunal Constitucional*, en Sentencia de 26-11-90), ratificada por la de 28-1-91, reconoció el derecho de la Policía a cachear a las personas, aun cuando no existan previos indicios de infracción, enmarcando dicha acción policial en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos, la providencia contiene el siguiente razonamiento: "(...) El derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley no puede entenderse afectado por las *diligencias policiales de cacheo e identificación*, pues aun cuando éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmo-

vilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de Policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, *sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona*, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de los hechos delictivos que a las FCSE incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86, de 13 de marzo. *Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una privación de la libertad ni atenta contra su derecho de libre circulación*, que quedan intactos, tras la práctica de dichas medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen...".

B) La Sala 2ª del *Tribunal Supremo* en Sentencia de 15-4-93 declara lícita la diligencia de cacheo e identificación, sin que dicha figura pueda asimilarse con la detención, argumenta lo siguiente: "(...) es evidente que mal puede darse cumplimiento al artículo 104.1 de la Constitución así como también al artículo 11.f de la LO 2/86, de FCS, protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades así como garantizando la seguridad ciudadana, si no se pueden efectuar ya actividades de prevención tendentes precisamente a tal fin, (...) en consecuencia, la conducta de la Policía al cachear a un sospechoso, en lugar también sospechoso, y encontrarle una cantidad relativamente importante de heroína, supone una actuación lícita y legítima como lo es la prueba de esta forma obtenida que de ninguna manera incide en la nulidad que se previene en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se puede tachar de irracional e ilógica la actuación e investigación policial. Los miembros de las FCS tienen no el derecho sino la obligación de defender la seguridad y el orden, persiguiendo el delito en todas sus manifestaciones. En tal medida, es misión suya acudir allí donde se detecte la existencia de aquél, procediendo siempre, por supuesto que bajo su

propia responsabilidad en el caso de extralimitaciones inadmisibles, con racional cautela y también con racional espíritu investigador, lo que conlleva la necesidad de actuar por simples sospechas siempre que éstas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias.

C) La misma Sala 2ª del *Tribunal Supremo* en Sentencia de 25-9-93 restringe doctrinalmente la potestad policial en materia de prevención: «(...) En la conducta referida se aprecia nítidamente cómo los acusados, miembros de la Policía Nacional, "funcionarios públicos" (sujeto activo), impidieron a otro ("sujeto pasivo") el ejercicio de su derecho (fundamental) de moverse o desplazarse libremente de un lugar a otro (libertad ambulatoria como "bien jurídico protegido"), mediante la detención que efectuaron de su persona, obstaculizando su marcha y compeliéndole a ir donde no le apetecía (tipo), y ello de un forma arbitraria, contraria a las normas reguladoras de los casos, modo y forma de realizarse la detención por los agentes de la autoridad (artículos 17 CE, 9.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículos 489, 490, 492 y 520 y concordantes de la LECrim), lo que implica la extralimitación de los acusados en su función».

D) Aunque no sienta jurisprudencia es interesante traer aquí la Sentencia de la *Audiencia Provincial de Madrid*, de 17-12-93, que estima aún más restringidos los límites de la actividad preventiva policial, y absuelve al procesado por inexistencia procesal de la droga ocupada en el transcurso de un cacheo en un servicio rutinario a un grupo de personas que no obedecía a una previa investigación policial: «(...) Los agentes que detuvieron al ahora acusado han puesto de manifiesto que lo hicieron única y exclusivamente porque era una de las personas que formaba parte de un grupo y porque tienen "orden de identificar a los que se juntan" en una plaza pública. Es decir, en términos de experiencia policial corriente: interceptar, exigir la acreditación de la identidad e inspeccionar la ropa, incluida la interior, de los que no se limitan a estar solos. Por tanto, por ese simple hecho de "jun-

tarse" (...). No parece que semejante constatación —a falta de otros datos más expresivos— habilite sin más a las fuerzas del orden para intervenir sobre las personas que hablan con otras (...). Se trata de decidir si la libertad de las personas puede verse limitada o negada por la aplicación de criterios que se traducen en semejante clase de órdenes, con todos los riesgos de inseguridad jurídica y de arbitrariedad que implican. Esta Sala entiende que no, so pena de convertir la privación de libertad —puesto que de eso y no de otra cosa se trata— en un acto facultativo y no reglado, ni razonable».

También, a la hora de realizar comprobaciones (registros) en vehículos, es importante conocer la Sentencia del Tribunal Supremo de 15-9-94: "Ha de rechazarse la teoría que sólo atribuye la función domiciliaria a la caravana que se encuentra aparcada o acampada, no a la que está en movimiento, porque esa sutil distinción, por problemática, además de injusta y contraria al espíritu constitucional, crearía enormes dificultades de caso concreto. Coches-caravanas que tampoco nada tienen que ver con los camiones de largo recorrido que llevan consigo un pequeño habitáculo para descanso del conductor o conductores. Estos camiones no son domicilio en ningún sentido, tampoco los vehículos de motor, porque son simples objetos de investigación".

CONSUMO Y TENENCIA ILICITA DE ESTUPEFACIENTES

El artículo 25.1 LOSC tipifica como infracción grave: "El consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos para su consumo".

El punto que ha suscitado más controversia se refiere al concepto de —tenencia ilícita—, habiéndose cuestionado su constitucionalidad por entender que vulneraba el principio de legalidad. No obstante, en STC 341/93, de 18 de noviembre, dicho Tribunal estima que el

principio de presunción de inocencia no queda vulnerado por la circunstancia de que no se pruebe por la Administración su destino para el consumo en lugares públicos, ya que esta circunstancia es intrascendente en la definición del tipo, que no exige en este caso la condición de destino al consumo en lugares públicos.

La tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas —cuando no constituya infracción penal— ha de ser considerada como tenencia ilícita a los efectos de aplicación del artículo 25 LOSC, con la única excepción de que la misma esté autorizada en los términos del artículo 22 de la Ley 17/67, autorización que habría de ser acreditada, en su caso, por el presunto infractor. El artículo 22 de la Ley 17/67 concreta: "No se permitirán otros usos de los estupefacientes que los industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente Ley. Los estupefacientes deberán ser usados o consumidos precisamente para el objeto con que hayan sido suministrados por el Servicio o dispensados por las farmacias, considerándose prohibidos cualquier cambio o consumo, aunque se lleve a cabo por la misma persona o Entidad que haya obtenido legalmente los estupefacientes, a no ser que se obtenga, también reglamentariamente, la autorización o la prescripción necesaria para el nuevo uso o consumo". Y el RD 2829/77 regula la fiscalización e inspección de la fabricación de estos productos, así como su distribución, prescripción y dispensación.

CONCLUSIONES

La regulación de las facultades policiales de prevención, a nuestro juicio, adolece de cierta indeterminación, favoreciendo distintas y dispares interpretaciones por Juzgados y Tribunales sobre un mismo hecho, que frecuentemente acaba en el Tribunal Supremo y/o en el Tribunal Constitucional, únicas fuentes que puntualmente van perfilando la esfera de protección de los derechos fundamentales, algunas veces a costa del procesamiento y declaración de culpabilidad de agentes de las

FCS y otras resultando invalidadas las pruebas obtenidas tras un gran esfuerzo de investigación. Si los órganos jurisdiccionales, con personal altamente cualificado en el ejercicio jurisdiccional, realizan distintas interpretaciones de la norma, no parece realista esperar que las instituciones policiales hagan una exacta interpretación de los límites de su actividad. A veces se echa en falta más precisión legal sobre los límites de la potestad policial, pues con frecuencia se duda sobre los límites de la acción preventiva (desde el punto de vista legal) y cuáles son las concretas y legítimas actividades de la policía en esta materia. A más abundamiento, ocurre que actividades policiales preventivas de uso cotidiano, basadas en el convencimiento de estar interpretando restrictivamente la legislación en beneficio del máximo respeto a los derechos fundamentales, se están declarando anticonstitucionales.

Por las mismas razones, el ciudadano tampoco conoce las concretas exigencias a que puede verse sometido en la actividad policial. Todo ello es una continúa fuente de conflictos que, además de inseguridad en la actuación policial, propicia la desmoralizante sensación de inseguridad jurídica en las fuerzas policiales y la natural reacción de inhibición. Y es que quizá la normativa española esté realmente lejos de la claridad meridiana con que se legisla en otros países de nuestro entorno cultural.

Visto lo anterior, la primera reflexión que surge es la dificultad (por indefinición de la

norma) para delimitar en la práctica las acciones policiales legítimas de prevención de la delincuencia y especialmente las que suponen restricciones a la capacidad deambulatoria de las personas (inmovilizaciones, cacheos, identificaciones, etc.) y como consecuencia el riesgo existente de restringir "ilegítimamente" derechos fundamentales. Para evitar esta situación de incertidumbre sólo cabe, ante la duda, que a la hora de tener que interferir e incluso rozar el ámbito de los derechos fundamentales de la persona se haga una interpretación en sentido estricto de la norma habilitadora, o si se quiere, una interpretación amplia de la esfera de protección de los mismos. A todo lo anterior hay que unir que las actuaciones proactivas (identificaciones selectivas, cacheos, controles, etc.) producen rechazo en sectores cada vez más amplios de la población. Parece muy conveniente por todo ello, que salvo en casos de estricta necesidad, lo aconsejable es aumentar las actividades de investigación, información, vigilancia, observación, auxilio, etc., en perjuicio de las identificaciones, cacheos y controles sistemáticos; estos últimos deben llevarse a cabo, únicamente, cuando sea estrictamente necesario y siguiendo ampliamente los principios del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Además, su ejecución debe obedecer a razones objetivas (léase alarmante índice de delincuencia, grave inseguridad ciudadana en una zona, etcétera) y a planes de actuación racionalmente fundamentados.

POLICÍA Y POLÍTICA: ELEMENTOS PARA UN ENFOQUE TEÓRICO

JEAN-LOUIS LOUBET DEL BAYLE
Director del Centro de Estudios e Investigaciones
sobre Policía del Instituto de Estudios Políticos de la
Universidad de Toulouse

EN un libro ya clásico, D. Easton y J. Dennis constataban: *"La policía se encuentra actualmente en una posición tan excéntrica respecto al núcleo de la ciencia política que es virtualmente imposible encontrar un análisis teórico serio de las variadas funciones"* (1). Veinticinco años más tarde dicha cita mantiene en gran parte su vigencia y constituye la justificación de este artículo. El objetivo de éste es, en efecto, intentar aportar algunos elementos de respuesta a las cuestiones siguientes: ¿Qué papel juega la policía en el funcionamiento político de las sociedades? ¿Cuándo los fenómenos policiales son fenómenos políticos? ¿En qué casos el estudio de la policía depende de la ciencia política?

Intentar responder a esas cuestiones supone, en primer lugar, que se sabe lo que es la policía. La búsqueda de una definición se enfrenta a un cierto número de dificultades y de incertidumbres. De hecho, muchas de las definiciones de la policía son más enumerativas que conceptuales. Como la observación histórica muestra que en esta materia la función ha precedido frecuentemente al órgano, parece sensato comenzar esta investigación intentando definir previamente la noción de función policial. Al no disponer de tiempo para entrar en las discusiones que esta perspectiva puede suscitar, se considerará que la función policial es la función social con la que son investidos determinados miembros de un grupo para, en nombre de la colectividad, prevenir o reprimir la violación de ciertas reglas por las que se rige dicho grupo, o en caso de necesidad, y como último recurso, realizar intervenciones coercitivas que requieran el uso de la fuerza física.

A partir de ese primer presupuesto, se puede ya resaltar que, si la función policial es susceptible de ser ejercida sin una organización política de la sociedad —por ejemplo, para hacer respetar determinadas costumbres—, por contra, no parece que pueda existir una sociedad políticamente organizada sin el ejercicio de la función policial, es decir, sin la posibilidad de hacer ejecutar —si es necesario con el recurso de la fuerza— las decisiones adoptadas por el aparato ejecutivo colectivo que constituye su sistema político. Desde ese punto de vista, la capacidad de ejercer la función policial emerge cuando, en sociedades estructuralmente diferenciadas, el ejercicio de la misma se convierte de hecho en una organización social específica. A partir del momento en que se constituye ese grupo social especializado, para asegurar, en nombre de la colectividad, por la eventual coacción física, el respeto del orden social y de las principales normas por las que se rigen, la policía aparece como una institución original que se encuentra en la conjunción a la hora de articular la relación entre organización política y del conjunto del sistema social; en ese sentido, constituye una institución-bisagra entre el sistema político y su entorno social.

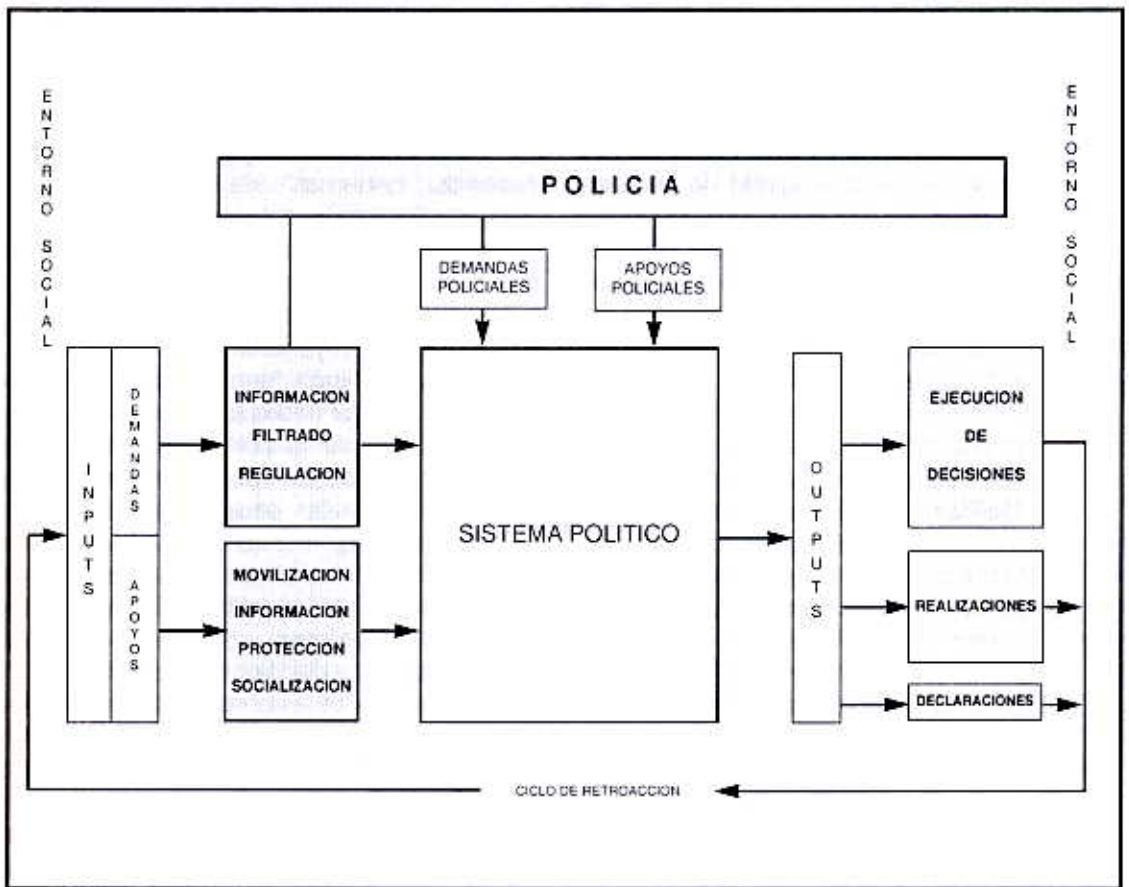
Además, el papel real de la policía —incluyendo en este término general las diversas instituciones policiales— es más complejo que lo que indica la definición dada anteriormente, dirigida a descubrir en cualquier caso la esencia del fenómeno policial, sin pretender rendir cuenta de todos los aspectos concretos y multiformes de la actividad policial cotidiana. Asimismo, teniendo en consideración esa complejidad, es necesario ahora volver a la cuestión inicial, a la búsqueda de formas y métodos bajo los que la policía pueda intervenir en el funcionamiento político de las sociedades, al tiempo que se interesa tanto por los aspectos manifiestos, confesados y explícitos, de su papel político como por los latentes, más implícitos y menos evidentes, pero también reales.

Para realizar esta exploración se propone aquí evidenciar el interés que puede presen-

tar un enfoque teórico del político que haga referencia al enfoque sistemático de D. Easton, completado por algunos elementos extraídos del enfoque teórico funcionalista de G. Almond (2). Hay que añadir que la elección de estas referencias teóricas obedece a motivaciones puramente pragmáticas, en la medida que parecen las más eficaces para actualizar, reconsiderar y clasificar fenómenos cuya significación, sin esa ayuda, no sería percibida con tanta claridad.

Dado que parece conveniente que estas consideraciones se presenten más como un ensayo que como un compendio de conclusiones definitivas e intangibles, lo que se propone es un intento de aproximación teórica general, que pudiese poner de manifiesto tanto el papel político de una policía estatal como el de una policía municipal, el papel político de la policía en una sociedad autoritaria como en una sociedad democrática, en un país desarrollado como en otro en vías de desarrollo (3).

El enfoque sistémico del político que va a ser empleado aquí se fundamenta en la constatación de que el aparato político de decisión está inmerso en un entorno constituido de manera muy particular por el conjunto social al que está llamado a regir. Entre el sistema político y ese entorno se establecen relaciones de interacción y de influencia recíproca que el análisis sistémico describe en términos de entradas-salidas, de *inputs-outputs*. Los *inputs* están constituidos por las demandas dirigidas al sistema político por el entorno y por los apoyos de los que disponen el mismo; los *outputs* consisten en *decisiones* y acciones de autoridades políticas que responden a los *inputs* que emanan del entorno. Este esquema se completa con un ciclo de retroacción, en la medida que el sistema político es informado sobre las consecuencias de sus *outputs* a fin de ajustar sus reacciones futuras en función de los resultados obtenidos y del fin perseguido.



POLICIA Y SISTEMA POLITICO

En ese esquema, el papel más evidente, el más fundamental, de la policía, en función de la definición dada anteriormente, se sitúa al nivel de los *outputs* y de la ejecución de las "decisiones" de carácter obligatorio que emanan del sistema político, puesto que el rol de la policía es el de asegurar la ejecución de esas decisiones, principalmente en su forma legal, cuando se requiera el recurso a la fuerza física. En su esencia, es ahí donde se ubica la articulación fundamental entre policía y sistema político, puesto que la función manifiesta, explícita, declarada de la policía es ésta.

Siendo así, esa observación no agota ciertamente el análisis del papel político efectivo, explícito e implícito, que puede ser el de la policía en una sociedad y está por realizar esa investigación más profunda que utilizará como parrilla de análisis el esquema sistémi-

co considerado al detalle de sus implicaciones.

El primer elemento de ese esquema al que puede hacerse referencia es al constituido por los *inputs* y, entre ellos, a las "demandas" que proceden del entorno social, que empujan al sistema político a actuar e intervenir. En ese plano, se puede considerar que la policía es susceptible de jugar un papel en tres niveles: información, filtrado y regulación.

En primer lugar información. Para ejercer la función policial, tal como ha sido definida anteriormente, toda policía, cualquiera que sea, se ve impelida a recoger informaciones, al ser para ella una necesidad funcional esencial. Como se ha dicho, para poder, la policía debe saber, ya que "una policía no informada es una policía paralizada". Por otra parte, su actividad funcional obliga a la policía a estar en contacto con todos los medios sociales y a

penetrar profundamente en la sociedad, lo que contribuye también a convertirse en una de las administraciones mejor informadas respecto a lo que sucede en una sociedad.

Por ello, toda policía es para cualquier sistema político una posible fuente de información sobre su entorno social, y por tanto sobre las demandas que de ella pueden surgir. En numerosos casos, esa función de información se ejerce de manera latente desorganizada, accidental, en tanto en otros puede ser organizada de forma oficial y explícita, como, por ejemplo, en Francia con el servicio de *Renseignements Generaux* de la Policía Nacional. Por otra parte, su importancia a la hora de facilitar información del sistema político está en función de la capacidad de éste de informarse por otras fuentes (medios de comunicación, partidos, sindicatos, etc.), lo que diferencia por ejemplo a los regímenes democráticos de los autoritarios.

La policía constituye, pues, un canal de información del sistema político en torno a las demandas sociales, con, eventualmente, una capacidad de filtrado de esa información, ya sea voluntaria o involuntariamente, que es capaz de influir en la capacidad de respuesta del sistema político, es decir, sobre su capacidad de adaptación a los cambios del entorno. Esa influencia será a ese nivel tanto más importante en la medida que el sistema político sea más dependiente de la información de la policía —se vuelve a la distinción entre democracias y autocracias—, con una tendencia de los poderes autoritarios a multiplicar los servicios policiales de información para no encontrarse a merced de una sola fuente de información.

A causa de esa capacidad de filtro, la policía es también susceptible de jugar un papel en la regulación de las demandas, es decir, en el mecanismo que tiende a organizar y seleccionar demandas para evitar que el sistema político no se desplome bajo la acumulación de éstas. Esa regulación, la policía está también en condiciones de asegurarla por su acción para impedir la eclosión o el desarrollo de ciertas demandas consideradas como inaceptables, legal, política o culturalmente, como, por ejemplo, demandas de cambio polí-

tico en un régimen autoritario. Esto plantea la cuestión de los factores que son susceptibles de orientar esa regulación.

En fin, el análisis eastoniano de las demandas hace referencia a la existencia, al lado de demandas "externas", de "withinfunts" que proceden del interior del sistema político y, por tanto, de la existencia de demandas "internas". La policía puede aparecer aquí como una fuente de demandas internas respecto al sistema político, ya sea bajo la forma de demandas "políticas", formuladas en términos de interés general (ejemplo: cambios legislativos, evolución de la política penal, Estado fuerte, etc.) o de demandas "corporativas", reclamando ventajas para la institución policial y para sus miembros (gratificaciones diversas, materiales o simbólicas, etc.). A partir de ahí se plantea el problema de la posible existencia de fenómenos de tecnocracia policial, es decir, de decisiones susceptibles de ser impuestas a los responsables políticos por las demandas de "expertos" policiales, y del papel de grupo de presión que puede jugar en ciertos casos la policía.

Para poder funcionar y subsistir, y para poder responder a demandas a las que hay que hacer frente, el sistema político debe disponer de "apoyos" entre los individuos o los grupos que constituyen la sociedad que está llamada a regir. Sobre ese plan, se puede considerar que es susceptible de intervenir la policía en cuatro niveles: información, protección, socialización y movilización.

En primer lugar, las mismas razones que hacen de la policía una fuente potencial de información del sistema político sobre las demandas sociales la hacen también como fuente de información sobre el estado de los apoyos, de los que puede disponer, y sobre las variaciones de los mismos. Más aún, ya sea de manera informal o de manera sistemáticamente organizada, la importancia de esta información para el sistema político varía con la naturaleza del régimen político y es incluso mayor cuando el régimen tiene un carácter autoritario.

A señalar también que, indirectamente, la intensidad del recurso a la policía para hacer ejecutar las decisiones del sistema político

constituye un buen indicador del estado de apoyos de que dispone el sistema político y, principalmente, de su grado de legitimidad. Cuanto mayor sea la legitimidad de un sistema político mejor se aceptarán sus decisiones de manera espontánea y menos necesario será el recurso a la policía para hacerlas aplicar. En lenguaje eastoniano, la observación de la importancia de las intervenciones de la policía en la ejecución de las decisiones del sistema político constituye una buena fuente de información, tanto sobre el estado del apoyo "difuso" (legitimidad) como sobre el de los apoyos "específicos" (los ligados al contenido de las decisiones adoptadas) de las que se beneficia.

Sobre el estado de los apoyos, la policía puede, por otra parte, informar sobre lo que es y lo que hace. Respecto a lo que es, el incremento cuantitativo de efectivos policiales está por ejemplo en relación con una erosión de los apoyos, o bien cuando el reclutamiento de la policía privilegia a los grupos sociales cuyo apoyo al sistema político está más asegurado, descubriendo cuáles son los apoyos sociales de los que dispone el sistema político. En cuanto a lo que hace, cuando la policía trata de manera diferenciada y desigual a los diferentes grupos sociales, según la intensidad de su apoyo o de su oposición al poder establecido.

Al lado de esta función de información, la policía está también llamada a cumplir una función de protección de los apoyos, cuando interviene para limitar los "clivages", es decir, las divisiones, los conflictos, las oposiciones que son susceptibles de debilitar los apoyos de los que se beneficia el sistema político. El campo de esta intervención es evidentemente estrecho en relación con la naturaleza del régimen político, desde los regímenes pluralistas y democráticos, en los que la intervención se reduce al mínimo, hasta los regímenes totalitarios en los que esa intervención está en extremo desarrollada, como, por ejemplo, el estatuto de la Gestapo alemana, encargada de investigar y reprimir hasta las "intenciones" de poner al Estado en peligro.

Se puede hacer notar aquí que el desarrollo de esas actividades policiales de informa-

ción y de protección, relativas a los apoyos, representan sin duda uno de los puntos a propósito de los cuales las diferencias fundamentales se producen entre sociedades de tipo "democrático" y sociedades de tipo "autoritario". Uno de los signos de la importancia de esta cuestión, en los regímenes autoritarios, es la existencia de una "policía política" o de "policías políticas" especializadas en estas tareas y que disponen de poderes muy amplios para asegurarlas.

En relación con la cuestión de los apoyos se debe también evocar aquí el papel que la policía juega en la socialización política de los individuos, es decir, en el proceso de formación de las actitudes que van a determinar en gran medida su comportamiento respecto al sistema político, y al mismo tiempo su apoyo al mismo. Esto ocurre, en primer lugar, en la medida que los individuos están tentados, en un cierto número de casos, de extender al conjunto del sistema político las reacciones de confianza o de temor que son susceptibles de inspirarles la policía y su manera de comportarse. Por otra parte, la policía participa también en el proceso socializador en la medida que ella contribuye al conocimiento e interiorización por los ciudadanos de reglas producidas por el sistema político que está encargado de hacerlas aplicar. Son situaciones en las que el papel socializador puede incluso llegar a ser explícito, cuando, por ejemplo, los policías van a iniciar en los colegios a los chicos en las reglas del código de circulación.

En fin, en situaciones límites, ese papel socializador de la policía puede convertirse en una función de movilización de los apoyos, cuando, en los Estados autoritarios o totalitarios, la policía, en virtud de su penetración en la sociedad y de los medios de influencia que le son propios, interviene abiertamente en las actividades de propaganda o de encuadramiento político de la población.

En el capítulo de los apoyos, conviene reservar un apartado a la policía en tanto que fuente de apoyos internos. Una vez que le han dado los medios de fuerza y las capacidades de información de las que dispone, el apoyo de la policía al sistema político del que

depende constituye un dato importante para apreciar la solidez y la capacidad de acción de éste. Ese problema está, por otra parte, en relación con múltiples aspectos del estatuto de la policía a menudo destinados a asegurar la "fidelidad" de la policía al sistema político, como, entre otros casos, el control del reclutamiento, la orientación de la socialización profesional, la organización jerárquica y el régimen disciplinario, el problema de la sindicalización y del derecho de huelga, la fragmentación de los servicios de policía, las carreras profesionales de los policías y sus ventajas materiales o simbólicas, etc.

A esta cuestión del apoyo interno y de las consecuencias de sus variaciones sobre el funcionamiento del sistema político se relaciona por otra parte el papel que la policía puede jugar en los procesos de reclutamiento político, es decir, el reclutamiento del personal político, de las "autoridades políticas" según el lenguaje eastoniano. En esa materia, el papel de la policía se dirige en primer lugar a contribuir a hacer respetar las reglas según las cuales debe realizarse ese reclutamiento, pero se puede preguntar si, en esa intervención, la policía no es susceptible de favorecer o perjudicar a determinados competidores e influir, pues, sobre los resultados de la recluta. Por otra parte, se plantea aquí también el problema del papel eventual de la policía, del hecho de su apoyo o de la falta de apoyo, en los supuestos de cambio extralegal, por la vía del golpe de Estado o de la revolución, del régimen político o de las autoridades políticas.

Pasando al campo de los *outputs*, se encuentra en primer lugar la esencia de la función policial definida de manera previa, en la medida que la policía aparece como uno de los instrumentos de ejecución de las "decisiones" de carácter obligatorio del sistema político, haciendo notar que, como ya se ha dicho, la intensidad del recurso a la policía para esa ejecución estará en relación muy estrecha con el estado de los apoyos del sistema político, apoyos específicos, y, sobre todo, apoyo difuso relacionado con el grado de legitimidad del sistema político. Esa es la relación fundamental de la policía con los *outputs*.

Dicho eso, la ejecución de las decisiones por la policía conduce a tener que confrontar su grado de autonomía y el de los policías en ese tipo de tareas. La teoría jurídica pretende que el papel de la policía sea aquí puramente instrumental y de ejecución. De hecho, la observación de la realidad muestra que la policía y los policías disponen sobre el terreno de un margen de apreciación que puede entrañar distorsiones considerables entre la manera con que son aplicadas "las decisiones" en la realidad y las intenciones de las autoridades políticas, poder de apreciación que los sociólogos anglosajones de la policía califican de "policía discreta".

La existencia de ese poder de apreciación permite analizar el tema de los factores susceptibles de influir en su ejercicio, que pueden ser reagrupados en tres categorías: factores *políticos* resultantes de las presiones del sistema político, factores *sociales* que surgen del entorno y factores *internos* propios de la organización policial o de los mismos policías. En concreto, a nivel de factores internos, la capacidad de autonomía de la policía será tanto más fuerte cuanto mayor sea su tendencia a la profesionalización y a desarrollar una cultura ocupacional específica. Ese problema de la autonomía policial presenta aspectos complejos y puede tener implicaciones particularmente cruciales cuando surgen contradicciones entre la evolución social y las reacciones del sistema político.

Esas observaciones explican la importancia de las medidas que se instrumentan para limitar dicha autonomía policial, con los riesgos que puede comportar para los ciudadanos y para el sistema político. Se pueden clasificar esas medidas en tres categorías. La primera, las normas legales en las que se mueve la acción de la policía y que pueden ser más o menos restrictivas en virtud del tipo de sociedad o de régimen político. La segunda, las disposiciones organizativas ya referidas a nivel de los apoyos que tienen por objeto, funcionalmente, evitar graves distorsiones en la ejecución de las decisiones (reclutamiento, socialización y formación profesional, jerarquía, disciplina, etc.). Finalmente, los controles destinados a vigilar su acción (con-

trol jerárquico, control parlamentario, intervención del *ombudsman*, control judicial, control por comisiones de ciudadanos, etc.).

A nivel de *outputs*, la intervención esencial de la policía es pues la que acaba de ser descrita en lo referente a ejecución de decisiones. Eso no impide poder intervenir en otros procesos, como por ejemplo en lo que Easton denomina las "realizaciones", constituidas por bienes y servicios que produce el sistema político. De esa manera, la policía participa en la producción de seguridad para el sistema político y, en ciertos casos, el incremento de la protección policial constituye, por ejemplo, una de las ventajas otorgadas por el sistema político para responder a las demandas del conjunto de la población o de ciertas partes de ella. Por la misma razón, el reclutamiento selectivo del personal policial puede ser un medio de favorecer determinados grupos en una lógica clientelística. En fin, en esa misma perspectiva, la policía puede encontrarse comprometida en actividades muy alejadas de su función inicial, cuando le es necesario asegurar ciertos servicios aprovechando determinadas características implicadas por su función principal, como la disponibilidad y adaptación a situaciones de urgencia (ejemplo: funciones de asistencia y socorro) o la penetración en el tejido social (ejemplo: ejercicio de funciones administrativas no policiales en Estados modernos con estructuras administrativas poco desarrolladas).

Se subrayará aquí que la manera más o menos diferenciada, más o menos desigual, en que la policía es empleada para asegurar la ejecución de "decisiones" del sistema político o para concretar sus "realizaciones" es, en un cierto número de casos, reveladora de lo que la teoría funcionalista califica de capacidad "distributiva" del sistema político, entendiéndose por ello la manera según la que el sistema político distribuye, dentro de su entorno, los "productos" que le son propios.

Entre los *outputs*, Easton hace figurar, al lado de las decisiones y realizaciones, las "declaraciones conexas", es decir, las informaciones que emanan del sistema político destinadas a esclarecer, explicar e interpretar las decisiones adoptadas a las realizaciones

efectuadas. En ese proceso, la policía puede verse impelida a intervenir, ya sea por una utilización deliberada, como se ha visto, para tareas de propaganda, o porque se aprovecha su penetración en el tejido social para hacer circular informaciones o rumores; así, de la misma manera que a nivel de *inputs* la policía es susceptible de intervenir en un proceso de información "ascendente", del entorno social hacia el sistema político, también lo es en procesos de información "descendente", del sistema político hacia el entorno social. Por ello, la policía aparece como un paso intermedio del proceso que la teoría funcionalista denomina comunicación política, constituida por un intercambio permanente de informaciones entre el sistema político y su entorno social.

Con esta intervención en el proceso de comunicación política, la policía juega un papel en el mecanismo de retroacción que permite, según el esquema eastoniano, al sistema político estar informado de las consecuencias que sobre el entorno generan los *outputs* que ha producido en respuesta a la situación inicial de los *inputs*. Más aún, esa función de información retroactiva de la policía tendrá una importancia tanto mayor en el funcionamiento del sistema político, principalmente en el ejercicio de su capacidad de respuesta, en la medida que disponga de menos fuentes de información paralelas o complementarias, como ocurre habitualmente en los regímenes autoritarios.

Tal es el inventario que permite realizar este enfoque sistémico para generar respuestas a las cuestiones planteadas, comenzando por el papel de la policía en el funcionamiento político en una sociedad. Ese enfoque permite también tomar conciencia de hasta qué punto la policía se sitúa en la coyuntura como bisagra entre el sistema político y su entorno social, y hasta qué punto es solidaria de esos dos espacios. Eso conduce, por otra parte, a hacer una última observación teórica referida a la manera en que la policía ejerce concretamente las diversas funciones políticas que se han intentado describir. A partir de las observaciones precedentes, se puede decir

en efecto que las variables que en cada ocasión son susceptibles de orientar la acción de la policía son tres:

- Las que tienen su origen en el sistema político y que resultan de las sujeciones que éste ejerce sobre la policía.
- Las que tienen su fuente en las presiones del entorno social, considerado en su totalidad o en alguna de sus partes.
- En fin, las que provienen de la misma institución policial y están vinculadas a sus preocupaciones corporativas y a sus características organizativas, funcionales y culturales propias.

Es posible considerar que, en un momento dado, y a propósito de un problema concreto, el comportamiento de la policía desemboque en un modo de actuar que combine esas tres variables. En ese sentido, llegar a evaluar la influencia respectiva de esos tres tipos de variables en las orientaciones de su organización y de su funcionamiento puede proporcionar indicaciones valiosas para descubrir las características de un sistema de policía y,

más aún, para apreciar las características del sistema político del que depende, en especial las de su régimen político. Por otra parte, el conocimiento de la manera en cómo se ejerce la influencia de esta combinación de variables es susceptible de clarificar el funcionamiento del sistema político y las intervenciones de la policía en el mismo, en particular respecto de las distorsiones que se producen entre evolución del entorno social y evolución del sistema político y de sus reacciones.

TRADUCCION: GONZALO JAR COUSELO

NOTAS

(1) D. Easton, J. Dennis, *Children in the political system*, New York, 1969, pág. 210

(2) Cfr. D. Easton, *Analyse du système politique*, Trad., Paris, 1974; *A framework for political analysis*, Englewood Cliffs, 1965, et G.A. Almond, G.B. Powell, *Comparative politics. A developmental approach*, Boston, 1996; G.A. Almond, *Political development. Essays in heuristic theory*, Boston, 1970.

(3) Se encuentra una exposición más completa y sistemática de este enfoque teórico, completado por numerosas ilustraciones empíricas, en nuestra obra, *La Police. Une approche socio-politique*, Paris, Edit. Montchréstien, 1992.

POLICÍA JUDICIAL Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

CRISTINA CADENAS CORTINA

Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

EN España tenemos en consonancia con el modelo descentralizado del Estado un modelo plural de Policía: de ámbito nacional, autonómica y local. Existen funciones específicas de cada uno de los Cuerpos. Dentro del ámbito nacional el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil asumen sus respectivas competencias, pero también existen algunas comunes que comparten con las Policías Autonómica y Local, bajo los principios básicos de colaboración y coordinación.

Como Policía Judicial, se contempla en la CE artículo 126, y el artículo 443 de la LO 6/85 del Poder Judicial prescribe que les corresponde el auxilio a los Juzgados y Tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. Esta función compete a los miembros de los diferentes Cuerpos cuando fueren requeridos para ello, dentro del ámbito de sus competencias; además, la Policía Judicial específica trabaja desde el inicio del delito en la averiguación de éste y en descubrir y asegurar al delincuente. En el artículo 445 de la Ley Orgánica 6/85 del Poder Judicial se establecen las funciones específicas de la Policía Judicial, entre ellas: averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la Autoridad judicial y fiscal conforme a lo dispuesto en las leyes. El precepto recoge otras funciones que resume en un quinto apartado, como cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación y auxilio y lo ordenare la Autoridad judicial o fiscal".

Estos miembros de Policía Judicial específica deben además tender a la especialización en atención a las funciones que han de llevar a cabo.

En esta misma línea el Real Decreto 769/87, de 19 de junio, que desarrolla los artículos correspondientes de la LOPJ y de la Ley 2/86 de FF y CC de Seguridad, recoge como funciones concretas las de averiguar el delito, descubrir y asegurar al delincuente. Deben realizar además funciones concretas en este sentido, propias de una Policía especializada.

Esta idea de "especialización" dentro de la Policía Judicial es sumamente interesante, por cuanto que uno de los problemas que pueden plantearse de cara a la protección de las víctimas es precisamente la inexperiencia o falta de preparación en determinados aspectos de los miembros de los diferentes CC y FF de Seguridad. El RD al que nos referimos insiste en la necesidad de "formación especializada" respecto a las funciones a desempeñar e incluso a la necesidad de acreditar tal especialización con el título correspondiente. Esta especialización no sería necesaria para los miembros de tales Cuerpos que realicen funciones auxiliares o de apoyo.

Es decir, la Policía dedicada "con carácter exclusivo" a Policía Judicial, cualquiera que sea el Cuerpo del que provenga, debe caracterizarse por su especialización, tanto por su carácter de "policía científica" como por razón de "especialidad delictiva". Deben realizar inspecciones oculares, emitir informes periciales urgentes, recoger instrumentos de prueba... Por ello ha de ser además de especializada "selectiva", pues va dirigida también a perseguir delitos más sofisticados y graves: ésta es la policía que debe perseguir delitos económicos, secuestros, tráfico de drogas, de armas, delincuencia juvenil...

La Guardia Civil, como tal Institución, debe integrarse al menos en una parte de sus miembros en este concepto concreto de Policía Judicial al que nos venimos refiriendo.

FUNCIONES CONCRETAS

La Policía Judicial, entendiendo por tal concepto el específico en el que participan miembros de la Guardia Civil así como del Cuerpo Nacional de Policía, debe colaborar con la Autoridad Judicial y con el Ministerio Fiscal para averiguar el delito y perseguir al delincuente.

Es decir, interviene en las primeras diligencias a las que la LECrim en su artículo 13 se refiere considerando como tales: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener, en su caso, a los reos presuntos.

Por ello, la "protección a los perjudicados" se presenta como una de las primeras actuaciones a realizar. De hecho, en aquellos delitos que producen víctimas, la acción delictiva en sí lesiona o pone en peligro un bien jurídico del que es titular el perjudicado; por eso el artículo 109 de la LECrim reconoce el derecho del perjudicado o víctima a mostrarse parte en el proceso. El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la CE guarda absoluta relación con este punto.

Todas estas reflexiones vienen a centrar dos ideas: la situación de la víctima en la comisión de un delito (incluso antes, pues existen situaciones en las que hay claramente "víctimas potenciales") y la necesaria y pertinente actuación de la Policía Judicial en tales situaciones, por ser una de las funciones que necesariamente les encomiendan las leyes.

Pero si la víctima tiene esos derechos abstractos o concretos, como quieran verse, pero digamos "teóricos", donde realmente debe empezar esa protección, de tal modo que no sólo se protejan aquellos derechos o las expectativas que puedan generarse, sino la concreta situación del afectado, es precisamente en esos primeros momentos, después del delito, en los que sería necesaria una atención especial y específica.

Esa atención o "protección" no sólo va referida a delitos o faltas como los de tráfico en los que la actuación de la Guardia Civil, des-

graciadamente frecuente, es más que satisfactoria, sino en otra serie de situaciones delicadas y complejas, como los delitos violentos en el ámbito familiar, los delitos contra la libertad sexual y otros semejantes.

ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCION DE LAS VICTIMAS

La protección de la víctima como idea genérica ha ido ganando importancia, pasando a constituir un motivo de preocupación desde situaciones de desinterés u olvido, en las que la comisión del delito llevaba sólo al interés por el delincuente, tanto para su aseguramiento como para hacer valer sus derechos.

La Resolución 40/84 de la Asamblea General de las Naciones Unidas define a las víctimas como "las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente".

Víctima no sólo es el directamente afectado sino las personas que tengan relación con él, o que han sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro.

La ayuda a la víctima del delito es parte esencial del trabajo de la Policía Judicial en el sentido al que antes nos referíamos; de hecho, la víctima cumple un papel importante, pues a través de la denuncia se lleva a cabo buena parte del control social.

Es evidente que los derechos de las víctimas en sentido jurídico deben ser amparados por jueces y fiscales, con las disposiciones legales existentes, pero desde el inicio, y en el terreno puramente práctico, es la Policía Judicial quien debe llevar tal función, pues de estas iniciales actitudes y de la adecuada función de protección depende no sólo el deseable resarcimiento de daños y perjuicios causados, sino también la adecuada persecución del delincuente y averiguación del delito, pues la víctima es un sujeto activo del enjuiciamiento penal.

El artículo 109 de la LECrim prevé un ofre-

cimiento de acciones al ofendido por el delito, instruyéndole del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible.

Ese ofrecimiento de acciones se venía realizando en la primera declaración que se recibe del ofendido, como práctica habitual. El artículo 789 de la LECrim establece claramente que el ofrecimiento de acciones se realizará en la primera comparecencia del perjudicado por la acción delictiva. Pero añade algo importante y anticipa esa información al momento anterior a la incoación del proceso, pues posibilita que tal información se lleve a cabo por funcionarios de la Policía Judicial en la fase previa. La ley insiste en que tal información se lleve a cabo por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente, dando lugar su omisión a declarar la nulidad de actuaciones, pues se cercenaría su derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, la Policía Judicial cumple en este sentido una doble función respecto a la víctima: la necesaria para el auxilio material (humano, médico y psicológico) inmediato y la necesaria intervención para recibir declaración y ofrecer acciones. No puede olvidarse que concurre la acción penal: perseguir el delito, con la civil: resarcimiento de daños y perjuicios causados a la víctima.

El particular perjudicado, si no dispone del debido asesoramiento, que a veces debe realizarse con carácter inmediato a la comisión del delito (por ejemplo, en caso de hurto o robo que sufre una persona extranjera con domicilio fuera de España), carecería del conocimiento necesario ya no para enfocar la reclamación de sus derechos (que es función más técnica) sino respecto al modo inicial de actuar.

Hay un tema interesantísimo —que no es objeto de esta breve exposición— que es el relativo a la victimización secundaria: victimizar a la víctima. Esto debe evitarse en todas las instancias, empezando por la policial. Debe evitarse la despreocupación, el desinterés, la torpeza... y si en parte algunas de estas actitudes dependen de la sensibilidad

individual de los funcionarios (de Policía Judicial, Administración de la Justicia, Ministerio Fiscal y Jueces, por supuesto) que intervienen, también debe insistirse en la necesidad de una adecuada formación y especialización, en referencia a la Policía Judicial como estamos comentando.

La víctima del delito experimenta una serie de reacciones: miedo previo, como perturbación angustiada, acentuada en delitos violentos; ansiedad, angustia, insomnio, impotencia (personal e institucional por desconfianza en las autoridades...). Todos estos factores pueden influir tanto a la víctima que puede evitar la denuncia (si ello es posible por las concretas características del delito cometido). No debe olvidarse que la víctima en el proceso penal es testigo fundamental del hecho y salvo que se llegue a constituir como parte acusadora carece del necesario asesoramiento técnico.

Por ello, debe llevarse a cabo una función, tanto para no agravar el daño causado, como para asegurar su adecuada presencia en un proceso, cuya buena marcha depende, en parte, de los testimonios de las víctimas. Todo ello insistiendo una vez más en sus derechos.

Las distintas autoridades tienen su respectiva función que cumplir al respecto. Pero centrándonos en la fase policial, deben destacarse varios aspectos, pues es precisamente la Policía Judicial quien interviene en primer lugar. El tema ha suscitado tanto interés que el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó unas recomendaciones en fecha 28 de junio de 1985. Así, establece que en nivel policial se deben respetar unas directrices, que leo:

1. Los funcionarios de Policía (en el sentido al que nos venimos refiriendo) deberían estar formados para tratar a las víctimas de modo comprensible, constructivo y tranquilizador.

2. La Policía debería informar a la víctima sobre las posibilidades de obtener asistencia, consejos prácticos y jurídicos, reparación del perjuicio por el delincuente e indemnización por el Estado.

3. La víctima debería poder obtener información sobre la suerte de la investigación policial.

4. En todo informe sometido a los órganos encargados de la persecución, la Policía debería formular con atestado tan claro y completo como fuera posible sobre las lesiones y los daños sufridos por la víctima.

Además, en todas las fases del procedimiento (también antes de la incoación) el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

EJEMPLOS CONCRETOS

Estas recomendaciones genéricas se individualizan y adquieren mayor relevancia en supuestos concretos. Por ejemplo, en nuestro Derecho existen delitos sólo perseguibles a instancia de parte ofendida. Ejemplo muy frecuente: imprudencias causantes de lesiones, sean delito o falta. Puede ocurrir que el perjudicado desconozca este requisito de procedibilidad; la necesidad de denuncia previa. Y sería entonces deseable que los funcionarios de Policía Judicial le informen de su derecho (casi obligación de denunciar) para asegurar su posición. En ocasiones, como en supuestos de imprudencia constitutiva de falta, la víctima puede quedar desprotegida si desconoce la necesidad de la denuncia y confía, simplemente, en la actuación oficial que presume por la presencia de la Guardia Civil o Policía en el lugar del accidente. El perjudicado puede quedar a la espera de "que le llamen del Juzgado" por ejemplo y cuando acude a informarse ya han pasado los dos meses que la ley exige para que opere la prescripción en caso de falta.

Esta lamentable consecuencia debe evitarse con la actuación de la Policía Judicial en tales supuestos: es decir, no sólo basta con trasladar a los heridos, retirar vehículos de la calzada, etc., sino que deben velar realmente por los derechos de esas víctimas, pues en estos supuestos no suelen intervenir otras autoridades que lleven a cabo tal labor. En este sentido la Guardia Civil, por su especial cometido, puede y debe desarrollar una importante función.

Estos casos que mencionamos, y los juicios de faltas en general, constituyen uno de

los ejemplos que quiero apuntar, en los que la actuación de la Policía Judicial es fundamental, pues el legislador se ha desentendido en cierto modo de las víctimas, dejando en sus manos la puesta en marcha del sistema. La falta de información puede originar auténticos perjuicios a las propias víctimas, por tanto es necesario facilitar su acceso al proceso; esta función sería del juez, pero en muchos casos el juez puede no llegar a ver a las víctimas, por carecer éstas de información adecuada. Creo que la Policía Judicial tiene una buena labor que realizar en este terreno.

Hay otro ámbito en el que la Policía Judicial puede desarrollar una buena función, y es el de los delitos cometidos en el entorno familiar. La violencia en el seno de la familia es uno de los factores de gran potencial victiminógeno, pues incluye malos tratos físicos, abusos sexuales de todo orden y, además, es uno de los terrenos en que se producen menos denuncias, por sus especiales características. Es cierto que en lugares pequeños, la propia Policía Judicial puede "conocer" o saber cuáles son las familias proclives a tales situaciones, y en tales supuestos, podría llevar a cabo una buena función preventiva. En ciudades grandes o medias es casi imposible esa actuación previa que en ocasiones podría llegar a evitar un delito. Si éste se produce y se denuncia, debe recordarse ante todo que han de conjugarse varios aspectos que serían el propio derecho del Estado de que se investigue el hecho, el del acusado, el de la víctima a que se le repare del daño causado y se eviten ulteriores agresiones. En pequeñas poblaciones la Guardia Civil puede realizar una muy importante labor preventiva en el sentido al que nos referimos.

En estos supuestos quizá debe insistirse en la necesidad de policía especializada, pero, en cualquier caso, sería necesario actuar con la máxima eficacia y prudencia. Es casi imposible apuntar aquí ejemplos de las diferentes situaciones que la realidad produce, pero sí parece elemental partir de algunos casos concretos. En supuestos de muerte dolosa, por ejemplo, de la esposa (causada por el marido -padre de familia- con hijos menores), la actuación policial debe extremar-

se de cara a los hijos menores: organizar su traslado inmediato a Comisaría si deben declarar (en presencia de policía especializada), al domicilio de algún familiar o a un Centro para evitar acentuar, de entrada, los problemas causados. Supuesto menos grave, pero desagradable: lesiones causadas a uno de los cónyuges por el otro, o a los hijos; actuación inmediata en idéntico sentido pero insistiendo además en la necesidad de proteger como "testigos" a los hijos menores, si han presenciado los hechos.

Los abusos sexuales en la familia ocasionan situaciones delicadas, pues tienden a ocultarse, o negarse, incluso por el otro cónyuge. La realidad muestra casos de madres que niegan la evidencia de los abusos de su cónyuge sobre los hijos de ambos menores de edad.

La Policía debe contar con la comunicación y colaboración de centros adecuados, o de especialistas a los que llevar a los menores, y en ocasiones el problema es "el inmediato", "el del ahora" y no tanto el posterior. Por supuesto, recibir declaración en estos casos a los perjudicados es una labor complicada que requerirá dosis de paciencia, buen hacer... respetando su derecho a no declarar, si no lo desean, cuidando el entorno.

Distinta situación se producirá en casos de delitos dentro de la familia cometidos por menores de edad, y en general en supuestos de delitos cometidos por menores. La especialización será aquí fundamental, pues se trata de una delincuencia muy concreta, con ciertas peculiaridades, pues la ley incluso contempla la posibilidad de reparación del menor a la víctima como alternativa.

En los casos de malos tratos a mujeres (sobre todo en el ámbito familiar) la Dirección General de la Policía dictó la Circular número 32 de 15 de abril de 1988, para facilitar a las mujeres que hubieran sido objeto de agresiones ilegítimas la ayuda policial necesaria, así como la información de los derechos que les asisten y la forma de garantizar los mismos. Estas recomendaciones deben hacerse extensibles a los miembros de la Guardia Civil que realizan estas funciones.

Otro supuesto que debe tenerse en cuenta

es la atención a la víctima en delitos contra la libertad sexual, especialmente en casos de violaciones. La atención específica que se ha dado a estos supuestos da lugar a que existan ciertas recomendaciones que ya son conocidas: los hechos han sido inmediatamente anteriores, de trasladarse a la víctima a un Centro Médico adecuado para toma de muestras, análisis, etc., antes de cualquier otra diligencia. La práctica muestra numerosos ejemplos del buen hacer de la Guardia Civil como Policía Judicial en estos casos. Tal comportamiento puede ayudar a la averiguación de los hechos e identificación del autor y probablemente ayudará a la afectada más que ningún otro.

La Policía Local suele colaborar poniendo a disposición coches para el traslado de las víctimas, y cuestiones semejantes, lo que también es importante.

Las Comisarias de Policía suelen tener dependencias adecuadas atendidas por funcionarias para recibir declaración a las víctimas en estos casos, pero no siempre es así en la práctica, pues dependerá de las circunstancias, del lugar de comisión del delito, etcétera. Por ello, el tacto y la prudencia que estos casos requieren son evidentes, y nuevamente la sensibilidad de cada uno influirá en la sensación del perjudicado y quizá en su actitud ante los hechos.

Un tema que es menos violento, y desde luego menos desagradable, pero que resulta de interés, es el de los delitos contra la propiedad, y en especial en aquellos casos en que la víctima sea extranjero no residente en España. Este país constituye destino turístico habitual, sobre todo ciertas zonas, y por ello, en muchas ocasiones, los pequeños delincuentes contra la propiedad buscan la impunidad, eligiendo como víctimas a extranjeros, a los que identifican fácilmente por su aspecto externo. La dificultad del desconocimiento del idioma puede ser una primera barrera, pero salvable. Lo que debe destacarse en estos casos es la necesaria rapidez para recibir declaración a los perjudicados, e incluso facilitar su traslado a la sede judicial para poder asegurar las pruebas. Si la víctima pudo ver a su agresor, la práctica de una diligencia de

reconocimiento en rueda en sede policial y judicial será fundamental (en caso, claro está, de que se haya detenido a un sospechoso). En general, debe asegurarse la declaración del perjudicado y el ofrecimiento de acciones rápidamente, así como su traslado a la sede judicial para poder practicar las oportunas diligencias que en su caso puedan servir de prueba, ya que en caso contrario será muy difícil perseguir al delincuente.

No olvidemos que estos turistas permanecen pocos días en el país, por lo que esperar para citarlas posteriormente no parece la mejor de las soluciones. La eficacia y rapidez en este caso pueden incluso ayudar a suavizar la nefasta imagen que tendrá de este país el turista extranjero al que le han sustraído su cartera con sus tarjetas de crédito.

En general, en los delitos contra la propiedad, cuando se trata de robos con intimidación, la víctima suele necesitar mayor atención inmediata. Pensemos en los ejemplos de robo con armas (navajas, etc.), que producen una situación de choque emocional en el agredido, y sobre todo los frecuentes de utilización de tarjeta de crédito en los que para asegurarse el buen fin de su "trabajo" los autores (o autor) pasean a la víctima, generalmente en su propio vehículo, de cajero en cajero. Una vez que la situación termina y la víctima denuncia el hecho, es un buen testigo, pero también alguien que ha sufrido un fuerte shock. A la hora de practicar diligencias policiales, precauciones elementales como asegurar que los perjudicados no vean previamente (ni "al pasar") al detenido para luego practicar la diligencia de reconocimiento, parecen necesarias, y en este caso se benefician tanto el interés del Estado en identificar al delincuente, como el de la víctima en que al celebrarse el juicio llegue a buen fin la acusación, pues su testimonio al respecto será vital. En ocasiones las malas o escasas dependencias policiales dificultan estos temas, pero aun así deben adoptarse todas las medidas posibles.

Otro supuesto que podríamos mencionar es el de los delitos de coacción en los casos de ocupación de viviendas por personas que carecen de legitimación alguna. La víctima,

que aquí será el propietario o titular de algún derecho en la vivienda, si descubre y denuncia el hecho desea una actuación inmediata y única: que saquen a esas personas de su casa. El adecuado asesoramiento dará lugar a tranquilizar los ánimos y, sin perjuicio de la necesaria actuación posterior, evitar situaciones que podrían ser desagradables. Debe explicarse al denunciante que cualquier medida cautelar que pueda adoptarse ha de ser decretada por el Juez de Instrucción y que no todos los supuestos de ocupación de viviendas darán lugar necesariamente al desalojo inmediato, pues no todos los casos son constitutivos de infracción penal.

En definitiva, la idea de base es que la protección de la víctima abarca un doble terreno: tanto como víctima en sí, como desde la óptica del testigo que lo es del hecho en que ha resultado perjudicado. La necesaria preparación de los funcionarios de la Policía Judicial permitirá lograr buena parte de estos objetivos.

Como dato práctico, según estudios realizados por investigadores norteamericanos (Shapland y Cohen), que estudiaron más de doscientos delitos violentos, lesiones y agresiones sexuales, llegan a la conclusión de que la víctima en sus primeros contactos con la Policía se sienten satisfechos de su comportamiento y dan muestra de entender su pro-

blema, pero luego poco a poco se quejan de menos comprensión, falta de información: no se les comunica si el delincuente fue detenido, si se encontró lo que robó, etc. También se quejan de que no reciben la ayuda y asistencia que requiere el caso.

Parece pues que es un tema general, que requiere especial atención y especial formación. Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil son quienes entran en contacto con la víctima en primer lugar, y a veces no están bien preparados. La fase inicial, en todo caso, consiste en escuchar a la víctima, ayudarle con los trámites burocráticos, en su caso proporcionarle asistencia médica, psicológica, en ocasiones alojamiento... En estos momentos iniciales, la clave es actuar con rapidez y con sentido común.

Cada vez hay más programas y Centros de ayuda a las víctimas, así como asociaciones al respecto, pero debe recordarse que el primer contacto es con la Policía o Guardia Civil y de ello dependerá seguramente la buena marcha y el buen fin del procedimiento.

Con estas ideas que se apuntan se trata de insistir en la necesidad de que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tomen conciencia de la importancia que reviste la atención a las víctimas dentro de las funciones que les corresponden.

LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS ANTE UN MUNDO EN CRISIS: LA REFORMA NECESARIA

MANUEL NIETO RODRIGUEZ

Teniente Coronel de la Guardia Civil (DEM y DEMACON)
Licenciado en Derecho

INTRODUCCION

El pasado año 1995 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) cumplió 50 años de existencia. Es obvio que desde aquella fecha el mundo ha experimentado profundas transformaciones en todos los órdenes: El mapa político ha aumentado con la aparición de nuevos países, la población mundial se ha ampliado, el desarrollo tecnológico ha alcanzado cotas insospechadas hace medio siglo, la producción de automóviles y petróleo se ha sextuplicado, el hombre ha pisado la Luna y busca contactos con vida inteligente en el universo. Los avances en las telecomunicaciones permiten conocer casi instantáneamente cualquier acontecimiento que sucede en el planeta y la televisión se ha revelado como el gran poder moldeador y conformador de comportamientos. Indudablemente, para bien o para mal, el mundo de hoy es muy diferente al de 1945.

La Carta de las Naciones Unidas (NU,s), firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 —un documento que consta de 119 artículos, divididos en 19 capítulos—, contiene un solemne Preámbulo cargado de esperanza y buenos deseos. Se afirma, como intención común de los países participantes en la Conferencia de San Francisco, que los gobiernos firmantes estaban resueltos a "preservar las generaciones venideras del flagelo de la guerra, reafirmar la fe en los derechos humanos, en la dignidad y el valor de la persona humana, promover el progreso social y elevar el nivel de la vida, practicar la tolerancia y asegurar que no se usará la fuerza armada sino en servicio del bien común".

Sin embargo, como se ha apuntado (1) el balance de medio siglo no incita al optimismo en lo que respecta a gran parte de este compromiso. Las guerras se han multiplicado, los conflictos continúan siendo "tratados" mediante amenazas y coerción, la brecha entre países ricos y pobres se ha agrandado, la tolerancia continúa siendo un bien escaso y ningún gobierno parece estar dispuesto a renunciar al uso de la fuerza armada.

Además, atrás ha quedado la guerra fría y se plantean en el mundo otros conflictos derivados de focos de riesgos de variada etiología, como los fanatismos religiosos, las ideologías extremistas, la superpoblación y la miseria que afecta a muchos países del globo.

En este contexto histórico, el balance de medio siglo de existencia viene inequívocamente sellado por un cierto aire de frustración, pues no puede decirse que la ONU haya podido desempeñar la función que le encomienda el artículo 1º de la Carta (2). Seis años después del fin del conflicto Este-Oeste, las NU,s han monopolizado su presencia internacional y su peso político, pero aún están lejos de ocupar el papel de árbitro de la paz mundial para el que parecían predestinadas. Seguramente todo hubiese ido a peor de no existir la ONU, pero es indudable de que la ONU por sí misma no ha sido suficiente para frenar o impedir ciertos procesos destructivos.

No obstante, es una opinión generalizada la de que hoy más que nunca el mundo necesita un organismo como la ONU, pero renovado, actualizado y con una referencia histórica en el nuevo contexto mundial, muy diferente al de la Segunda Guerra Mundial que motivó su aparición. Es preciso que la ONU sea eficaz y operativa, satisfaga las exigencias del presente y prepare el futuro con mayor justicia que a lo largo de su medio siglo de existencia.

NECESIDAD DE LA REFORMA

Ya en 1992 Boutros-Ghali (3), Secretario General de las NU,s señaló 1995 como hito temporal intermedio para llevar a cabo una renovación del Organismo. Seguramente se pensaba en el 50 Aniversario, que se celebraría en el otoño de 1995, como el momento

oportuno para que los 185 miembros acometieran la tarea de adaptar la organización mundial a los nuevos retos de la postguerra fría.

Sin embargo, la reforma pendiente sólo fue evocada en los numerosos discursos que pronunciaron los mandatarios. Aunque estaba previsto se adoptara una declaración solemne sobre el futuro de la Organización, redactada por un Comité integrado por representantes de un centenar de países, la vaguedad del texto ya anunciaba las dificultades para lograr un consenso sobre los múltiples aspectos susceptibles de ser modificados (4).

Así ocurrió en efecto. La apelación a la reforma y la necesidad de modernización de las NU,s constituyó el contenido central de esta Declaración final, adoptada por aclamación en la Cumbre de octubre de 1995. Con una reafirmación a los principios que informaron la Carta fundacional, esta declaración fue el fruto de un compromiso previo entre las naciones ricas y pobres, entre los países del Norte y del Sur y de ahí su apelación a grandes principios y su falta de una mayor concreción. Aunque se subraya la necesidad de reformar la ONU, no se dice cuál es el camino para lograrlo y se omiten los aspectos esenciales, entre ellos el de la democratización del Consejo de Seguridad y el polémico derecho de veto.

En definitiva, la celebración del 50 Aniversario de la ONU no ha servido para despejar el incierto futuro de la Organización. El debate sobre su estructura y los mecanismos de financiación centraron esta Cumbre, pero los mandatarios no han esbozado siquiera un paquete de medidas que permita sacar a la ONU de su estado actual.

Sin embargo, los problemas, variados y complejos, existen. Para muchos, buena parte de éstos tienen su origen en la propia estructura de la ONU. Los principios fundacionales de la Organización se basan en la igualdad de derechos de los miembros, pero esta teórica igualdad no se da en la práctica. La democratización de las NU,s constituye, en definitiva, el eje sobre el cual habrán de girar todas las propuestas de reforma de la misma, en aspectos tales como el Consejo de Segu-

ridad, finanzas, prevención de conflictos, intervencionismo humanitario, operaciones de mantenimiento de la paz y uso de la fuerza. A continuación analizaremos más detenidamente cada uno de estos aspectos.

ACTUACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA ONU

Cualquier propuesta para impulsar transformaciones positivas en el funcionamiento y estructura de la Organización debe tener en cuenta que la ONU no es un actor independiente, una entidad completamente autónoma, sino un foro que refleja los deseos, las voluntades, las incertidumbres y los juegos de poder de las políticas exteriores de los Estados miembros (5).

La ONU no deberá, ni podrá ser seguramente, un organismo con capacidad para resolver todo tipo de conflictos. Su función es la de plantear los problemas, analizarlos y canalizarlos hacia las vías adecuadas de solución, pero no resolverlos directamente. No tiene capacidad para ello, sobre todo económica. No debe olvidarse que la ONU tiene un presupuesto inferior a los 9.000 millones de dólares, que equivale a no más del 0,06 por 100 de la suma de los presupuestos de todos los Estados.

Se ha señalado a este respecto (6) que la ONU debe convertirse en el foro público mundial, en el que se planteen los principales problemas y conflictos y donde puedan formularse ideas sobre su resolución. La ejecución dependería en última instancia de los propios Estados y del resto de actores no estatales. A pesar de esta subsidiariedad operativa, no cabe duda que la ONU ha de tener una adecuada capacidad de decisión y para ello los Estados deberán entender que, además del incremento cuantitativo y cualitativo de la cooperación interestatal, también puede ser necesaria la transferencia de determinadas parcelas de su soberanía a la ONU y a otras organizaciones regionales y comprometerse a seguir una norma de conducta aceptada libremente. Para lo cual, y como corolario, se necesita establecer un sistema efectivo de

sanciones entre los países que no cumplan sus compromisos, sistema del que actualmente se carece.

Otro aspecto estructural de la reforma de la ONU es tender hacia una progresiva democratización, acorde con el tenor del propio Preámbulo de la Carta Fundacional, que empieza justamente con un "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas ..." y no con "nosotros los Estados". La democratización afecta en primer lugar a la toma de decisiones y para lograrlo es preciso tender a una desestatalización de la Organización mediante un parcial y progresivo concurso activo de otros actores, por ejemplo las organizaciones no gubernamentales (ONG,s) —de las que existen más de 830 con estatuto consultivo simplemente que podría elevarse a codecisorio—, y promoviendo la participación política popular. En lo tocante a este respecto se ha propuesto la designación de un representante popular de cada país, que les representaría por cuatro años en la Asamblea General, al lado del diplomático designado por ese gobierno (7).

En la democratización propugnada afecta necesariamente el sistema actual de votación de la Asamblea General que funciona por el principio "un país, un voto", hoy absolutamente inaceptable al ignorar que existen países con una población casi mil veces superior a otros. Más justo y democrático sería implantar un sistema decisorio que se acercara a esta realidad demográfica, salvando el peligro opuesto de que un reducido número de países superpoblados puedan controlar la toma de decisiones (8).

Indudablemente, de nada sirve conseguir lo anterior sino se resuelven los actuales bloqueos que existen en la adopción de decisiones. En este sentido se hace necesario la supresión del derecho de veto en el Consejo de Seguridad (el llamado veto paralizante), así como conceder mayor autonomía a la figura del Secretario General para decidir y para delegar. Por último, se propugna también conceder mayor capacidad de decisión a la Asamblea General —Órgano de competencia general, compuesto por todos los miembros de la Organización, que se hacen repre-

sentar por cinco delegados y un número igual de suplentes—, lo cual implicaría la modificación del artículo 12.1 de la Carta con objeto de que la Asamblea General pueda hacer recomendaciones e influir en las decisiones del Consejo de Seguridad en cualquier momento y situación (9).

LA CUESTION DE LAS FINANZAS DE LA ONU

La crisis financiera es uno de los más graves problemas que tiene planteados la ONU, cuyo déficit alcanzaba el 31 de agosto de 1995 la cifra de 3.200 millones de dólares. Esta situación de práctica bancarrota, la más grave de su historia, ha sido originada por el déficit presupuestario y la tradicional renuencia de algunos Estados a pagar sus cuotas.

Actualmente las Naciones Unidas funcionan con unos medios presupuestarios realmente insignificantes. En 1993 el Presupuesto de la ONU fue de 1.600 millones de dólares (10), basado en las cuotas asignadas a cada Estado en función de su riqueza económica. Pero existen otras fuentes de financiación. Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz se sufragan generalmente mediante aportaciones de los Estados en función de unos baremos que reducen las de los países más pobres. Por último, la ayuda humanitaria y los gastos de las Agencias de desarrollo se financian mediante aportaciones voluntarias de los países miembros.

De los 185 Estados miembros de la ONU, tan sólo 70 están al día de sus pagos obligatorios. 39 Estados —generalmente del Tercer Mundo— no han abonado ni un dólar de sus contribuciones del año 1994. En el año anterior, las cuotas pendientes de pago ascendían a 9.085 millones de dólares, casi el presupuesto anual de la Organización. Las cuotas impagadas para la financiación de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz eran de 844 millones de dólares. Las cuentas son lo suficientemente elocuentes para comprobar como la ONU se halla en situación de auténtica quiebra por la morosidad —intencionada o por desidia— de muchos de sus miembros. Es evidente que si se quiere reforzar el papel de

las NU, los Estados han de pagar sus cuotas religiosamente y se deberá acordar una nueva estructura financiera que pueda funcionar correctamente.

Esta precaria situación financiera y económica viene provocada, en gran medida, por el peso excesivo de la cuota de Estados Unidos, principal contribuyente de las arcas de la ONU con una aportación del 25 por 100 del Presupuesto, pero también está a la cabeza de la lista de los países morosos, con un débito cercano a los 1.200 millones de dólares, de los que el 67 por 100 corresponde a su aportación a las Operaciones del Mantenimiento de la Paz y el resto a la cuota del presupuesto ordinario.

El segundo contribuyente es Japón (12,5%) —a pesar de no ser miembro del Cuerpo de Seguridad—, que está al corriente de sus cuotas. En la lista de morosos, tras EE.UU., está Rusia (casi 600 millones de dólares), que también es el tercer contribuyente con el 94 por 100 del Presupuesto ordinario. Otros países que tienen débitos en sus cuotas son: Ucrania, Sudáfrica y Francia. Por su parte Alemania es el cuarto país financiador, y España figura en noveno lugar, con un 2 por 100 del presupuesto.

Como puede observarse, las finanzas de la ONU dependen de la voluntad de un grupo muy reducido de países, lo que convierte a esta Organización en poco democrática y enormemente vulnerable, en tanto que constituye un reflejo del poder económico de un reducido número de Estados. Y aunque el incremento de las cuotas obligatorias, como mecanismo estable de financiación, debe constituir la piedra angular de la economía de la organización, es evidente que las contribuciones voluntarias continuarán jugando un papel destacado en un futuro.

No obstante, cuadrar las cuentas de la ONU no será una tarea fácil. Los gobiernos del Tercer Mundo —los más interesados en la expansión de sus actividades— carecen de recursos y los occidentales desconfían de su capacidad de gestión.

Políticos y diplomáticos norteamericanos, sobre todo, juzgan severamente el trabajo de los centenares de funcionarios de las agen-

cias que forman el sistema de la ONU. Un entramado burocrático que, desde su punto de vista, despilfarra recursos y duplica esfuerzos.

Para hacer frente a estas críticas, las NU,s han iniciado un proceso tendente a incrementar la eficacia de la Organización y aligerar su coste. Se ha decidido bloquear el crecimiento del presupuesto y acometer la tarea de reducción progresiva del personal. En esta línea, algunos expertos proponen incluso la eliminación de ciertas Agencias (11).

La reducción de la excesiva burocracia y el mejoramiento de la eficacia de la gestión, con ser importantes, no constituyen el núcleo del problema económico y financiero de la ONU. El reforzamiento de las finanzas conllevará actuaciones que conduzcan a una disminución de la excesiva dependencia económica de la voluntad de las grandes potencias, garantizar el pago de las cuotas obligatorias y al establecimiento de mecanismos para aumentar sus recursos financieros.

Para lograr el primer objetivo se ha sugerido la conveniencia de establecer un límite máximo del 15 por 100 al porcentaje de cuotas de los Estados miembros, como ya indicó en su día la Comisión Palme. Paralelamente, para compensar la pérdida de ingresos derivados de la disminución de Estados Unidos, habría que aumentar el importe de las correspondientes al resto de la cuota de los Estados.

El impago de las cuotas obligatorias, mal crónico de este Organismo, podría solucionarse mediante la imposición de sanciones, y entre ellas, la desposesión del derecho de voto a los Estados incumplidores de sus compromisos financieros, incluidos los del Consejo de Seguridad.

Por último, para aumentar los recursos financieros, tanto el Secretario General como otros Organismos y Entidades han propuesto medidas de urgencia de variada índole (emisión de bonos del Tesoro, Lotería Internacional, etc.), destacando, como la más interesante y coherente, el establecimiento de un fondo de reserva para las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, así como otro Fondo de Paz para costear pequeñas operaciones y el inicio de otras de mayor alcance.

LA AMPLIACION DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Uno de los aspectos centrales de la reforma de la ONU es sin duda el que afecta al Consejo de Seguridad, Organismo autónomo de la Organización cuya misión principal es la de mantener la paz y seguridad internacionales y donde reside buena parte del poder de aquella (12).

El Consejo de Seguridad está compuesto actualmente por 15 miembros, 5 de los cuales tienen el carácter de permanentes –Estados Unidos, Rusia, Francia, Gran Bretaña y China–, y otros 10 son elegidos por la Asamblea General por un período máximo de dos años, con criterios geográficos (13). Aunque las decisiones se toman por votación, en las cuestiones que “no sean de procedimiento” se requiere el voto de nueve miembros, pero incluido en este número el de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Ello lleva aparejado que si uno sólo de estos miembros permanentes vota en contra, aunque el resto de los miembros del Consejo lo haga a favor, no hay decisión sobre la cuestión planteada.

Esta regla, que eufemísticamente se denomina “unanimitad de las grandes potencias”, es conocida generalmente por “derecho de veto”. En virtud de ellas los “cinco grandes” tienen capacidad para bloquear cualquier acuerdo. Es decir, su apoyo, o al menos la abstención, es imprescindible para decisiones tales como imponer sanciones, desplegar cascos azules o autorizar acciones militares.

La estructura actual del Consejo de Seguridad, nacida al finalizar la Segunda Guerra Mundial, es un reflejo de las relaciones de poder vigentes en aquel momento, pero es evidente que no corresponde a la realidad presente. En el último medio siglo la estructura de la ONU ha permanecido inmutable mientras el escenario internacional se transformaba rápidamente. Los primeros 56 Estados que se reunieron en Londres en enero de 1946 durante la primera Asamblea General se han multiplicado hasta los casi dos centenares actuales. Las características de la mayoría de sus miembros y las relacio-

nes de poder entre ellos también han cambiado. Si casi todos los gobiernos fundadores de la organización pertenecían al mundo desarrollado, hoy los países pertenecientes al Tercer Mundo forman una aplastante mayoría que reclama una democratización de las decisiones. La influencia política y el peso financiero de Alemania y Japón, que, como perdedores de la guerra mundial, se incorporaron tarde a la organización, no tiene ningún reflejo institucional. Además, potencias emergentes como Brasil o la India quieren ser tenidas en cuenta.

Algunos países, especialmente Alemania y Japón, han manifestado de forma abierta su deseo de incorporarse al privilegiado Club de los miembros permanentes. En 1990, el gobierno alemán propuso la creación de seis nuevos miembros permanentes (Japón, Alemania, Brasil, Egipto, India y Nigeria), sin derecho a veto. Sin embargo, todavía están por definir los criterios que habrán de seguirse para decidir quién está legitimado para tener ese status tan especial (14).

En relación con esta cuestión se han propuesto varias fórmulas. Una de ellas sería la de integrar en el Consejo de Seguridad, además de los cinco miembros actuales, a otros ocho que destacan por su potencial económico (Japón, Alemania, Italia y Canadá) o demográfico (India, Indonesia, Brasil y Nigeria).

Un Consejo permanente así formado estaría integrado por cinco representantes del Tercer Mundo y ocho del Primero, una proporción bastante más equilibrada que la actual, que es de 1 a 4, pero con una representación exigua de África y América Latina y un dominio euroasiático abrumador. Además, los países con nivel demográfico similar al de Nigeria, como Bangladesh y Pakistán, podrían querer estimular el crecimiento de su población, ya muy elevado, para ingresar en el Consejo, algo a todas luces contraproducente.

Una segunda propuesta pasaría por aumentar el número de miembros permanentes a 11, con un criterio más geográfico e introduciendo representantes de organizaciones regionales. En este sistema, EE.UU. y Rusia conservarían el puesto que ocupan

ahora, avalado además por su peso económico y demográfico. A China le correspondería un lugar por el significativo hecho de representar a más de la quinta parte de la población mundial, y la India por idénticos motivos demográficos. Japón, país que controla el 15 por 100 del PIB mundial, tampoco podría quedar excluido. En cambio, Francia y Gran Bretaña, así como la candidatura de Alemania, al formar parte de la Unión Europea (UE) y de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), podrían turnarse en un cupo de dos puestos que se asignan a la OSCE, uno de los cuales estaría asegurado para ellos. En este sentido, Italia ya ha propuesto que Francia y el Reino Unido se unan en un asiento para la UE, que vendría a ser un planteamiento parecido al propuesto. Quedaría la duda de si Brasil, por su inmenso peso en América Latina, podría ocupar asimismo un puesto permanente en el Consejo, siendo el segundo escaño para un país nombrado por la Organización de Estados Americanos (OEA). En África, dada la falta de un país que lidere el continente en algún aspecto, podría ser la Organización para la Unidad Africana (OUA), y quizás también la Liga Árabe, quienes decidan las dos candidaturas representantes. Con esta composición, el equilibrio sería mayor y todos los continentes, excepto Oceanía, estarían representados con al menos dos miembros.

Además de la composición numérica de los miembros permanentes, en muchos sectores de opinión se mantienen determinados criterios sobre sus aspectos cualitativos, es decir, sobre las condiciones de legitimidad y fuerza moral que deberían ostentar los Estados para acceder a este Organismo. Se argumenta que exigir estos requisitos para ser miembros no es ni una frivolidad ni un intento político de bloquear la participación de determinados países, sino tan sólo una condición básica para que el Consejo de Seguridad esté incuestionablemente investido de una legitimidad que hasta el momento es más que dudosa. Sólo así el Consejo podrá tomar decisiones coherentes y responsables, respaldadas por su autoridad moral, que afecten a la Comunidad internacional. Únicamente desde

la legitimidad que otorga el cumplir las reglas vigentes los miembros permanentes del Consejo de Seguridad tendrán la capacidad necesaria para hacer respetar las normas aprobadas por las NU,s.

En esta línea se han formulado diversas propuestas que comprenden básicamente estos aspectos: carecer de deudas pendientes con la ONU, estar al corriente de la firma y ratificación de los Acuerdos de desarme y de Derechos Humanos; acatar las decisiones del Comité Internacional de Justicia, cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad que puedan afectarle, participación en misiones de paz, etc.

En lo que respecta a la composición de los miembros no permanentes, no existen inconvenientes para continuar con el sistema actual de 10 miembros con una duración de dos años, renovándose a razón de cinco por año. De esta forma el Consejo de Seguridad estaría integrado por 23 ó 21 miembros, según la fórmula elegida, siendo el número de permanentes algo superior al de no permanentes.

Por último, queda la cuestión del derecho de veto. Con referencia a los cinco países que aún poseen este privilegio, existe una corriente de opinión que aboga por su definitiva eliminación antes del siglo XXI, y mientras esto llega, que estos cinco permanentes se comprometan a no ejercerlo. Sin embargo, otros lo consideran como la única opción posible, ya que otra solución más democrática —por ejemplo hacer plenamente competente a la Asamblea en materias de seguridad— hubiese desembocado en la ruptura de las Naciones Unidas ante la imposibilidad de articular consensos entre todos sus miembros y la firme oposición de las grandes potencias a ver vulnerados sus intereses locales.

En el supuesto de la tesis de la continuación del derecho de veto, está por ver si los nuevos miembros permanentes en el Consejo ampliado tendrían o no este derecho, ya que una multiplicación de los miembros de esta categoría podría llevar a la paralización del Consejo. Es un argumento que juega a favor de los abolicionistas, los cuales proponen que, eliminando el derecho de veto, y con 23

o 31 miembros en el Consejo, no tendría ya sentido que la toma de decisiones se basara en el consenso total, puesto que una mayoría de tres cuartas partes debería ser suficiente, permitiéndose un margen de cinco disensiones en cualquiera de las dos opciones presentadas.

LA PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS

El artículo 1º de la Carta de las NU,s establece claramente que este Organismo ha de actuar preferentemente de forma preventiva, siendo su función la de evitar el estallido de los conflictos, más que intervenir en su finalización.

A pesar de ello, la ONU no ha sabido actuar hasta ahora de forma eficaz en el terreno de la prevención, ya sea por la escasa colaboración entre los países, por la falta de mecanismos y recursos apropiados, o por los obstáculos puestos por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad durante el largo período de la guerra fría. Lo usual ha sido solicitar los servicios de la ONU para intervenir en las últimas etapas de un conflicto o en momentos en los que ya no existe ninguna esperanza de resolverlo. Este papel marginal y a posteriori es lo contrario a la función preventiva que tiene asignada la Organización.

La escasa actividad preventiva de NU,s ha sido objeto de permanente atención y denuncia por parte de diferentes Secretarios Generales (15), así como por la Asamblea General, que desde 1988 se ha ocupado de este tema en sucesivas resoluciones, la última de las cuales, aprobada en 1991, sobre la política de "determinación de hechos", la define como "toda actividad encaminada a un conocimiento detallado de los hechos pertinentes de cualquier contingencia o situación que los órganos competentes de las NU,s necesiten para desempeñar eficazmente sus funciones en relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales". Todo ello es muestra de la necesidad práctica de que la ONU disponga de libertad de maniobra suficiente para llevar a cabo investigaciones imparciales sobre hechos conflictivos, con el propósito de prevenir y resolver pacíficamen-

te determinados conflictos nacionales o internacionales.

Para esta finalidad de prevención de conflictos, en 1987 se creó en Naciones Unidas la Oficina de Investigaciones y Reunión de Información (ORCI), con las funciones de evaluar las tendencias mundiales, preparar perfiles sobre cuestiones y países o regiones, proporcionar alerta temprana sobre evolución de las situaciones conflictivas, mantener una buena base de datos, observar los factores relacionados con posibles corrientes de refugiados y situaciones de emergencia comparables, realizar tareas especiales de investigación y evaluación, y recibir y distribuir información política de los medios de comunicación. No obstante, cinco años después de su creación, la ORCI fue desmantelada y su trabajo transferido a los dos Subsecretarios Generales del Departamento de Asuntos Políticos.

La llegada de Boutros-Ghali a la Secretaría General de NU,s ha dado, si cabe, un mayor impulso a la doctrina sobre prevención de conflictos. En su "programa de Paz" de julio de 1992, señalaba que el primer objetivo de Naciones Unidas es precisamente la diplomacia preventiva, que junto al establecimiento de la paz, el mantenimiento de la paz y la consolidación de la paz, conforman los cuatro grandes ejes de la labor de este organismo.

El programa preventivo del actual Secretario General recoge un abanico de medidas, clásicas en su mayoría, destinadas a evitar que surjan litigios entre dos o más partes, que las controversias existentes se conviertan en conflictos, y que los conflictos, si ocurren, se extiendan. Analizar y comprender las tendencias mundiales, mitigar las tensiones, y contener o controlar los conflictos son, por tanto, las funciones de la diplomacia preventiva.

Las medidas para consolidar la confianza (CBM's) forman un primer bloque, en el que se incluyen actividades como el intercambio de misiones militares, la reducción de riesgos, la libre circulación de la información o la verificación de los acuerdos de desarme.

La investigación de los hechos mediante el envío de funcionarios o misiones específicas configura un segundo grupo de medidas, ten-

ientes a conseguir un conocimiento más oportuno y preciso de aquéllos, así como un análisis correcto de los acontecimientos y de las tendencias mundiales, ya sean económicas, sociales, políticas o militares.

La alerta temprana es la tercera función señalada, y se refiere a un amplio conjunto de problemas: amenazas ambientales, riesgo de accidentes nucleares, desastres naturales, movimientos masivos de población, amenazas de hambre generalizada, propagación de enfermedades, etc., en una muestra de la dimensión no militar de la seguridad.

El cuarto aspecto de esta diplomacia es lo que Boutros-Ghali denomina despliegue preventivo, esto es, el envío de fuerzas de mantenimiento de la paz en tres tipos de supuestos: a) en situaciones de crisis nacional, a petición del gobierno o todas las partes interesadas, o con su consentimiento, para realizar asistencia humanitaria, ayuda a la conciliación, o para mantener la seguridad; b) en las controversias entre Estados, cuando dos países consideren que la presencia de las Naciones Unidas a ambos lados de la frontera puede reducir el riesgo de hostilidades; c) cuando un país se considere amenazado (16).

Una forma de despliegue preventivo contemplado por el Secretario General es el de las zonas desmilitarizadas, situadas a ambos lados de una frontera con el acuerdo de las dos partes, con el fin de separar a los beligerantes potenciales, o a un lado de la línea fronteriza, con objeto de eliminar cualquier pretexto de ataque.

Es indudable que cualquier política preventiva que pretenda llegar al fondo de los problemas deberá prestar mayor atención a las tensiones y conflictos derivados de las desigualdades económicas y sociales, tanto en su dimensión externa como interna. El propio Consejo de Seguridad reconoció, en su reunión-cumbre del 31 de enero de 1992, que "la paz y la prosperidad son indivisibles, y que la paz y la estabilidad duraderas requieren una cooperación internacional eficaz para la eliminación de la pobreza y la promoción de una vida mejor para todos, dentro de un concepto más amplio de la libertad", y que "las causas

no militares de inestabilidad en las esferas económica, social, humanitaria y ecológica se han convertido en amenazas a la paz y la seguridad, por lo que todos los países miembros de las Naciones Unidas debían dar máxima prioridad a la solución de estas cuestiones”.

La paz, la estabilidad y la prevención de conflictos no se consiguen, sin embargo, con bellas palabras, sino con compromisos políticos y sociales para transformar la situación actual, caracterizada por la no satisfacción de las necesidades básicas de gran parte de los habitantes del planeta, lo que inevitablemente ha de conducir a un cambio profundo en los comportamientos de los países dominantes y privilegiados. La disparidad entre ricos y pobres y la degradación ecológica son, en este sentido, los problemas de mayor magnitud que tiene planteada la comunidad internacional.

Y como se ha señalado (17), estos problemas “sólo se pueden detener mediante un desarrollo mejor y más sostenible, que exigirá, entre otras cosas, una planificación demográfica efectiva, una mejora de la atención primaria de la salud, una mayor educación y formación técnica, una modificación de las políticas agrarias, fuentes de energía renovables, ayuda externa, y un comercio y acuerdos financieros más estables, predecibles y favorables para los países en desarrollo”.

La prevención de los conflictos es la única alternativa existente para resolver con éxito los problemas contemporáneos. Las condiciones futuras de vida del planeta, esto es, la seguridad del futuro, dependen de la capacidad de todos para aceptar este reto y encontrar vías de solución. En este empeño la ONU podría jugar un papel destacado, para lo cual debe llevar a cabo su reforma pendiente.

De lo que se trata, en definitiva, es de que las Naciones Unidas actúen no sólo de forma reactiva, esto es, mediante una diplomacia de la crisis, sino sobre todo mediante una diplomacia preventiva antes de que estallen los conflictos. Como acertadamente ha dicho Brian Urquhart (18), la cuestión que cabe plantear es si estamos en un momento propicio para que las naciones sean capaces de

crear, financiar y mantener un sistema basado en la vigilancia, el consenso, los intereses comunes, la acción colectiva y el derecho internacional, esto es, de retornar a las premisas de la misma Carta de las Naciones Unidas.

EL INTERVENCIONISMO HUMANITARIO

En el seno de las Naciones Unidas se acepta una clasificación de las misiones en las que intervienen fuerzas de la ONU en tres categorías: operaciones de mantenimiento de la Paz, ayuda humanitaria y conflicto bélico. La primera es la típica misión en la que intervienen cascos o boinas azules y que analizaremos después detenidamente. La tercera supone la aceptación del uso de la fuerza desde un planteamiento multinacional y será también tratado posteriormente. La segunda, en cambio, se mueve en unos márgenes más difusos, puesto que las operaciones de ayuda humanitaria que pueden o no ir acompañadas del uso de la fuerza, tropiezan de entrada con la limitación del principio de no interferencia en los asuntos internos de los Estados.

Aunque de un lado este principio es una garantía relativa para que los Estados militarmente más poderosos no queden legitimados para interferir sistemáticamente en la vida de otros más débiles, también es verdad que hasta el presente nunca ha impedido que la intervención de los poderosos continúe realizándose, ya sea por medio de las armas o por otras formas de dominación no militares, como desde el mercado de capitales, el comercio o las empresas transnacionales.

El principio de no injerencia, sin embargo, es un viejo tabú que concede impunidad para quienes violan sistemáticamente los derechos humanos elementales. Por ello es preciso replantear este viejo dogma, y conviene hacerlo desde la perspectiva de la reforma y democratización de las Naciones Unidas, con objeto de dilucidar si este Organismo podría tener la capacidad jurídica y material, además de la legitimidad moral, para intervenir en determinados asuntos internos de los Estados, cuando se produzcan situaciones extremas de injusticia.

La Resolución 688 (1991) de Naciones Unidas, que condenó la represión iraquí contra los kurdos y permitió el acceso de las organizaciones humanitarias a las poblaciones afectadas, aunque no autoriza a recurrir a la fuerza, constituye un precedente hacia la aceptación de un cierto derecho de injerencia. La operación de la ONU en ayuda al pueblo kurdo planteó la discusión sobre la oportunidad y legitimidad del llamado "intervencionismo humanitario", o sea, la intervención de tipo militar unilateral motivada por razones humanitarias, y sin consentimiento de su Gobierno.

La cuestión que plantea el intervencionismo humanitario es cómo armonizar los principios de la soberanía territorial de los Estados, la no intervención en los asuntos internos de los mismos y la prohibición del uso de la fuerza estipulada en la Carta de las NU,s, con una protección de los derechos humanos en situaciones extremas, en las que esa violación suponga una amenaza a la paz y a la seguridad internacional (19).

El intervencionismo humanitario genera dudas, recelos y temores, incluso entre quienes lo defienden con cierta convicción. Y es que, a nivel político, aunque existe confusión sobre el significado de lo humanitario, se dispone en cambio de un amplio conocimiento sobre las perversiones del intervencionismo tradicional.

En el debate sobre este tema, la ONU y sus cascos azules juegan un papel central, al entenderse que sólo desde esta Organización internacional es posible legitimar una nueva doctrina y, quizá, un nuevo cuerpo especializado en este tipo de misiones. En este proceso, abierto con la referida Resolución 688 de 1991, es probable que a corto plazo el siguiente paso sea conseguir plena y efectiva vigencia del principio de que ningún Estado debe impedir el envío y recepción de ayuda humanitaria y que la protección de los derechos humanos es un valor que prevalece sobre el de la soberanía nacional.

En el plano práctico, Somalia y Yugoslavia han provocado, después de la intervención kurda, un debate sobre los límites que se imponen a la acción humanitaria, sobre la capacidad de la ONU de regular los conflictos

y sobre la actitud de la comunidad internacional frente al sufrimiento ajeno. La ONU no ha podido —interpelada continuamente— responder satisfactoriamente a ninguno de estos conflictos. Las lamentables condiciones de seguridad en que se han distribuido algunos suministros (especialmente en la ex Yugoslavia) es posible que sienten las bases de una nueva doctrina de intervención humanitaria, que aunque pueda ser necesaria no estará exenta de interpretaciones conflictivas, dada la tradición discriminatoria del Consejo de Seguridad con su política de establecer dos pesos y dos medidas (20), o claramente negativas (caso de Somalia a partir del segundo semestre de 1993).

En este contexto de la ayuda humanitaria las Organizaciones no gubernamentales (ONG,s) desempeñan un papel fundamental. Una de ellas, Médicos sin Fronteras (MSF), a través del libro "Poblaciones en peligro" (21), denuncia la táctica humanitaria de los Estados como "un viejo truco y una coartada para tranquilizar" su falta de actuación política y calmar la mala conciencia de los pacíficos ciudadanos, poniendo el dedo en la raíz del problema cuando afirman que "la acción humanitaria, cuando no se realiza en un contexto de profunda transformación de las relaciones económicas mundiales, no es más que una máscara de dejación y de indignidad".

El mensaje de Médicos sin Fronteras a la ONU es también claro: ha de redefinir el mandato de sus agencias y de sus fuerzas, y darles los medios efectivos para interrumpir una guerra, en lugar de hacerles contabilizar el número de treguas no respetadas, y de dar mayor autonomía a las agencias humanitarias, de forma que "las lógicas de dominación política y de coordinación de la ayuda humanitaria no se parasiten mutuamente, como en los casos de Somalia, Bosnia y, sobre todo, Irak".

Es evidente que la intervención humanitaria, en su vertiente no militar, es necesaria y vital para la supervivencia de millones de personas, pero en sus condiciones actuales es también un sedante que oculta la verdadera enfermedad. A este respecto, se ha hecho referencia al fenómeno de la "humanitariza-

ción de los problemas" (22), es decir, a una forma edulcorada de plantear las cuestiones que impone asumir las responsabilidades frente al desencadenamiento de la barbarie. Con esta humanización de los conflictos sólo hay víctimas, pero nunca culpables. Existe una profunda instrumentalización con finalidades publicitarias, políticas e incluso estratégicas del intervencionismo humanitario que, junto a un efecto sedante y desculpabilizador que critican las agencias humanitarias, señalan las grandes contradicciones del intervencionismo humanitario que pese a todo hay que seguir afirmando como necesario.

Como ha señalado Chemillier-Gendreau (23), es ilusorio pensar que el intervencionismo puede funcionar en dos movimientos, con un primer golpe de efecto protagonizado por Estados Unidos (humanitarismo televisado), seguido por una intervención de NU,s de larga duración. Las acciones humanitarias han de administrarse colectivamente, de principio a fin. Ha de ser el compromiso responsable del conjunto de las Naciones Unidas reformadas lo que asegure la acción, y no la inicial predisposición de la Casa Blanca. En este sentido, el caso de Somalia es clarificador, además de patético.

Sin una mayor clarificación de lo que se persigue, sin garantizar que este tipo de actividades no tendrán nada que ver con el intervencionismo imperial o colonial, no es posible llegar a entender cualquier variante del intervencionismo humanitario que se quiere imponer.

Hace falta en suma la creación de una conciencia solidaria y humanitaria, algo bien diferente de la estrategia, la injerencia y la política humanitarista, que son en este sentido una especie de moral minimalista, una trampa inmovilizadora, un valor-refugio que permite huir de la acción política, porque la sustituye. La acción humanitaria actual se asemeja a un ritual ideológico en donde no se pide enfrentarse a la complejidad de lo real, sino a sustituirlo para apaciguar nuestras conciencias (24).

En casos extremos como los de Bosnia, Somalia y otros más, la intervención humanitaria es una obligación, y la militar una opción

a considerar. Pero si no ha ido precedida de la agitación humanitaria posible, si no hay capacidad de revolver las conciencias y la comodidad, y si previamente no se han articulado los mecanismos de prevención de conflictos y de desarme, el intervencionismo militar no será más que un limitado y fracasado sustituto de la actividad política y social, esto es, de la obligación colectiva de involucrarse en la resolución de los procesos conflictivos, combatiendo los problemas desde su raíz.

La intervención humanitaria, en definitiva, no debe ocultar la auténtica naturaleza del problema, pues de lo contrario lo perpetúa. Las ONG,s que actúan en este terreno tienen ahí una gran responsabilidad, pues si son críticas e independientes y no caen en la trampa de lo que se llama el "imperialismo filantrópico", esto es, en la autocomplacencia de actuar acriticamente en situaciones de escándalo político, además de realizar su labor específica pueden también actuar como auténticos centros de alerta y prevención de situaciones conflictivas. Para conseguirlo, no obstante, algunas deberán revisar sus métodos tradicionales de obtención de fondos, rehuendo estrategias de impacto comunicativo basadas en la "pornografía del hambre" y alentar, en cambio, campañas de sensibilización política y social que permitan poner en marcha soluciones más duraderas (25).

LAS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ

La acción de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz ha estado inevitablemente marcada por los avatares de la política internacional y, muy especialmente, por el "gran cisma" entre los bloques antagónicos que ha caracterizado la larga era del bipolarismo y del enfrentamiento Este-Oeste.

La crisis prematura del sistema de seguridad colectiva previsto en el Capítulo VII de la Carta, que se manifestó estrepitosamente con ocasión de la intervención en Corea en 1950, hizo entrar en hibernación la posibilidad de poner en marcha un ejército institucional "onusiano", encargado de imponer sanciones a todo Estado agresor y de restablecer la paz

por la fuerza. El pragmatismo de que siempre ha hecho gala la Organización mundial, ha llevado así a la instauración de un mecanismo alternativo, quizá menos ambicioso en su diseño, pero sin duda más útil en las circunstancias dominantes en la esfera internacional durante la era del bipolarismo: las operaciones para el mantenimiento de la paz (OMP,s) (26).

Las OMP,s no están expresamente definidas en la Carta, aunque su fundamento legal es el artículo 40 de la misma. El Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o de decidir las medidas a que se refiere el artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzguen necesarias o aceptables. Como acertadamente se ha señalado (27), surge así "un nuevo sistema de uso de la fuerza por las NU,s, un nuevo tipo de acción ejecutiva cuya esencia consiste en que se abandona todo esquema de seguridad colectiva, tanto el establecido en la Carta como el que se intentó poner en pie en 1950 (Unión pro paz), y se sustituye por un nuevo sistema de carácter principalmente preventivo y protector más que represivo".

Las OMP,s han venido siendo desde 1945 el instrumento más importante de la ONU en su papel de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, y han experimentado un notable incremento en los últimos tiempos.

Desde junio de 1945 hasta septiembre de 1993, en poco más de 48 años, unas 650.000 personas de 75 países han prestado servicios en 26 operaciones, con un coste total de 8.300 millones de dólares. Algo más de 1.000 personas han perdido la vida cumpliendo su servicio de estas fuerzas. Actualmente la ONU tiene en curso 19 misiones de paz en las que participan 62.000 efectivos.

En su versión clásica estas operaciones han revestido dos modalidades: Misiones de observación ("boinas azules") y Fuerzas de Mantenimiento de la Paz (FMP) vulgarmente conocidos como "casco azul". Las primeras están formadas por observadores o enlaces militares profesionales de distintos países, que van desarmados, y cuya obligación es supervisar y observar de modo pasivo el

cumplimiento del mandato del Consejo de Seguridad. Las FMP,s van dotadas de armas ligeras de carácter defensivo. Suelen consistir en unidades completas (batallones o compañías) de diferentes países, y actúan de una forma algo más decisiva, aunque sin entrar en combate, con objeto de disuadir a las partes implicadas en el conflicto.

El responsable de estas operaciones de Naciones Unidas ha redefinido las OMP,s como aquellas "operaciones de NU,s en las que participa personal civil o militar, con el consentimiento de las partes y bajo el mando de las NU,s, para ayudar a controlar y resolver conflictos internacionales o conflictos internos, actuales o potenciales, que tengan una clara dimensión internacional" (28). Las características fundamentales de estas operaciones son las siguientes:

- Se organizan con el consentimiento de las partes en conflicto.
- Cada operación es aprobada y apoyada por las NU,s (necesita el voto afirmativo de al menos 9 de los 15 países miembros del Consejo de Seguridad).
- Los Estados miembros designan al personal de forma voluntaria.
- Este personal está bajo el mando del Secretario General, quien informa al Consejo de Seguridad.
- El armamento, en caso de portarlo, es para uso exclusivo en defensa propia.
- Su actuación debe estar presidida por una absoluta imparcialidad ante las partes en conflicto.
- Las operaciones deben ser financiadas por los Estados.

La filosofía que ha inspirado las OMP,s en las cuatro últimas décadas ha experimentado un notable cambio a raíz de la nueva coyuntura internacional instaurada desde el final de la guerra fría. Además de aumentar la cantidad de operaciones, ha habido también un cambio cualitativo en las misiones. Hasta fechas recientes, las operaciones en las que han intervenido estas fuerzas han tenido un carácter de vigilancia en las primeras o en las últimas fases de los conflictos, ya sea para

prevenir un proceso de escalada (función preventiva), para controlar el cese del fuego, la retirada de tropas, o como elemento de interposición para lograr el cese negociado de las hostilidades. Las FMP,s han actuado, por tanto, como una fuerza policial encargada de mantener el orden en un momento delicado, en el que la presencia de una fuerza imparcial exterior puede constituir una garantía para el cumplimiento de determinados acuerdos.

Esta línea tradicional de actuación se ha roto con la operación de NU,s en Somalia en 1992 (ONUSOM) en la que la ONU intentó conciliar un proyecto humanitario con otro militar de carácter más ofensivo (29), con un resultado francamente negativo que recibió fuertes críticas. Somalia supuso además el punto de inflexión de las tradicionales fuerzas de mantenimiento de la paz (peace-keeping) hacia una nueva modalidad, las llamadas fuerzas de imposición de la paz (peace-enforcement) que combinan elementos tradicionales con otros de naturaleza más ofensiva, a la vez que amplían el tipo de misiones que deben realizar los cascos azules (30).

En el fondo lo que subyace en esta mutación de las OMP,s es el problema de la paulatina admisión del recurso a la fuerza en las intervenciones llevadas a cabo por la ONU, aspecto del que trataremos con más detalle en otro epígrafe. Todo ello propiciado por la recuperación de consenso en el Consejo de Seguridad —progresivo alejamiento del peligro de veto, como consecuencia del desmembramiento de la ex Unión Soviética y la desaparición del bloque socialista— que ha permitido ampliar el ámbito de estas operaciones con un contenido mucho más global y un matiz más interventor que los tradicionales. Esto ha sido interpretado como una transformación crítica del papel de la ONU, pasando de ser un mediador y de facilitar el proceso de reconciliación nacional a ser un beligerante activo (31). En esta nueva etapa ha cosechado éxitos importantes (El Salvador, Nicaragua), pero también algunos fracasos (Bosnia, Somalia, Camboya), precisamente en unos escenarios donde la presencia de las fuerzas de la ONU no era plenamente aceptada por las partes y la solución política del conflicto

estaba todavía lejana. Por el contrario, como ha demostrado el éxito de las misiones en Centroamérica, los buenos resultados vienen asociados a la actuación sobre la base de un acuerdo entre las partes.

Asimismo, la ausencia de resultados positivos, para algunos analistas, tiene mucho que ver con la escasa capacidad preventiva de la misma ONU y con su tardía actuación, similar a la de un bombero que acude al incendio cuando ya está destruido el edificio (32). La pacificación de conflictos que llevan diez o veinte años de duración no puede ser nunca tarea fácil si no va acompañada de un amplio conjunto de medidas que tengan en consideración las raíces del problema. En última instancia, no tiene mucho sentido que algunas OMP,s duren indefinidamente, como tampoco resulta razonable que se acote prematuramente su duración. Lo prudente es que se alarguen lo estrictamente necesario, pero sin un planteamiento que facilite su perpetuidad a causa de la acomodación de las partes en conflicto (33).

Por tanto, lo óptimo sería desplegar las FMP,s de forma preventiva, antes de que el conflicto alcance determinadas cotas. Hasta ahora, sin embargo, Naciones Unidas ha actuado más bien poco en las fases preventivas, y cambiar esa tendencia implicará actuar también sobre las causas económicas y sociales que producen esas situaciones de tensión y no sólo en sus manifestaciones militares. Así lo entiende Boutros-Ghali cuando manifiesta que "los esfuerzos de la Organización por consolidar la paz, la estabilidad y la seguridad deben englobar temas que trasciendan las amenazas militares, para que sea posible romper las cadenas de los conflictos y las guerras que han caracterizado el pasado" (34). Conviene recordar, sin embargo, que las fuerzas de Paz nunca podrán resolver por sí solas los conflictos, y menos los de larga duración. La resolución de los conflictos requiere la adopción de mecanismos adicionales, más en la línea de lo que el Secretario General de NU,s denomina "consolidación de la paz".

La realidad es que las OMP,s como instrumentos flexibles de política se han ido adap-

tando a los diferentes casos que se han ido presentando y a las nuevas condiciones geopolíticas y geoestratégicas.

A medida que pasan los años, las OMP,s tienden a ser no sólo más numerosas, sino también más complejas y ambiciosas, hasta el punto de que se habla ya de una segunda generación que tendrá, además de la dimensión militar, otras de tipo político, económico, social, humanitarias y ambientales, todo lo cual exigirá un enfoque unificado e integrado (35). Como ya se ha expuesto, las misiones no sólo se han ampliado, sino incluso han cambiado, ya que si hasta 1988 lo tradicional era actuar en los aspectos clásicos (control de cese del fuego, interposición, control de retirada de fuerzas, etc.), en los últimos años las OMP,s han tratado con más intensidad funciones tales como control de procesos electorales, supervisiones de referéndums, desarme y desarticulación de grupos armados o control del cumplimiento de los derechos humanos (36).

Las actuales OMP,s tienen que hacer frente a situaciones muy diferentes a las del pasado inmediato, sin que se haya desarrollado la discusión política necesaria para situar correctamente el papel de la ONU ante esas situaciones y, lógicamente, sus fuerzas de paz. No existe un planteamiento común para enfocar este futuro, ni tan siquiera para reconocer las numerosas posturas contradictorias existentes (37). En este sentido, el nivel de implicación futura que Estados Unidos decida tener en el funcionamiento general de la ONU condicionará en buena medida el perfil de las OMP,s de los próximos años. La Guerra del Golfo y la intervención en Somalia han sido dos importantes campos de experimentación en este terreno, y aunque la naturaleza bélica de ambos conflictos difiere sustancialmente de los cometidos tradicionales de las OMP,s, sus desenlaces y repercusión pública han obligado a replantear la tradicional posición de "distanciamento" que Estados Unidos ha mantenido ante Naciones Unidas, sustituyéndola por una actitud más activa, aunque condicionada (38).

Por lo que se refiere a las OMP,s en concreto, el planteamiento de los EE.UU. es el de

considerar que no existe apenas separación entre estas operaciones en su sentido clásico y lo que ha venido en llamarse "operaciones de fuerza" o imposición de la paz (peace-enforcement). Por otra parte, los norteamericanos apoyan la creación en NU,s de un auténtico Cuartel General de las OMP,s con acceso a la inteligencia, comunicaciones y logística necesarias (39), si bien, y al mismo tiempo, se exige la revisión del proceso de toma de decisiones de las OMP,s, el mando estadounidense en la operación en que inter venga y en este último extremo que "exista una misión clara, con mandos competentes, normas de comportamiento razonables y medios necesarios para llevar a cabo el trabajo".

El punto de vista de los EE.UU. sobre las OMP,s es el reflejo más representativo de las recientes posturas acerca de la paulatina admisión del recurso a la fuerza en las recientes operaciones de NU,s. En esta línea de mutación del concepto tradicional de las OMP,s se halla la idea del actual Secretario General Boutros-Ghali, para quien "peace-keeping" es una técnica consistente en el "despliegue de una presencia de las NU,s en el campo, hasta ahora con el consentimiento de todas las partes implicadas, comprendiendo normalmente militares de NU,s o policías y frecuentemente también civiles (40). En la expresión "hasta ahora" se halla explícitamente la tendencia a imponer incluso por la fuerza las decisiones de las Naciones Unidas.

A pesar de que existe una fuerte corriente de opinión contraria a que la ONU asuma el papel de gendarme mundial y que sea más prudente en sus intervenciones, confiando en la diplomacia con el uso restringido de la fuerza para mantener la paz, lo cierto es que todo apunta, en última instancia, a que el Consejo de Seguridad autorizará su participación en conflictos hasta ahora considerados internos —que son la mayoría— aduciendo razones humanitarias. Es posible por tanto que las OMP,s sean transformadas y utilizadas para adaptarse mejor a esas situaciones, con su viejo nombre o con una nueva designación.

La constante ampliación del campo de actuación de las OMP,s es una necesidad derivada de una demanda real de los actores

internacionales, apoyada por la propia organización, los cuales han reivindicado un mayor protagonismo de la ONU en la prevención de conflictos y en la gestión de crisis. Pero también constituye un serio peligro para su futuro si no se clarifican sus funciones, límites y sus medios (41).

En el mismo sentido, han surgido opiniones que objetivamente moderan las expectativas surgidas poniendo de manifiesto algunos problemas estructurales evidenciados en las últimas operaciones de NU,s referidas a su legitimación (empleo creciente del recurso a la fuerza), medios disponibles y articulación orgánica (42).

El tema de la legitimación del uso de la fuerza será tratado en el siguiente epígrafe. Aquí baste señalar que la última tendencia, ya comentada, de imponer incluso por la fuerza las decisiones de las NU,s podría incluso rebasar el campo humanitario que se encuentra en la zona de nadie entre el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional para adentrarse en el peligroso terreno de la injerencia en los asuntos internos. Por ello, la ONU deberá regular los nuevos tipos de intervenciones, antes de que se ponga en duda su legitimidad.

Otro problema que presenta las OMP,s es la disponibilidad de medios para intervenir. Hasta ahora, el brazo armado de NU,s depende de las contribuciones nacionales, que deciden y negocian, caso por caso, de acuerdo con el interés nacional, incluso cuando la contribución se articula a través de organizaciones de defensa colectivas como la OTAN o la UEO. Las NU,s no tienen fuerzas propias permanentes (standing) ni unidades especiales a su disposición (stand-by), sino que se ven obligadas a solicitar fuerzas (on-call).

Esta dependencia condiciona las iniciativas, al dificultar el planeamiento, demorar mucho tiempo al establecimiento de las operaciones y prolongar su finalización más allá de lo razonable, como consecuencia de las necesidades operacionales del despliegue, especialmente la escasez y disparidad de los medios logísticos. Y una vez en el terreno, las dificultades continúan a través de la falta de interoperabilidad de equipos, burocratización

de los escalones de apoyo logístico, disparidad de doctrinas, instrucción y equipo, carencias en los sistemas C3I, obligados relevos, etcétera, que son fuente de problemas cotidianos.

A los limitados medios personales y materiales hay que unir las dificultades derivadas de la financiación de estas operaciones. Las NU,s asumen aproximadamente el 40 por 100 de sus costes. El resto debe reembolsarse por los países participantes, los cuales, ante la falta de liquidez de los fondos de reserva de la Organización, están obligados a anticipar el pago de los mismos a cargo de las contribuciones anuales.

La realidad es que el pago de las cuotas para llevar a cabo las OMP,s se realiza con grandes dificultades, pues la mayoría de los países habitualmente retrasan el abono de las contribuciones que tienen asignadas. En octubre de 1993, por ejemplo, los Estados debían al respecto 1.150 millones de dólares. Es significativo, además, que en esa fecha el 65 por 100 de los Estados tenían todavía pendientes los pagos de cuotas correspondientes a ejercicios anteriores, deuda que ascendía a 378 millones de dólares, de los que casi 270 correspondían a la Federación Rusa.

Lo anterior, unido al coste tan elevado de las últimas operaciones de NU,s (43), ha obligado al Consejo de Seguridad a replantear la forma tradicional de costear las mismas.

Entre las propuestas lanzadas por el mismo Secretario General y otras personas u organismos para obtener nuevos fondos que garanticen las OMP,s, figuran las siguientes sugerencias:

- Establecer un Fondo de Reserva para el mantenimiento de la paz para sufragar los gastos iniciales de las operaciones, en tanto no se reciban las contribuciones prorrateadas.
- Crear un Fondo de Dotación de las Naciones Unidas para la Paz, con una meta inicial de 1.000 millones de dólares, mediante una combinación de contribuciones prorrateadas y voluntarias procedentes de los gobiernos, del sector privado y de particulares. Una vez que el

Fondo alcanzara el monto previsto, las utilidades obtenidas de la inversión de su capital servirían para financiar los gastos iniciales de las OMP,s autorizadas.

- Recibir préstamos del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional.
- Acordar que un tercio del coste estimado de cada nueva OMP sea consignado por la Asamblea General, tan pronto el Consejo de Seguridad decida establecer la operación.
- Establecer un impuesto al comercio de armamento, a partir de las transferencias notificadas al registro de armas de NN.UU.
- Aportación por cada país del 1 por 100 de los gastos militares anuales, con lo que NU,s ingresaría anualmente unos 8.000 millones de dólares.
- Establecimiento de una cuota fija a la que se añadiría un gravamen sobre los gastos de Defensa de cada país (cuota variable).

A la vista de los problemas derivados del mecanismo voluntarista actualmente vigente para la organización de FMP,s, numerosos expertos aseguran que estas operaciones serían más baratas, operativas y eficaces si tuvieran un carácter estable y estuvieran en estado de alerta permanente, al menos un número determinado de ellas. No obstante, el Secretario General no se muestra partidario de crear una fuerza permanente, a la que considera poco práctica e inadecuada (44), prefiriendo "fuerzas a la carta" de varios tamaños y configuraciones. Sin embargo, su repetida petición de que los Estados pongan a su disposición varias unidades militares para las OMP,s aunque tiene sentido y es necesario para el buen funcionamiento de las mismas, no se cumple con la rapidez y la cantidad que las circunstancias y el mismo demandan.

Por último, queda el problema de la organización. Es un aspecto condicionado por los problemas anteriores, ya que la acumulación de éstos dificulta las respuestas organizativas a las intervenciones. El problema se manifiesta sobre todo en la deficiente coordinación entre los distintos actores implicados: políti-

cos, militares, administradores, planificadores y ejecutantes. En este sentido, y en sucesivos pasos para solucionarlos, los modelos de operaciones han evolucionado desde las primeras en las que NU,s, a través de su estructura civil, mantenía un gran protagonismo en la cadena de mando, hasta las últimas (a partir de ONUSOM II), en donde se aprecia una cadena de mando en la que el liderazgo está cedido a un miembro de NU,s (en concreto a EE.UU.), e incluso a una organización de Defensa, que ocupa el papel de socio principal aunque no lidera la operación sino que actúa bajo mandato de NU,s (45).

EL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE NACIONES UNIDAS

Cuando los mecanismos de prevención y regulación se muestran insuficientes o incapaces para frenar un proceso conflictivo y éste degenera en una guerra abierta o en una situación en la que se violan de forma grave derechos humanos elementales, cabe formular la cuestión de si las NU,s deben y pueden articular una respuesta coercitiva de tipo militar, capaz de paralizar la escalada conflictiva, restablecer una situación previa determinada, o imponer una de nueva sin el necesario consentimiento de las partes implicadas en el conflicto.

Algunas OMP,s han fracasado o han quedado seriamente limitadas por la incapacidad normativa y material de las fuerzas intervinientes para usar la fuerza en un momento dado. En los conflictos abiertos su presencia ha estado simplemente vedada, con lo que la ONU no ha tenido posibilidad alguna de intervenir directamente mediante la fuerza con objeto de imponer un determinado orden.

Aunque el tradicional carácter pacífico de las OMP,s pueda mantenerse en el futuro, para actuar en algunos escenarios, previo consentimiento de las partes, es indudable que la intervención por la fuerza y sin ese consentimiento puede ser una necesidad para terminar con algunas situaciones de violencia, una vez se han agotado todos los medios pacíficos y se respeten determinadas condiciones establecidas de antemano para el uso

de esa fuerza. El mismo Secretario General de la ONU ha reconocido la necesidad de llevar a efectos acciones coactivas en especiales circunstancias, sobre todo cuando no se respetan acuerdos de alto el fuego (46).

Establecida la necesidad de la respuesta en fuerza de las NU,s en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, analizaremos ahora el apoyo jurídico internacional que esta propuesta tiene. En este sentido la Carta de la ONU no prohíbe ni impide el establecimiento de una fuerza coercitiva de carácter internacional, sino que por el contrario lo contempla explícitamente.

La función primordial y primer propósito de NU,s es el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales y como se establece en el artículo 1, número 1, de la Carta, con tal fin la Organización deberá *"tomar medidas colectivas eficaces para prevenir, eliminar las amenazas a la paz y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz"*, cuando fallan las medidas del Capítulo VI (arreglo pacífico de controversias).

El Capítulo VII de dicho texto, que posibilita todo el aparato coactivo de la Organización, contiene referencias sobre la eventualidad de *"hacer uso de la fuerza"* (art. 49) y *"ejercer la acción que sea necesaria"* (art. 42), así como recomendaciones para que los Estados miembros mantengan contingentes *"para la ejecución combinada de una acción coercitiva internacional"* (art. 45).

El Secretario General de NU,s recomendó en 1992 (47) la creación de unas Unidades de Resguardo de la Paz, diferentes a las FMP,s, con capacidad para reaccionar ante una agresión abierta, inminente o real. Son fuerzas, por tanto, que irían más allá de la pacificación, en la medida en que se desplegarían sin el consentimiento expreso de las partes, y que suelen denominarse de diferentes formas, según quién las proponga: Fuerza de Respuesta Rápida. Fuerzas de Imposición, Fuerzas de Intervención, Fuerzas Permanentes de Paz, Fuerzas de Despliegue Rápido, etcétera.

Estas Unidades tendrían las siguientes características:

- Actuación en circunstancias claramente definidas y con mandatos especificados de antemano.

- Proceder de los Estados miembros de la ONU.
- Estar en situación de alerta permanente.
- Sus efectivos son voluntarios, mejor armados que las FMP,s y con un entrenamiento específico en sus respectivos países.
- Despliegue y funcionamiento con el consentimiento del Consejo de Seguridad.

Como puede verse, Boutros-Ghali no solicita tener unas fuerzas propias, al menos de momento. Reclama unas fuerzas semi-permanentes, basadas en unidades ya existentes a nivel nacional, que serían puestas a su disposición por los Estados. Es decir, unas *"fuerzas a la carta"*, adaptables a diferentes situaciones.

Es obvio que antes de usar estas fuerzas de imposición, las NU,s deberá agotar previamente todos los recursos no militares, en particular los señalados por el artículo 33 de la Carta respecto al arreglo pacífico de las controversias: la negociación, la investigación, la mediación, el arbitraje, el arreglo judicial y el recurso a organismos o acuerdos regionales. En cualquier caso, el establecimiento de un mecanismo disuasivo de carácter militar ha de estar vinculado a todo el proceso de tratamiento de un conflicto, desde la fase preventiva hasta la reguladora. Esta vinculación dará mayor fuerza a la acción preventiva, puesto que las partes involucradas tendrán la certeza de que NU,s podrá activar su capacidad impositiva.

Expertos internacionales han señalado la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación y planificación para conseguir que esa capacidad coercitiva sea eficaz. Para Urquhart ello presupone *"un elevado grado de consistencia en el trabajo del Consejo de Seguridad"*, lo cual requerirá *"un serio y continuo trabajo de equipo y planificación de contingencias, incluyendo la disponibilidad de fuerzas, estructura de mando y logística"* (48).

Precisamente, esta *"disponibilidad de fuerzas"* por parte de las NU,s es la clave de todas las medidas coercitivas a que se refiere el artículo 42 de la Carta: *"si el Consejo de Seguridad estimase que las medidas de que*

se trata el artículo 41 (que no implican el uso de la fuerza) fueran inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de las Naciones Unidas".

Sin embargo, para llevar a efecto las medidas del artículo 42 es necesario cumplir las previsiones del artículo 43 que establece:

1. *"Todos los Miembros de Naciones Unidas, con el fin de contribuir al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad, cuando éste lo solicite, y de conformidad con un convenio especial o con convenios especiales, las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales."*

2. *"Dicho convenio o convenios fijarán el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, como también la naturaleza de las facilidades y de la ayuda que habrán de darse."*

En definitiva: para cumplir el artículo 42 habría que poner en marcha la creación de un complejo de fuerzas militares al servicio de las NU,s mediante la celebración de Convenios especiales, acuerdos que no se han concretado en toda la vida de la Organización, por lo que el artículo 43 está aún por estrenar.

La propuesta de Boutros-Ghali en su Programa de Paz viene a complementar y urgir el cumplimiento de las previsiones del artículo 43 en un doble sentido:

- Mediante la creación de las referidas Unidades de Resguardo de la Paz (URP,s). Aunque el Secretario General advierte que esas Unidades deberían interpretarse como una forma de presión para que las partes interesadas cumplan

con las medidas provisionales que el Consejo de Seguridad juzgue aconsejables, tal como señala el artículo 40 de la Carta, en realidad está dando vía libre a la posterior creación de unas fuerzas que puedan actuar bajo el amparo del artículo 43, con misiones bien diferentes a las realizadas tradicionalmente por las FMP,s.

- Sugiriendo que, de acuerdo con el artículo 43 de la Carta, los Estados miembros se comprometan a poner a disposición del Consejo de Seguridad las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades que sean necesarias para los propósitos del artículo 42, y no sólo para casos determinados, sino de modo permanente (49). El Secretario General recuerda que en la situación que surgió en 1990 entre Irak y Kuwait, en lugar de recurrir a estas fuerzas armadas, el Consejo prefirió autorizar a los Estados miembros para que adoptaran medidas en su lugar, precisamente, entre otras cosas, por la inexistencia de esas fuerzas a disposición del Consejo de Seguridad (50).

Para ello, Boutros-Ghali recomienda que el Consejo de Seguridad inicie negociaciones con los miembros de NU,s para la firma de los convenios especiales especificados en el artículo 43, y que en estas negociaciones aquél esté apoyado por el Comité de Estado Mayor, cuya composición podría ampliarse para ser más representativo, con arreglo al párrafo 2 del artículo 47 de la Carta, mediante la incorporación de países no miembros del Consejo.

En los meses posteriores a la presentación de su Programa, Boutros-Ghali ha insistido y concretado sus propuestas. En agosto de 1992 declaró que cada país ha de poder formar en su propio ejército una unidad que, por definición, pueda ser entrenada por la ONU, y puesta a su disposición en 24 horas. De lograr este objetivo con 10 países, podría tener en 24 horas un total de 24.000 soldados. De otro modo, manifestó, la ONU no sería capaz de enviar tropas antes de tres meses.

Asimismo, el Secretario General sugirió la creación de una unidad de planificación de las OMP,s así como un centro de operaciones.

Aunque la petición estaba centrada en las FMP,s puede deducirse que también es un aviso para poner en marcha las URP,s. Meses después de su demanda, en abril de 1993, empezó a funcionar en un edificio anejo a la ONU una pequeña "sala de situación" sobre las OMP,s embrión de lo que en el futuro podría ser una sala del Estado Mayor de la ONU, que permite informar al Secretario General de cuanto sucede en cualquier parte del mundo donde hay presencia de "cascos azules". En este centro de planificación militar trabaja un pequeño grupo de oficiales superiores cedidos por sus respectivos gobiernos.

A finales de octubre del mismo año, el Consejo de Seguridad propone a los Estados Miembros que ofrezcan tropas para las OMP,s con el propósito de actuar con rapidez en emergencias internacionales. En la reunión del Consejo de Seguridad de finales de enero de 1992, el presidente Mitterrand ya aseguró que Francia estaba dispuesta a poner a disposición del Secretario General, en todo momento y en un plazo de 48 horas, un contingente de 1.000 hombres para las operaciones de mantenimiento de la paz. En la misma reunión, Rusia manifestó igualmente su disposición a desempeñar un papel práctico en las operaciones de NU,s para el mantenimiento de la paz y contribuir con apoyo logístico (51).

Se han dado, por tanto, los primeros pasos para desarrollar y potenciar el sistema coercitivo de NU,s, pero de momento con reticencias a la hora de agotar las posibilidades que ofrece la misma Carta y, por supuesto, a introducir nuevas variantes. Se acepta de buen grado poner a disposición de NU,s una o varias unidades militares nacionales para OMP,s, pero hay resistencia cuando se trata de ofrecer fuerzas para las URP,s o algo similar, dado que con toda probabilidad, estas últimas podrían entrar en combate. En la Memoria de 1993 sobre la labor de la Organización, Boutros-Ghali también lo ha señalado, al afirmar que "cada vez en mayor medida, las fuerzas de Naciones Unidas se ven destacadas en zonas de conflicto donde las grandes potencias no quieren aventurarse y son renuentes a tomar las difíciles decisiones

que plantea una nueva era de amenazas a la paz".

Por lo que concierne al volumen de estas fuerzas permanentes de la ONU existen variadas opiniones, si bien estará en función de las misiones que deban cumplir —dependiendo si son FMP o URP— y del ritmo del proceso de transferencia. Las operaciones de Somalia y Yugoslavia han requerido más de 25.000 efectivos y la de Camboya superó los 19.000, mientras que la Guerra del Golfo supuso la movilización de miles de soldados.

El Secretario General de la ONU ha manifestado que precisaría un mínimo de 25.000 efectivos para la FMP dado que a mediados de 1992 el personal militar ya implicado en todas las OMP,s superaba los 38.000 efectivos, que han aumentado a más de 76.000 pocos meses después. Algunos analistas han señalado que el tamaño de la fuerza dirigida por el Consejo de Seguridad ha de ser práctica y tener un nivel similar al de un cuerpo de ejército, esto es, dos o tres divisiones, con unos 35.000 efectivos, además de las fuerzas aéreas y navales pertinentes.

Es importante resaltar que para que estas fuerzas sean realmente eficaces, deberán tener un importante nivel de mando, control, comunicaciones e información (C3I). Por su naturaleza multinacional, deberían distinguirse además por funcionar con un elevado grado de cooperación, con lo cual, como ha observado Eberle (52), las fuerzas de paz de NU,s funcionarían, no con C3I, sino con C4I.

También se han apuntado otros aspectos condicionantes para la organización de estas fuerzas. Por ejemplo, su auténtico carácter internacional, lo que llevaría a que ningún país pueda aportar más del 15 por 100 del total de los efectivos de la ONU, o el 25 por 100 en una sola operación, con excepción de aquellas que precisen un reducido número de efectivos.

Igualmente, en su reclutamiento, no deberían aceptarse criterios étnicos o religiosos (53), ya que esta selectividad chocaría frontalmente con la pretensión de que las fuerzas de la ONU representen la realidad y la variedad de la sociedad internacional.

La eficacia y operatividad de estas fuerzas

exigiría también una instrucción conjunta en centros preparados específicamente para esta finalidad. En esta línea las propuestas de crear un Colegio de Defensa de la ONU son oportunas y razonables. Por otro lado, para reforzar la descentralización de la organización y lograr una mayor operatividad y economía de movimientos de personal y logísticos, estas fuerzas permanentes podrían estar desplegadas en varias bases, aprovechando en algunas ocasiones la red de instalaciones militares que las principales potencias militares tienen en el mundo. Algunos profesionales opinan que el mundo podría dividirse en varias regiones, instalando en cada una de ellas unas "bases operativas avanzadas" (FOB) (54).

Por último, habría que hacer efectivas las previsiones del artículo 47 de la Carta respecto a la creación de un Comité de Estado Mayor, con la función de asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, uso de la fuerza y desarme. Este Comité, integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, tendría a su cargo, bajo la autoridad del Consejo, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición de NU,s. La puesta en funcionamiento de este Comité, reivindicada tradicionalmente por la antigua URSS, ha estado siempre bloqueada por la actitud negativa de los Estados Unidos.

En definitiva, como se ha subrayado (55), lo verdaderamente trascendente es que el uso de la fuerza por parte de Naciones Unidas implicará desarrollar y aplicar todo un corpus de derecho internacional que transformará y recortará las soberanías de los Estados en caso de ser aplicado. Como ha reconocido el mismo Boutros-Ghali, "es indudable que la vieja doctrina de la soberanía absoluta y exclusiva no se sostiene... Subrayar los derechos de las personas y de los pueblos es una dimensión de la soberanía universal que reside en toda la humanidad y concede a todos los pueblos la posibilidad legítima de participar en asuntos que afectan al mundo en su conjunto". Y esto será difícilmente alcanza-

ble si no se avanza seriamente en las tareas de desarme, la diplomacia preventiva y la reforma de las estructuras, en particular del Consejo de Seguridad. Sólo así las NU,s se convertirían en un instrumento real de seguridad colectiva que podrá establecer las bases necesarias para legitimar el recurso a la fuerza y garantizar el uso justo y no partidista de la misma.

REFLEXIONES FINALES

La institución de las Naciones Unidas fue concebida para la garantía definitiva de la paz y estabilidad mundiales y ha sido en estos cincuenta años escenario de muchos de los grandes acontecimientos de este siglo.

En el contexto del nuevo orden mundial conformado en la postguerra fría, la ONU ha demostrado su capacidad de actuar en defensa de la legalidad internacional y su presencia se ha hecho cada vez más tangible en un amplio espectro de actividades e intervenciones, pero aún no ha llegado a alcanzar ese status de garante de la paz mundial que motivó su nacimiento. Existe la convicción generalizada de que si la ONU quiere convertirse en lo que todos desean, debe afrontar ineludiblemente un profundo proceso de adaptación a un mundo mucho más vivo, mutable y multilateral del que imperaba en 1945.

Los cambios evidentes en el escenario internacional y de sus actores y la multiplicación de las actividades de NU,s exigen una serie de actuaciones que incidan en su estructura y funcionamiento. La reforma del Consejo de Seguridad, el saneamiento de las finanzas, el futuro de las OMP,s, la legitimación del aparato coercitivo e interventor y su doctrina —cuya credibilidad ha sido puesta en duda en el conflicto de Bosnia-Herzegovina— y las nuevas iniciativas en materia de desarme, etc., son sólo algunos de los retos que debe solventar la Organización.

El giro copernicano operado en el panorama geopolítico y geoestratégico ha llevado inexcusablemente aparejado un cambio en la doctrina de la ONU en el concierto mundial. Aunque en el plano formal se mantiene el principio de la soberanía interna de los Estados, la ONU ha evolucionado hacia un cre-

ciente interés por la relación de los gobiernos por sus pueblos, más allá de la tradicional preocupación por el comportamiento internacional de sus miembros. Este cambio, apoyado en una amplia aceptación de la Carta de los Derechos Humanos, tiene su punto de inflexión en la aplicación de la condena y aislamiento a Sudáfrica en 1963, pero tras el final de la guerra fría se ha hecho más evidente. Hoy la multiplicación de las amenazas de guerras civiles y conflictos de minorías (refugiados, cambios de fronteras, etc.) se ha convertido en uno de los principales desafíos de la Organización.

El uso de la fuerza ha generado una difícil disyuntiva sobre el futuro papel de la ONU. Entre las tendencias para que asuma el papel de gendarme mundial en pos de un intervencionismo que amenaza rebasar el campo de lo puramente humanitario, otros apuestan para que conserve su estatuto de neutralidad, posición que permitiría a la Organización mantener su capacidad mediadora intacta con el fin de apoyar la construcción de soluciones pacíficas a los conflictos. No es probable, en este sentido, que la intervención en la Guerra del Golfo sirva de modelo para futuras acciones. Por el contrario, el fuerte componente político de los conflictos actuales favorecerá, en opinión de los analistas, la existencia de unas Naciones Unidas cuya estrategia se base en una combinación adecuada de la diplomacia preventiva y el uso restringido de la fuerza para mantener la paz.

La magna cumbre que se celebró en 1995, con motivo del 50 Aniversario de la Organización, sirvió para poner de relieve muchos de estos problemas y como recordatorio para los éxitos y fracasos. Recibió el espaldarazo de 180 líderes políticos de todo el mundo, pero no se abordó decididamente la puesta en ejecución de las medidas necesarias para corregir aquéllos, aunque la declaración final instaba a todos los países a dar al siglo XXI unas Naciones Unidas equipadas, financiadas y estructuradas "para ofrecer un mayor servicio a la humanidad". Pero para cumplir esta aspiración es necesaria una renovación de la ONU en sus múltiples dimensiones, y esto es indudablemente uno de los mayores retos que tiene ante sí la Comunidad internacional en el siglo que termina.

NOTAS

(1) Vicenç Fisas. "El Desafío de las Naciones Unidas". Seminario de investigación para la paz. Zaragoza, Ed. Icaria, 1994.

(2) En síntesis mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones basadas en el principio de igualdad de derechos, realizar la cooperación internacional en la solución de problemas y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

(3) "Programa de paz" de julio de 1992. Además se señalaba que la labor de las Naciones Unidas debería perseguir estos cinco objetivos esenciales: Diplomacia preventiva; establecimiento de la paz; mantenimiento de la paz; consolidación de la paz y eliminación de las causas profundas de los conflictos.

(4) Tan sólo se logró un consenso sobre la necesidad de ampliar a más de 15 países -cinco permanentes con derecho de veto y 10 provisionales por periodos de 2 años- el Consejo de Seguridad, la máxima instancia de la Organización.

(5) Maurice Bertrand. "Le nouveau rôle de l'ONU". Gríp, 1993.

(6) Johan Galtung. "Presente y futuro de las Naciones Unidas". Seminario de Investigación por la paz, 1993. Zaragoza.

(7) Vicenç Fisas. "El Desafío de las Naciones Unidas", Icaria, 1994.

(8) Una propuesta razonable en este sentido podría ser que la raíz cuadrada de la población fuera el indicador del número de votos concedidos a cada país. Con esta fórmula, el más poblado (China) tendría 33 votos, seguido de la India con 29, EE.UU. con 15, Indonesia con 13 y Brasil y Rusia con 12. A España le corresponderían 6 votos y 111 países, todos ellos con menos de 4 millones de habitantes, tendrían únicamente 1 voto.

(9) El artículo 121 de la Carta establece: "mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad".

(10) En términos comparativos, este Presupuesto es equivalente al coste de un solo día de la operación "Tormenta del Desierto", o el de un Bombardero B-52, e inferior al presupuesto anual del Departamento de Bomberos de la ciudad de Nueva York.

(11) Ver Román D. Ortiz en "Crisis de madurez". Revista española de Defensa, Octubre 1995. La Conferencia sobre Desarrollo y Comercio (UNCTAD) y la Operación de Desarrollo Industrial (ONUDI) podrían ser dos de los principales candidatos a la disolución.

(12) Siguiendo la solicitud hecha por la Resolución 47/62 de la Asamblea General de fecha 11-12-92, el Secretario General invitó a todos los Estados miembros a presentar observaciones por escrito sobre la revisión de la composición del Consejo de Seguridad, incluyendo el tema del aumento de sus miembros.

(13) En concreto, se tiene en cuenta su contribución "al mantenimiento de la paz" y a una distribución geográfica equitativa. Esta última condición ha sido reglamentada por la Resolución 1991 A (XVIII), en el sentido de que deberán ser elegidos cinco Estados de África y Asia, uno de Europa Oriental, dos de América Latina y dos correspondientes a Europa Occidental y "otros Estados". (Ver Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, 1990.)

(14) En la segunda Conferencia para unas Naciones Unidas más Democráticas (CAMDUN-2), celebrada en Viena en septiembre de 1991, se hicieron propuestas concretas relativas a esa cuestión, además de las generales sobre la reforma del conjunto de la ONU. En síntesis, los miembros

de CAMDUN proponen ampliar el Consejo de Seguridad a 18 miembros, abolir el derecho de veto, rebautizado como "Consejo de Paz y Seguridad", y establecer un Comité permanente de la Asamblea General, formado por 15 miembros rotativos y representativos a nivel geográfico, que controlaría las actividades del Consejo. ("El Desafío de las Naciones Unidas, Vicens Fisas, Icaria, 1994.)

(15) En la Memoria Anual de 1982, el entonces Secretario General, Pérez de Cuéllar, ya solicitaba el desarrollo de una mayor capacidad para investigar directamente las áreas potencialmente conflictivas. En la de 1989 señalaba que "de cara a activar el potencial de la Organización para evitar las guerras, es necesario plantearse claramente desde el comienzo de la necesidad de una discusión sobre las situaciones que se prevé pueden estallar. Un requisito previo para este objetivo es la información oportuna, precisa e imparcial".

(16) Para ello se ha propuesto el establecimiento de una Fuerza de Intervención Rápida a disposición de la Organización, es decir, la creación de una lista de unidades de los países miembros que pudieran desplegarse en un corto plazo de tiempo. (Ver artículo de Román D. Ortiz en RID, de octubre 1995.)

(17) Brian Urquhart, Erskine Childers, "Un mundo con necesidad de conducción: las NN.UU. del mañana", Development Dialogue números 1-2, 1990.

(18) Brian Urquhart, "Learning from the Gulf", The New York Review of Books, citado por Vicens Fisas en "El desafío de las Naciones Unidas".

(19) Peter Malanczuk, "Humanitarian Intervention and the legitimacy of the use of force", Amsterdam, 1993.

(20) Baste recordar, entre otros, la inacción del Consejo de Seguridad en los casos de la ocupación de Timor por Indonesia, la de Chipre por Turquía, ataques de Turquía contra los kurdos o las violaciones de los derechos humanos en Arabia, Kuwait o Siria.

(21) Acento Editorial 1993. El contenido fundamental de este libro es la descripción de los diez casos más graves de poblaciones que se hallan en peligro de muerte: Ex Yugoslavia, Tuaregs, Mozambique, Somalia, Sudán, Irak, Nagorno-Karabaj, Sri Lanka y Perú. Su nexo común es la existencia de conflictos, violencia interna, movimientos de población motivados por crisis políticas, existencia de hambrunas, epidemias, etc., siempre en el contexto de una extrema tensión.

(22) Alain Joxe, "Humanitarismo o Imperio", Cuatro semanas número 1, febrero 1993.

(23) Monique Chemillier-Gendreau, "Injerencia, caridad y derecho internacional", Cuatro semanas número 1, 1993.

(24) Gerard Prunier, "Humanitaire: un droit hypocrite", Le monde des débats, 1993.

(25) Vicens Fisas, "El Desafío de las NN.UU.", 1994.

(26) José Juste Ruiz, "Características de los conflictos susceptibles de ser resueltos mediante Operaciones para el Mantenimiento de la Paz: De Corea a Yugoslavia", En Cuadernos de la Guardia Civil número 8, 1992.

(27) Carrillo, S. A. "La crisis constitucional de las NU.s", Madrid, 1966.

(28) Marrack Gouldings, "The evolving role of United Nations Peace - Keeping Operations", en the Singapore Symposium, United Nations, 1991.

(29) La Resolución 794/92, de 3 de diciembre 1992, marcó un precedente histórico al habilitar expresamente a los cascos azules por primera vez para imponer por la fuerza las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre ayuda humanitaria en Somalia.

(30) Así, la Resolución 897 del Consejo de Seguridad de NU.s de 4 de febrero de 1994 encomendaba a las fuerzas de ONUSOM-II las siguientes misiones: desarme de las partes, interposición, protección de las líneas de comunicaciones, medios y personas de todas las organizaciones de ayuda;

ayuda humanitaria y asistencia a los refugiados, reorganización de la policía y la judicatura y cooperar a la democratización.

(31) Vicens Fisas, en obra citada.

(32) Maurice Bertrand, "Las Naciones Unidas reducidas al papel de bomberos", Cuatro semanas número 7, agosto 1993.

(33) Actualmente hay tres operaciones que tienen más de 20 años (Palestina, India, Pakistán y Chipre) y otras dos que llevan funcionando más de 15 (Altos del Golán y Líbano). Hasta el presente, sólo 6 OMP.s (una quinta parte del total) han durado menos de un año.

(34) Boutros, Boutros-Ghali, "Un programa de Paz", Naciones Unidas, NY, julio 1992.

(35) Boutros, Boutros-Ghali, "Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización", 1993.

(36) Existen incluso propuestas como la del Secretario General de la UNESCO, el español Federico Mayor Zaragoza, para ampliar el campo de actuación de la ONU al ámbito ecológico mediante la creación de "Casco Verde" dedicados a la prevención y protección del medio ambiente. En el mismo sentido Noruega, que ha llegado a abogar por la creación de un Cuerpo de "tropas verdes" vinculado al Centro de las NU.s por la Asistencia Medioambiental.

(37) En este sentido, Bertrand (en obra citada) expone la existencia de tres análisis diferentes: Secretario General, Estados Unidos y resto de grandes potencias (Reino Unido, Japón, Alemania, Rusia y Francia) que únicamente aceptan la postura y el liderazgo de los EE.UU.

(38) Un Informe del Comité de Relaciones Exteriores del Congreso (mayo 1993), sobre política exterior estadounidense en la postguerra fría, recomendaba, entre otras cuestiones, un apoyo más activo del Departamento de Defensa a las OMP.s, una racionalización de la aportación norteamericana a estas operaciones y que EE.UU. dispusiera de fuerzas especialmente entrenadas por los mismos. En agosto del mismo año, Clinton firmó una directiva sobre OMP.s, en donde se señala que los EE.UU. están de acuerdo en una rápida expansión de estas operaciones en el mundo, aunque no se admite la propuesta de Boutros-Ghali de que la ONU disponga de unas fuerzas de despliegue rápido propias. Según la directiva, Estados Unidos aceptaría el mando de la ONU de las operaciones y que sus tropas se pusieran bajo su "control operacional", pero ordena a los mandos norteamericanos que mantengan canales de información por separado hacia las altas autoridades militares americanas, y autoriza a los mismos a desobedecer cualquier orden de la ONU que juzguen ilegal o "militarmente imprudente", término sumamente ambiguo que pone de relieve la escasa disposición estadounidense a someterse a las órdenes de un militar de otro país.

(39) Propuesta del Presidente Clinton ante la Asamblea General el 27 de septiembre de 1993.

(40) An Agenda for peace: "Preventive Diplomacy, Peacemaking and peace-keeping", New York, 17 de junio de 1992.

(41) Vicens Fisas, obra citada.

(42) Félix Arteaga Martín, "Los problemas del brazo armado de las NU.s", en revista Ejército, 1994.

(43) Durante más de 40 años, las OMP.s de Naciones Unidas han costado a la Organización una media de 75 millones de dólares anuales, algo perfectamente soportable para su presupuesto. Hasta 1991, ninguna operación de NU.s había superado los 200 millones de dólares de coste anual. Las de Somalia y la ex Yugoslavia, sin embargo, tienen cada una de ellas un presupuesto anual de unos 1.000 millones, y la de Camboya supera los 700. En 1992, el coste total de estas operaciones superó el presupuesto regular de la ONU y para fines de 1993 la previsión era de un gasto de 3.600 millones.

(44) Boutros, Boutros-Ghali, "Una nueva etapa para las NU.s", Política Exterior número 31, 1993.

[45] Ver artículo de Félix Arteaga Martín "Los problemas del brazo armado de las Naciones Unidas", citado.

[46] Boutros, Boutros-Ghali. "Una nueva etapa para las Naciones Unidas", Política Exterior número 31.

[47] Boutros, Boutros-Ghali. "Un programa de Paz". NY, julio 1992. La idea del Secretario General no es nueva puesto que en 1960 dos juristas, Greenville Clark y Louis Sohn, precursores del movimiento mundial contemporáneo, ya propusieron la creación de una Fuerza de Paz de NU.s de carácter permanente bajo el control de un Comité de Estado Mayor de la ONU integrado por pequeños países.

[48] Brian Urquhart. "The United Nations: From peace-keeping to a collective system". Adelphi Papers, 1991/92.

[49] Juan López de Chicherri y Salnz. "Las NU.s y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz". En Cuadernos de la Guardia Civil número 8. 1992.

[50] Precisamente, el funcionamiento de NU.s durante la Guerra del Golfo fue muy cuestionado cuando amplios sectores de opinión acusaron a la Organización de convertirse en un instrumento esencial para los intereses geopolíticos de EE.UU., su miembro más poderoso. Vicenç Fisas en obra ya citada y Richard Kalk en "Una oportunidad histórica". El País. 21-1-93.

[51] En esta misma línea, y en un discurso pronunciado ante la Asamblea General de NU.s el 22 de septiembre de 1992, el presidente de los Estados Unidos, George Bush, animó a todos los países miembros a crear unidades militares especiales que estén a disposición de la ONU cada vez que un país pida ayuda al mundo para resolver un conflicto. Para Bush, estas unidades deberían entrenarse juntas y aprender de países como Fidi, Noruega, Canadá y Finlandia, que tienen años de experiencia en el campo de la pacificación. También ofreció las bases norteamericanas para llevar a cabo la instrucción militar necesaria.

[52] James Eberle. "Aspectos militares de un programa de paz". United Nations Association. 1992.

[53] En julio de 1993, siete países islámicos (Pakistán, Malasia, Bangladesh, Irán, Turquía, Túnez y Palestina) propusieron el envío a Bosnia de 21.000 cascos azules procedentes básicamente de estos países musulmanes.

[54] Richard Connaughton. "Intervenciones Militares en 1990". Routledge, 1992.

[55] Monique Chemillier-Gendreau. "Injerencia, caridad y derecho Internacional". Cuatro Semanas. 1993.

USO DE ARMAS DE FUEGO EN ACTO DE SERVICIO (*)

SANTIAGO CABALLERO MENDEÑA
Comandante de la Guardia Civil

DESDE la creación del Cuerpo ha sido objeto de constante preocupación de todos los mandos el correcto uso de las armas reglamentarias en el cumplimiento de las misiones confiadas al Instituto; ya en una circular de 1846 el Duque de Ahumada advierte:

"...Varias veces algunos guardias civiles han desenvainado su sable contra paisanos desarmados. Para llegar a tal extremo es necesario que haya una grande necesidad de apelar a él pues todo guardia civil debe tener muy presente el lema de las antiguas espadas españolas «no me saques sin razón, ni me envaines sin honor» y pocas veces puede haber causa para desenvainarlo contra el paisano desarmado..."

Y en un claro ejemplo del exacto conocimiento de los límites de las funciones que se han asignado al Cuerpo y de energía con los abusos de la violencia, recordaba en una circular de 1845:

"...Estando constituidos por su mismo Instituto el ser los primeros auxiliares de la Justicia..., deben en las comisiones que se les confien de conducir criminales asegurar la existencia de éstos hasta que la Autoridad a quien corresponda les haga sufrir el castigo a que fueron acreedores, único medio que produce efectos saludables a la acción de la justicia. Decido corregir esta falta de celo y puntualidad en el servicio y exigiré la más estrecha responsabilidad a cualquier individuo del

(*) La legislación consultada para este artículo ha quedado, en lo referente al Código Penal y otras disposiciones, ya desfasada. Sin embargo, el espíritu y la esencia de este artículo siguen teniendo plena vigencia, de ahí su publicación.

Cuerpo, que por cubrir sus faltas se vea obligado a adoptar medios violentos..." (1).

Como vemos, el tema no constituye ninguna novedad, y estas sabias instrucciones sobre el uso de las armas, dignas de la escuela doctrinal más moderna, son de plena vigencia en la actual práctica diaria del servicio y en las múltiples situaciones que el mismo depara, cuando el guardia civil se ve forzado a emplear sus armas reglamentarias.

Ante estas situaciones, es necesario, y así se recoge en la normativa que veremos más adelante, formar e instruir exhaustivamente a nuestro personal sobre los "**supuestos excepcionales**" en los que el uso de las armas está legitimado, y por ello su actuación es ajustada a derecho y exenta de responsabilidad.

La sólida formación teórica de los agentes en esta materia, unida a la adecuada instrucción profesional en cuanto se refiere a los ejercicios de tiro de precisión e instintivo para adquirir dominio y seguridad en el manejo de las armas, logrando que los resultados del tiro se correspondan con la intención del tirador, contribuirán, por una parte, a evitar la indecisión e inseguridad de actuación que desemboca en la inhibición del agente, en graves consecuencias para su integridad o en exigencia de responsabilidad, y por otra parte a evitar graves consecuencias para los ciudadanos, a cuyo servicio nos debemos. La acertada intervención redundará en beneficio del Cuerpo y no dará ocasión de desprestigio ante la opinión pública.

No parece posible describir legalmente, con minuciosidad, todas las situaciones en las que los miembros de las Fuerzas de Seguridad pueden hacer uso de la fuerza, para mantener el orden, proteger la seguridad ciudadana, impedir o prevenir la comisión de hechos delictivos, etc., por lo que ante la variedad de los casos que pueden presentarse y que impiden una formulación concreta, la Ley ha optado por una solución más práctica, consistente en una minuciosa previsión de aquellos supuestos que afectan algunos derechos fundamentales de las personas, como detenciones, registros domiciliarios..., y en el resto de los casos, acudiendo a delimitaciones generales, que se concretan en principios

de actuación recogidos en distintas normas (2).

Ante ello, abordaremos en primer lugar el estudio de estos principios de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el empleo de la fuerza, para conocer los elementos constitutivos de las causas que posibilitan el uso legítimo de las armas, efectuando a continuación un análisis de los requisitos legales exigidos para que vengan en aplicación las causas de exención de responsabilidad que entran en juego cuando en estas actuaciones profesionales el agente ajusta su conducta a tales principios, finalizando con la exposición de los supuestos legales que operan cuando se sobrepasa el marco delimitado por los principios de actuación.

CRITERIOS DE ACTUACION EN EL EMPLEO DE LA FUERZA

Se hace necesario ponderar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (FCSE) sobre la base de unos principios o criterios que se derivan del Ordenamiento jurídico, explícita o implícitamente, a los cuales han de ajustarse tanto los miembros de las FCSE en su actuación, como quienes la valoran, desde dentro o desde fuera de ellas.

Y tanto desde dentro como desde fuera, esta valoración debe realizarse desde la perspectiva de ser dicho Ordenamiento traducción normativa de los valores que en cada momento impregnan la sociedad y cuya inmediata aplicación y garantía de su ejercicio se encomienda a las FCSE.

Aun a riesgo de incurrir en obviedad, debemos significar que esta perspectiva en la ponderación no será la misma en las sociedades de nuestra cultura que en otras de diferente entorno cultural, bastando con poner de manifiesto, a título de ejemplo, la igualdad ante la Ley por razón de sexo, que en nuestro entorno no es cuestionada, pero que no es un principio universalmente aceptado, o que en nuestra cultura actual repugnaría imponer una pena de azotes o de mutilación en ejecución de una sentencia condenatoria, aunque históricamente no haya sido así.

Desde esta consideración dinámica, valores sociales-Ordenamiento jurídico-aplicación inmediata y garantía de su ejercicio a las FCSE, es evidente que cada sociedad exige de sus Fuerzas de Seguridad una actuación acorde a los principios legislativos que son reflejo de estos valores, y para el conocimiento de tales principios en nuestra legislación surge como primera necesidad el estudio de la normativa internacional, no solamente por su valor como antecedentes históricos y legislativos, en cuanto nuestro Ordenamiento ha ratificado e incorporado los principios recogidos en ella, conforme a los artículos 1 y 3 del Código Civil, sino principalmente porque esta normativa internacional constituye expresamente fuente de interpretación de la legislación nacional, a tenor del artículo 10.2 de nuestra Constitución (CE).

ANTECEDENTES EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL

Hoy, declinando casi el siglo XX, puede afirmarse que los derechos humanos están plenamente asentados en la conciencia de la humanidad, y esta universal convicción ejerce una presión constante sobre los Estados que favorece la decisión de éstos de reconocer y positivizar unos derechos y libertades de los que ya los hombres no sabrían prescindir (3), y en el largo y arduo camino seguido para la positivación de los derechos humanos, la legislación internacional es consciente de la necesidad e importancia de establecer unos criterios de actuación de las Fuerzas de Seguridad, mostrando que esta preocupación no solamente no es actual, sino que además tampoco es local por afectar únicamente a un determinado ámbito geográfico, siendo trascendente para cualquier momento de la vida de todo Estado.

El pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y la realización de los fines de toda organización social, supone necesariamente la existencia de una sociedad en paz que disfrute del orden y la seguridad pública, y a este respecto, la policía juega un papel esencial, pues **en un Estado moderno la violencia se encuentra**

monopolizada en favor del propio Estado, quien la ejerce, fundamentalmente, a través de la Institución Policial, reservando a los ciudadanos un escaso margen en su ejercicio, como son los supuestos de legítima defensa, estado de necesidad, etc.

El ejercicio de esta violencia por parte de la policía se encuentra configurada de ordinario como un deber o una facultad, resultando una carga para los ciudadanos que han de soportarla en los supuestos establecidos en las leyes (4).

El Ordenamiento jurídico que deposita así en la policía el ejercicio institucional de la fuerza y la violencia, *impone también como límite a este ejercicio el deber de realizarla en el marco de los supuestos determinados en la propia Ley*, por cuyo motivo, cualquier conducta realizada como consecuencia de esta violencia no ha de considerarse prohibida ni por tanto antijurídica (5), estimando además las Organizaciones Internacionales, que el sistema de protección de derechos quedará reforzado si la policía dispone de reglas deontológicas que tengan en cuenta los derechos del hombre y las libertades fundamentales.

En este sentido, las disposiciones de las Organizaciones Internacionales de aplicación al asunto que tratamos, podemos considerar que son las siguientes:

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DUDH) de la Organización de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948 (6), única Declaración supraestatal con carácter universal (otras como la *Declaración americana* de Bogotá de 1948 o la *Convención de Roma* de 1950, que dio origen al Consejo de Europa, tienen sólo alcance continental).

Representa la expresión del deseo de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de *fundamentales*, estribando su importancia en que, *por primera vez, una Declaración es expresión de la conciencia universal* y formulada por un organismo que acoge a todas las

naciones: lo que antes se decía "desde el Estado", se afirma ahora "desde fuera del Estado", con el refuerzo que supone el consenso de la casi totalidad de los países del mundo (7).

Ahora bien, plantéase el problema de si esta Declaración constituye una positivación normativa de los derechos humanos o si, por el contrario, se trata sólo de simples formulaciones programáticas, meras aspiraciones que no tendrán, por consiguiente, fuerza vinculante ni serán vehículo de una auténtica positivación. La duda nace del hecho de que los acuerdos de la Asamblea General de la ONU no tienen, como es sabido, carácter de normas obligatorias para los Estados miembros, ya que se trata de meras "recomendaciones".

Sin embargo, es claro que todos los Estados están **moralmente obligados** a seguir las inspiraciones de la Declaración y **ajustar a ella su legislación interna**, constituyendo fuente de inspiración e interpretación tanto de ésta como de otras disposiciones internacionales, como veremos a continuación.

Y no faltan autores que le reconocen una condición auténticamente jurídica; el profesor TRUYOL, por ejemplo, afirma que "la declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU, y como tal, fuente de un "derecho superior", un *higher law* cuyos principios no pueden desconocer sus miembros (8).

Así, dicha Asamblea General proclama la Declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por *medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos*, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios bajo su jurisdicción, estableciendo en su articulado unos principios luego efectivamente acogidos y positivados por los ordena-

mientos internos, de los que transcribimos seguidamente aquellos que aquí interesan, citando los correspondientes artículos de nuestra Constitución en los que se encuentran recogidos.

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona." Artículo 3 DUDH, artículos 15 y 17 CE.

"Todos son iguales ante la Ley, y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley..." Artículo 7 DUDH, artículo 14 CE.

"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los Tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley." Artículo 8 DUDH, artículos 24 y 53 CE.

"Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa." Artículo 11.1 DUDH, artículo 24 CE.

Y también de interés son los artículos 29 y 30 de la DUDH, en los que se dispone:

Art. 29.1. Toda persona tiene *deberes respecto a la comunidad*, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará **solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.**

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Art. 30. Nada en la presente Declaración

podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

CONVENCION DE SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (CEDH) de los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, dictada en Roma el 4 de noviembre de 1950 (9).

Considerando que la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiende a asegurar el reconocimiento y aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados, realfirma una concepción común y un común respeto por los derechos del hombre que en ella se invocan, considerando igualmente que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios de alcanzar esta finalidad es la salvaguardia y desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Recogemos como disposiciones de nuestro particular interés los siguientes artículos:

Art. 2.1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un Tribunal en el caso en que el delito sea castigado con esta pena por la Ley.

2. La muerte *no se considerará infligida con infracción del presente artículo* cuando se produjere a consecuencia de un recurso a la fuerza que sea *absolutamente necesario*:

a) Para asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal.

b) Para efectuar una detención legal o para impedir la evasión de una persona detenida legalmente.

c) Para reprimir, de conformidad con la Ley, una revuelta o una insurrección.

Art. 5.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser pri-

vado de su libertad, salvo en los casos... y con arreglo al procedimiento determinado por la Ley.

Art. 6.2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida.

Art. 17. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en dicha Convención.

Art. 18. Las restricciones que, en los términos de la presente Convención, se pongan a los citados derechos y libertades no pueden ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

Art. 60. Ninguna de las disposiciones de la presente Convención será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos del hombre y libertades fundamentales *que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier alta parte contratante o de cualquier otro convenio en el cual sea parte*.

Como vemos, la Convención, de la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido que obliga a los Estados (10), introduce supuestos excepcionales como límites y restricciones a los términos absolutos de la DUDH, en función de la peculiar idiosincrasia continental en el momento histórico en el que fue dictada, pero con las importantes previsiones contenidas en sus artículos 17 y 60, anticipándose a una aplicación o interpretación desmesurada de ciertas facultades reconocidas a Estado por la citada Convención.

Disposición de especial importancia en el tema que nos ocupa es el artículo 2, por cuanto el contenido de los apartados a), b) y c) de su punto 2 constituyen de ordinario para las FCSE un deber y una obligación de actuar, encomendándole específicamente la sociedad como misiones las que se enuncian en ellos.

Nuestro Ordenamiento jurídico está vinculado por esta disposición, debiendo incorporar y desarrollar su contenido, lo que realiza, según tendremos ocasión de ver más adelante, con una concepción superadora que encuentra amparo en el artículo 60 antes citado, lógica consecuencia de la evolución y adecuación del Derecho a la realidad social, como reflejo normativo de la dinámica de sus valores, en un sistema como el nuestro que sitúa a la vida, como valor supremo de nuestra cultura, en la cúspide de la jerarquía de los bienes jurídicos "en la medida que la vida no es un bien jurídico disponible" (11), que tiene abolida la pena de muerte y que reconoce como principio básico de la actividad administrativa, entre otros, el de proporcionalidad.

No sucede lo mismo en otros Ordenamientos, baste anticipar aquí el **artículo 53 del Código Penal italiano:**

"A tenor de las disposiciones contenidas en los dos artículos precedentes, no es punible el Oficial público que a fin de cumplir un deber del propio oficio hace uso u ordena hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física cuando está obligado por la necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la Autoridad y, de todas formas, cuando haya de impedir la consumación de los delitos de estragos, naufragio, inmersión, desastres aéreos, desastres ferroviarios, homicidio voluntario, atraco a mano armada y secuestro de personas. La misma disposición se aplica a cualquier persona que, requerida por el Oficial público, les preste ayuda. La ley determina los otros casos en los cuales está autorizado el uso de las armas o de otro medio de coacción física."

Y en el mismo sentido la Ley núm. 100 de 4 de marzo de 1958, reguladora del uso de armas por parte de militares y de los agentes de policía judicial en servicio en la frontera y en zona de vigilancia, que en su artículo 1 exceptúa de la prohibición del uso de las armas, además de los supuestos contemplados en los artículos 52 (legítima defensa) y 53 del Código Penal, "cuando:

- a) El contrabandista esté armado.
- b) El contrabando sea cometido en tiempo de noche.
- c) Los contrabandistas actúen agrupados en no menos de tres personas" (12).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS (PIDC) de los Estados partes en el acto, dictado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (13).

Reconociendo con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no poder realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, **a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos,** tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, compromete en su artículo 2 a cada uno de los Estados partes en el Acto a "Respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto", y a "Adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter".

En su artículo 6.1 dispone: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Y en el artículo 9.1: "Todo individuo tiene derecho a la **libertad** y a la **seguridad** personales..."

CODIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY (14), de la Asamblea General de la ONU en su 106 sesión plenaria de 17 de diciembre de 1979.

Consciente de que la naturaleza de las funciones de aplicación de la Ley en defensa del orden público y las formas en que dichas funciones se ejercen tienen una repercusión

directa en la calidad de vida de los individuos y de la sociedad en su conjunto y de las importantes tareas que los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley llevan a cabo concienzuda y dignamente de conformidad con los principios de los derechos humanos, *no obstante las posibilidades de abuso que entraña el ejercicio de esas tareas*, y recordando, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, reconoce que el establecimiento de un Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley es solamente una de varias medidas importantes para garantizar la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos a quienes dichos funcionarios sirven.

Es asimismo consciente de que existen otros importantes principios y requisitos PREVIOS para el desempeño humanitario de las funciones de aplicación de la Ley, entre otros:

a) Que, al igual que todos los organismos del sistema de justicia penal, todo órgano de aplicación de la Ley debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella.

c) Que todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley forma parte del sistema de justicia penal, *cuyo objetivo consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia* y que *la conducta de cada funcionario del sistema repercute en el sistema en su totalidad*.

e) *Que las normas en sí carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley.*

A continuación de estas consideraciones de su preámbulo, expone en Anexo el Código de Conducta, del que resaltamos como disposiciones especialmente operativas para nuestra exposición, las siguientes:

Artículo 1. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley cumplirán en todo

momento los deberes que les impone la Ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión."

Artículo 3. "Los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas."

DECLARACION SOBRE LA POLICIA (15) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1979.

En esta Disposición se considera que *"la policía juega un papel fundamental en la garantía del pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos y por otros instrumentos nacionales e internacionales"*, en cuanto ello *"supone necesariamente la existencia de una sociedad en paz que disfrute del orden y de la seguridad pública"*, estimando que la policía es *"frecuentemente llamada a intervenir en condiciones peligrosas para sus agentes"*, y que sus funciones *"se encuentran todavía complicadas porque las reglas que conducen a sus miembros no son definidas con una precisión suficiente"*, y asimismo que *"el sistema europeo de protección de derechos del hombre quedará reforzado si la policía dispone de reglas deontológicas que tengan en cuenta los derechos del hombre y las libertades fundamentales"*, siendo deseable que *"los funcionarios cuenten con el apoyo tanto moral como físico de la comunidad a la cual sirven"*.

El pragmatismo y acercamiento a la realidad cotidiana de estas afirmaciones muestran lo recomendable de la lectura íntegra y reflexiva de esta Resolución, que en su contenido, y referido en cuanto a lo que ahora nos importa, recoge en el capítulo dedicado a ética profesional:

"1. Corresponde a todos los funcionarios de policía cumplir los *deberes* que le impone la Ley protegiendo a sus conciudadanos y a la colectividad contra la violencia, los actos depredatorios y otros actos perjudiciales definidos por la Ley.

12. En el ejercicio de sus funciones, el funcionario de policía debe actuar con toda la determinación necesaria, sin jamás recurrir a la fuerza *más de lo razonable* para cumplir la misión exigida o autorizada por la Ley.

13. Es *necesario* dar a los funcionarios de policía instrucciones claras y precisas sobre la manera y circunstancias en las cuales debe hacer uso de sus armas."

Así pues, al miembro de las FCSE, como a cualquier otro profesional, se le ha de ofrecer un sistema operativo de estándares o principios rectores a los cuales debe ceñirse y que le permitan guiar jurídicamente su actuación. No basta afirmar que las FCSE deben respetar, en su actuación, los Derechos Humanos. Eso no lo puede negar nadie. Es preciso decirle *cómo* (16), y para ello analizaremos seguidamente las opciones seguidas por nuestro Ordenamiento.

PRINCIPIOS BASICOS DE ACTUACION EN LA LEGISLACION NACIONAL

Los derechos fundamentales de nuestra Constitución —dice el Tribunal Constitucional— responden a un "sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico" (17).

Sin embargo, esos valores han de informar todo nuestro Ordenamiento jurídico, desde luego, pero porque han sido asumidos por nuestra Constitución, es decir, el sistema de valores al que responden los derechos fundamentales es el de la Declaración Universal y acuerdos internacionales, que no es un sistema axiológico sustante por sí mismo, su universalidad le viene dada por la universalidad de la Declaración de 1948 y por la internacionalidad de los acuerdos sobre derechos humanos, pero **es la Constitución la que, al asumirlos, les confiere jurisdicción** (18).

Y la Constitución es derecho vigente, inmediata y directamente alegable y aplicable, y corona, por ser la norma superior, el orden

jurídico vigente en España (19), que por tanto debe ser conforme a ella y que, para nuestro interés, se encuentra recogido, fundamentalmente, en las siguientes disposiciones:

CONSTITUCION ESPAÑOLA

Ya hemos puesto de manifiesto brevemente al tratar de la DUDH el paralelismo de nuestra Constitución con las disposiciones internacionales en los aspectos que aquí nos afectan, y así en su artículo 10.1 se determinan a la dignidad de la persona los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como *fundamento del orden político y de la paz social*, en el artículo 14 se reconoce la igualdad ante la ley, en el 15 el derecho a la vida y la integridad física y moral y la abolición de la pena de muerte, en el 17 el derecho a la libertad y a la seguridad y en el 24 el derecho a la tutela judicial y efectiva de los jueces y tribunales y a la presunción de inocencia.

Y ello sin perjuicio de los que en el futuro pudieran incorporarse en virtud de tratados válidamente celebrados por España, puesto que la tabla de derechos reconocidos por la Constitución está abierta, conforme a la recepción del Derecho Internacional que dispone el artículo 96.

Recepción ésta a la que la CE se muestra favorable, estableciendo además expresamente en su artículo 10.2 que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

A este núcleo esencial de derechos, la Constitución les dota de un sistema especial de garantías, establecido en su artículo 53 en los puntos 1 (reserva de ley y recurso de inconstitucionalidad) y 2 (procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad), en concordancia con los artículos 161 b) y 162.1 b); artículo 54 (Defensor del Pueblo) y artículo 168 (especial rigidez del procedimiento de revisión constitucional).

Con la misma finalidad garantista el artículo 9.1 sujeta a los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, y el artículo 9.2 establece la responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho, a tenor del artículo 103.1.

Esta sujeción y sometimiento tiene un alcance inusual entre nosotros; quiere decir, claro está, que todos, particulares y funcionarios, deben acatar la Constitución y el resto del orden jurídico.

Però quiere decir algo más: "estar sujetos" quiere decir también que la conducta de los agentes públicos o privados, estén o no conformes con la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, se tengan por lo que se tengan, *responden por sus hechos*. En suma, "estar sujetos" quiere decir que la última palabra sobre la licitud o la ilicitud de las conductas de los operadores públicos y privados la tiene el propio Ordenamiento (20).

En efecto, amén del artículo 1.1 CE, que es el germen de toda nuestra Carta Magna, tanto los artículos 9.1, 10.1 y 53.1, como los artículos 9.2 y 9.3, 53.2, 54, 162.1 b) y 168 CE suponen algo más que una declaración de bellas palabras: suponen la *esencia* misma de nuestro sistema político (21), y por ello, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas no equivale a un simple mandato al legislador sin fuerza para amparar por sí mismo (22), el hecho mismo de que la Constitución los dote de una especial tutela "no es sino confirmación de su aplicabilidad inmediata" (23).

Ahora bien, si una Constitución es, como decía la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, garantía de las libertades públicas y división de poderes, la importancia de los preceptos relativos a los derechos y libertades no necesita ponderación, si bien, a la postre, dependen en gran medida de la interpretación y aplicación que de ellos hagan los poderes públicos (24).

Y es en esta labor de aplicación donde se enmarca la función de las FCSE, lo que supone, ni más pero tampoco menos, **que los derechos reconocidos a los ciudadanos**

deben estar presentes en todo momento y gozar de materialización efectiva, de lo contrario, el Estado dejaría de ser el que define la realidad de España en el artículo 1.1 la Constitución (25).

Sólo de esta manera se garantiza la traducción de los derechos humanos en derechos fundamentales (26).

Por tanto, la valoración de la actividad estatal debe entenderse como *custodia y fomentadora* de los mismos, y en este planteamiento legal, la Constitución en el artículo 104.1 asigna a las FCSE la alta misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, estableciendo en el artículo 104.2 una reserva de Ley Orgánica a la que remite la determinación de los principios básicos de actuación de las FCSE.

ORDEN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1981 (27)

Los criterios de actuación recogidos en la Constitución y legislación internacional son incorporados al Ordenamiento interno mediante esta Orden, que en su preámbulo *reconoce a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como uno de los pilares básicos de los principios de justicia, libertad y seguridad*, al encomendarse a éstos, en la primera norma legal, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de seguridad ciudadana.

Igualmente en el preámbulo reconoce que "el Consejo de Europa, en su Resolución 690, relativa a la «Declaración sobre la Policía», ha fijado con carácter general estos principios, por lo que se hace necesario un acuerdo que... reconociendo el principio de reserva de ley proclamado en la Constitución, cubra el vacío existente en nuestro Ordenamiento jurídico —con carácter provisional hasta que se dicte la norma legal de rango adecuado..."

Con la pretensión de constituir fuente de inspiración de la política de promoción legislativa y de desarrollo de las competencias que en materia de seguridad ciudadana han de corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad del Estado, se acuerda establecer como principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y entre ellos y referentes a la materia que nos ocupa, los siguientes:

Primero. Los miembros de las FCSE estarán obligados a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano.

Segundo. Los miembros de las FCSE tienen como misión fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar el orden y la seguridad ciudadana, de acuerdo con el mandato constitucional y **demás normas legales y reglamentarias.**

Diez. En el ejercicio de su actuación profesional, los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán siempre con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran **adecuados y proporcionados** al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, **no hacer uso de la fuerza mas allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido** y evitar el daño a las personas o las cosas.

Dieciséis. Todos y cada uno de los componentes de las referidas Fuerzas y Cuerpos serán responsables personal y directamente, en la medida que corresponda, por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, infringiendo o vulnerando, de alguna manera, las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios que ahora se enuncian.

Diecinueve. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recibirán permanentemente una formación y preparación profesional que garantice el mejor cumplimiento de sus deberes fundamentales, así como una enseñanza apropiada en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Esta Orden es considerada por la jurisprudencia como **reglamento de actuación de las FCSE** en el que se determina la **extensión y alcance** de tal actuación, por lo que entendemos que, junto con la Ley Orgánica

de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS) que expondremos más adelante, constituye el antecedente inmediato y referente de los criterios a seguir en la ponderación de la actuación.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 29 de junio de 1990, "...Requiere que el agente haya actuado *dentro de la órbita de sus atribuciones, no tan sólo reglamentarias, recogidas en la Real Orden de 30 de septiembre de 1981, verdadera reglamentación en sentido amplio de la actuación de las FCSE, en la extensión y alcance que se dice en las Sentencias de 23 de julio y 11 de diciembre de 1987, sino también las determinadas en el caso concreto...*", y en esta última, "...La OM Interior de 30 de septiembre de 1981 impone unos límites para el empleo de medios de disuasión y defensa, en el sentido de que ha de ser **adecuado y proporcional** al alcance de las perturbaciones o daño producido, **procurando, en cualquier caso, no hacer uso de la fuerza mas allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido y evitar daños a personas o cosas...**"

Igualmente las SSTS de 13 y 17 de febrero 1986 y 16 de diciembre de 1991, "...conforme a los *criterios de adecuación y proporcionalidad* que... habian de tenerse en cuenta a estos efectos, dado que lo ordenaba la OM Interior de 30 de septiembre de 1981..."

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO (DSE) SOBRE CONTROLES POLICIALES EN CARRETERAS Y VIAS URBANAS, de 22 de febrero de 1982.

En armonía con las directrices emanadas de la legislación internacional expuesta, y consciente de la necesidad de equilibrio en la permanente tensión entre libertad y seguridad, considera que "resulta necesario impartir instrucciones sobre el establecimiento de controles policiales en carreteras y cascos urbanos de poblaciones, haciendo compatible las libertades y derechos de los ciudadanos,... con las exigencias de carácter profesional

que asisten a las Fuerzas de Seguridad del Estado como encargadas de mantener la seguridad ciudadana y proteger la pacífica convivencia, persiguiendo y deteniendo a los delincuentes".

Así, en su apartado 7º dispone que ÚNICAMENTE se hará uso de las armas reglamentarias en los casos siguientes:

a) Cuando la Fuerza actuante sea atacada con armas de fuego o agredida con objetos o instrumentos que puedan producirle lesiones físicas.

b) Cuando se atropelle o manifiestamente se intente alcanzar a la Fuerza actuante con el vehículo que se pretenda detener, o desde el mismo se produzca agresión de entidad suficiente que aconseje el uso de las armas, evitando en todo caso herir al ocupante y cumpliendo la **exigencia reglamentaria** de disparar al aire y, en caso necesario, a las ruedas del vehículo.

c) Cuando del comportamiento del ocupante u ocupantes del vehículo se deduzca, sin ningún género de dudas, que pretenden darse a la fuga, constanding su alta peligrosidad, previa identificación y comprobación suficientes, manteniendo el lema de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente.

Y en su apartado 8º, que "La Fuerza actuante habrá de prever los comportamientos anormales y las reacciones imprevistas de conductores ebrios, toxicómanos y delincuentes de escasa peligrosidad, en cuanto a posibles infracciones de las señales del control".

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO SOBRE UTILIZACION DE ARMAS DE FUEGO POR MIEMBROS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO, de abril de 1983 (28).

Con referencia a los inmediatos antecedentes normativos recogidos en las dos disposiciones antes expuestas, y consciente de las controversias suscitadas por la utilización de armas de fuego reglamentarias y de la res-

ponsabilidad penal derivada de su uso indebido, acreditada por una sólida doctrina jurisprudencial, trata, prioritariamente, de llenar el vacío normativo existente en la materia, conseguir las mayores cotas de seguridad para la colectividad y garantías suficientes para los propios miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al propio tiempo que da cumplimiento a lo dispuesto en la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa, cuando ésta dispone: "Es necesario dar a los funcionarios de Policía *instrucciones claras y precisas sobre la forma y las circunstancias* en las que pueden hacer uso de sus armas".

En su virtud, y teniendo en cuenta el derecho a la vida y a la integridad física consagrados por la Constitución, y con objeto de que la policía haga compatible el ejercicio de su función de proteger los derechos y libertades, con la garantía de la seguridad ciudadana, en esta Instrucción se intenta concretar los casos y circunstancias en las que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad *pueden y deben hacer uso de su arma reglamentaria*, excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización.

Ante la imposibilidad de una concreta formulación casuística, la Instrucción establece criterios a los que miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben atenerse en el uso de sus armas de fuego, conforme a las siguientes reglas:

1. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden utilizar sus armas de fuego **ante una agresión ilegítima** que se lleve a cabo contra el Agente de la Autoridad o terceras personas, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1.1. Que la agresión sea de tal intensidad y violencia que ponga en peligro la vida o integridad corporal de la persona o personas atacadas.

1.2. Que el Agente de la Autoridad considere necesario el uso de arma de fuego para impedir o repeler la agresión, en cuanto racionalmente no puedan ser utilizados otros medios, es decir, debe haber la debida **ade-**

cuación y proporcionalidad entre el medio empleado por el agresor y el utilizado por la defensa.

1.3. El uso del arma de fuego ha de ir precedido, si las circunstancias concurrentes lo permiten, de conminaciones dirigidas al agresor para que abandone su actitud y de la advertencia de que se halla ante un Agente de la Autoridad, cuando este carácter fuera desconocido para el atacante.

1.4. Si el agresor continúa o incrementa su actitud atacante, a pesar de las conminaciones, se debe efectuar por este orden, disparos al aire o al suelo, para que deponga su actitud.

1.5. *En última instancia*, ante el fracaso de los medios anteriores, o bien cuando por la rapidez, violencia y riesgo que entrañe la agresión no haya sido posible su empleo, **se debe disparar sobre partes no vitales** del cuerpo del agresor, atendiendo siempre al **principio** de que el uso del arma cause la **menor lesividad** posible.

1.6. *Solo en supuestos de delito grave*, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ante la fuga de un presunto *delincuente que huye*, deben utilizar su arma de fuego, en la forma siguiente:

a) Disparando únicamente al aire, o al suelo, con objeto exclusivamente intimidatorio —previas las conminaciones y advertencias de que se entregue a la Policía o Guardia Civil— para lograr la detención, teniendo, previamente, la certeza de que con tales disparos, por el lugar en que se realicen, no pueda lesionarse a otras personas y siempre que se entienda que la detención no puede lograrse de otro modo.

b) Disparando, en última instancia, a partes no vitales del cuerpo del presunto delincuente, *siempre que concurren todas y cada una de las circunstancias anteriores*, cuando le conste al Agente de la Autoridad, además de aquéllas, la extrema peligrosidad del que huye por hallarse provisto de algún arma de fuego, explosivos, o arma blanca susceptible de causar grave daño, siempre teniendo en cuenta el lema de la menor lesividad posible y el de que es preferible no detener a un delincuente que lesionar a un inocente.

Si se duda de la gravedad del delito, o no es clara la identidad del delincuente, no se debe disparar.

Disposición ésta de la máxima importancia, por cuanto no sólo positiva de forma concreta los principios rectores del uso de las armas de fuego, sino que además por primera vez se introducen las normas de actuación previas a este uso, a las que debe atenderse en su actuación el agente y a las que de modo estricto debe ajustar su conducta.

INSTRUCCION DE LA DIRECCION DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO SOBRE FORMACION E INSTRUCCION DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO EN EL USO DEL ARMA, de 10 de octubre de 1983.

En consonancia a lo dispuesto en el artículo 19 de la Orden del Ministerio del Interior de 30/9/81, que incorpora al Ordenamiento interno los criterios básicos de actuación de la legislación internacional, esta Instrucción, ante la constante preocupación que siente la Dirección de la Seguridad del Estado para que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de ella dependientes realicen sus servicios con la debida profesionalidad, adecuando los medios disponibles a la justa y necesaria *proporcionalidad* que exige el bien protegido o la importancia de la agresión, y consciente de las dificultades que, en ocasiones, plantea la problemática analizada *y de que no siempre se cuenta con los medios adecuados para que la prestación del servicio resulte acertada y sin riesgo para las partes implicadas*, considera que deben estimularse máximo los esfuerzos en pro de conseguir la preparación e instrucción necesaria del personal dependiente de la Dirección de la Seguridad.

Esta preocupación es mucho mas acusada cuando se trata del uso de las armas de fuego, no sólo por la naturaleza irreversible de los hechos que pueden acaecer con sus acciones, sino también por la pérdida de imagen policial que conlleva, incluso cuando su empleo ha sido acertado y conforme a la normativa vigente, y por ello en su punto segundo, dispone:

"Instruir a los alumnos de todas las Academias de formación dependientes de la DSE sobre los extremos expuestos, poniendo en marcha programas en los que tanto teórica como prácticamente se analicen supuestos que obliguen a decidir sobre el empleo del arma en los controles, manifestaciones, identificación de personas, registros, conducciones de presos o detenidos, fugas de delincuentes u otros hechos similares que presente la práctica del servicio.

La instrucción policial de estos contenidos será un objetivo prioritario en la formación del alumno, dedicando a tal fin cuanto tiempo sea necesario para que se tenga un elevado grado de seguridad de que se han adquirido y asimilado los conocimientos necesarios."

LEY ORGANICA 2/1986, DE 13 DE MARZO, DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD (29).

Con apoyo directo en el artículo 104.2 de la CE, que remite a una Ley Orgánica la determinación de las funciones, **principios básicos de actuación** y estatutos de las FCSE, esta Ley centra su objetivo principal en el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las FCSE en su conjunto, estableciendo los principios básicos de actuación comunes a todos ellos y fijando sus criterios estatutarios fundamentales.

Con el establecimiento de estos principios se viene por fin a completar el Ordenamiento jurídico vigente en esta materia, en concordancia con la Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981, en la que se recogían algunos de ellos con carácter provisional hasta el dictado de norma legal de rango adecuado, en virtud de la reserva de Ley proclamada por la CE.

Consecuentemente, en el expositivo II de su preámbulo, siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su "Declaración" sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley", se indica que en la presente Ley **se establecen los principios básicos**

de actuación como un auténtico "Código Deontológico", que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo, entre otros, el respeto a la CE y la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación.

Igualmente se indica que "los principios básicos de actuación de las FCSE son los ejes fundamentales, en torno a los cuales gira el desarrollo de las funciones policiales, derivando a su vez de principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al Ordenamiento jurídico, o de características estructurales, como la especial relevancia de los principios de jerarquía y subordinación, que no eliminan, antes potencian, el respeto al principio de responsabilidad por los actos que lleven a cabo..."

...Los funcionarios de Policía materializan el eje de un difícil equilibrio, de pesos y contrapesos, de facultades y obligaciones, ya que deben proteger la vida y la integridad de las personas, pero vienen obligados a usar las armas; deben tratar correcta y esmeradamente a los miembros de la comunidad, pero han de actuar con energía y decisión cuando las circunstancias lo requieran. Y la balanza capaz de lograr este equilibrio, entre tales fuerzas contrapuestas, no puede ser otra que la exigencia de una formación y perfeccionamiento permanentes, respecto a la cual se pone un énfasis especial, sobre la base de una adecuada selección que garantice el equilibrio psicológico de la persona".

Se reconoce que es a través de las FCSE como se ejerce el **monopolio**, por parte de las Administraciones Públicas, **del uso institucionalizado de la coacción jurídica**, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de Policía y que ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, **exige el establecimiento de límites y la consagración de principios sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legitiman, con carácter de excluyentes.** Y a ello dedica íntegramente el Capítulo II de su Título primero, disponiendo en lo referido a nuestra materia:

Artículo 5. Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. **Adecuación al Ordenamiento jurídico**, especialmente: a) ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico.

2 c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato o irreparable; rigiéndose al hacerlo por los **principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad** en la utilización de los medios a su alcance.

2 d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de las terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

4. Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

6. Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, *infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente...*

Con la positivación de tales principios, que analizaremos en profundidad en el siguiente epígrafe integrando todas las disposiciones legales expuestas, se introduce más claridad en una materia de por sí especialmente difícil y complicada, proporcionando los parámetros a los que ha de ajustarse la conducta y actuación del agente en los supuestos excepcionales en los que el uso de las armas está legitimado.

Y en este sentido tales principios son efectivamente aplicados por la jurisprudencia, así la STS de 16 de diciembre de 1991, "...Orden del Ministerio del Interior de 30 de septiembre de 1981 (BOE 2 oct. 1981) que recoge los principios básicos de actuación de tales

Cuerpos y Fuerzas, entre los cuales en su artículo 10 se recogen los relativos **al empleo de los medios de disuasión con referencia expresa a los de adecuación y proporcionalidad**,... Después la mencionada LOFCS precisó tales principios en el apartado c), artículo 5.2^º **aludiendo no sólo al de proporcionalidad, sino también a los de congruencia y oportunidad**, y más aún en el apartado siguiente, el d), en el que se determinan los dos supuestos en que se deben utilizar las armas, uno de carácter concreto y específico, peligro grave para la vida o integridad física, propios o de terceras personas, y otro de naturaleza genérica, definida por medio de un concepto más abstracto, el grave riesgo para la seguridad ciudadana..."

Igualmente las SSTS de 10 de julio de 1991, "...Los Códigos de Conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986 establecen principios y reglas de comportamiento que contemplan el uso de las armas con carácter restringido y siempre en condiciones de riesgo racional y grave para la vida de terceros o de los propios agentes **y con arreglo a criterios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad...**", de enero de 1992, "...La sentencia ha razonado que no concurrían, al menos hasta ese momento, las situaciones que contempla la LOFCS en su artículo 5, apartado 2^º c)..." y de 12 de mayo de 1994, "...Con olvido... de los principios básicos de actuación de las FCSE..."

PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUERZA

Antes de abordar la cuestión, creemos necesario recordar al Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley de la Asamblea General de la ONU, que reconoce la *existencia de importantes principios y requisitos previos* para el desempeño humanitario de las funciones de aplicación de la Ley, entre los que viene especialmente en aplicación en este momento "Que

las normas en si carecen de valor práctico a menos que su contenido y significado, mediante la educación y capacitación, y mediante vigilancia, pasen a ser parte del credo de todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley".

En la normativa de aplicación que hemos expuesto se contienen los principios que deben presidir las actuaciones en las que es necesario el uso de la fuerza y la violencia, especialmente cuando en estas actuaciones deban emplearse armas de fuego. Tales principios se proclaman expresamente en esta normativa o se derivan directamente de ella, pero en cualquier caso son directamente aplicables y exigibles, en la medida en que la CE, al asumirlos, les confiere juridicidad. Nos remitimos a lo expuesto al tratar de la Constitución.

En consecuencia, al tratar los principios básicos en el epígrafe siguiente, debe entenderse que los mismos constituyen los márgenes entre los que debe moverse toda actuación de las FCSE, pues dentro de ellos la acción de los agentes se encuentra plenamente justificada por ser conforme a Derecho. Por ello, la transgresión de los mismos es ilícita y, frecuentemente, delictiva.

PRINCIPIOS LEGISLATIVOS QUE REGULAN EL EJERCICIO DE LA FUERZA Y LA VIOLENCIA

En la exposición de estos principios, y de los requisitos necesarios que deben concurrir para que pueda apreciarse que cada uno de ellos viene en aplicación, seguiremos la sistemática de la LOFCS, que explícitamente recoge como principios básicos de actuación de aplicación a nuestra exposición los de adecuación al Ordenamiento jurídico, congruencia, oportunidad y proporcionalidad, derivándose directamente tanto de ella como de la restante normativa ya analizada el principio de menor lesividad.

1. Adecuación al Ordenamiento jurídico.

Exigido como primer principio básico por el artículo 5 de la LOFCS, se concreta en su apartado a) que ello supone ejercer su fun-

ción con absoluto respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Ello es consecuencia de los principios de legalidad y sometimiento de la actuación de la Administración a la Ley y al Derecho recogidos respectivamente en los artículos 9 y 103 CE.

Respecto del tema que nos ocupa, el artículo 100 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) (30), permite la compulsión sobre las personas para la ejecución de actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar, en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y siempre dentro del respeto debido a su dignidad y demás derechos reconocidos por la Constitución.

En consecuencia, para que la conducta del agente en las actuaciones que contemplamos responda al principio de adecuación al Ordenamiento jurídico, se requiere:

a) **Autorización legal expresa**, que viene dada por el respeto y cumplimiento de la normativa que hemos expuesto, en el marco de los principios básicos de actuación de las FCSE.

b) **Respeto a la dignidad de las personas**, límite a la actuación impuesto por la normativa de aplicación contemplada (arts. 1 DUDH, 10 CE, 5 LOFCS, 100 LRJ-PAC...).

Como vemos, nuestro Ordenamiento jurídico opta por una solución muy práctica, remitiendo a sus límites inspiradores la ejecución de la coacción directa, y por ende la utilización de las armas de fuego. No es éste el camino seguido en otros ordenamientos, en los que está específica y determinadamente regulado tanto el uso de la coacción directa por parte de las FCSE como los medios lícitos a emplear, recuérdense los preceptos del ordenamiento italiano citados.

La LOFCS contiene principios, pero no, como algún autor propone, "listado concreto de medios y medidas como en otros sistemas jurídicos" (31); sin embargo, los principios generales establecidos por nuestra legislación son suficientes tanto para que los agentes puedan determinar los parámetros a los

que debe ajustarse su actuación, como para que por parte de los jueces y tribunales se ejerza un control suficiente de la actividad de las FCSE en este sentido (32), y ello sin los inconvenientes de un listado cerrado y concreto que se encontraría sujeto a continuas modificaciones, teniendo en cuenta los velocísimos cambios tecnológicos de los medios, que frecuentemente condicionan las medidas a emplear (33).

2. Congruencia.

Conveniencia, conformidad de extensión, concepto y alcance, supone para la ejecución de la fuerza, que de entre los distintos medios reconocidos por la ley como aplicables, habrá de elegirse el más indicado para cada situación, de modo que será idóneo aquel medio que en abstracto pudiera ser aplicable a una situación concreta (34). Para que entre en juego la consideración de este principio, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) *Que se realice un apercebimiento antes de la actuación.*

Este requisito viene requerido por el artículo 95 de la LRJ-PAC, artículo 17.1 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (35) (LPSC) y artículo 225 del Código Penal, así como por los apartados 7 b) de la Instrucción de la DSE de febrero de 1982 y 1.3 de la Instrucción de la DSE sobre utilización de armas de fuego por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Deben tenerse en cuenta los siguientes **subrequisitos**:

1. **Aviso de actuación**, en el correcto entendimiento de que el apercebimiento o las intimaciones no constituyen una *orden* sobre sus destinatarios, sino meramente un aviso de esa actuación.

2. **Identificación de la Fuerza**. Para que este apercebimiento sea idóneo, la Fuerza debe estar perfectamente identificada, lo que sucederá cuando se actúa de uniforme; sin embargo, en las actuaciones de paisano, de-

be darse a conocer *inequívocamente* como tal.

3. **Reiteración de apercebimiento con la prevención del uso de la fuerza**, que será necesario si el destinatario no atiende al primero, pero sin que esta desatención implique una legitimación al agente para actuar libremente, sino que continúa sujeto en su actuación a la adecuación del uso de la fuerza al caso concreto, debiendo atenerse en su conducta a esta adecuación y a las normas de la Instrucción de la DSE de abril de 1983. Sobre este punto volveremos al tratar del requisito de proporcionalidad.

b) *Que el agente tenga dominio sobre el medio con el que realiza la fuerza y de la fuerza misma.*

La destreza y pericia en el uso de las armas es exigible en todo caso a los agentes como *premisa básica de su formación profesional*, de modo que la enseñanza y formación con carácter permanente y profesional se convierte en *presupuesto de este requisito de congruencia*, y este sentido tiene la regulación del artículo 19 de la Orden del Ministerio del Interior de 30/9/81, la Instrucción de la DSE de 10/10/83, el artículo 6.2 de la LOFCS y la Orden General de la Dirección General de la Guardia Civil, número 9, de 10/7/95, de normas generales sobre los ejercicios de tiro en las Unidades del Cuerpo.

Así lo viene reiterando la jurisprudencia, al determinar que si no hay destreza probada en el uso de las armas de fuego, falta la profesionalidad que es exigible a un servidor del orden (STS 19/12/80), que el uso de las armas de fuego debe estar precedido, cuando se hallen en manos de servidores del orden, de un ejercicio sereno y reflexivo y acompañado de pericia y cuidado (STS 19/12/80 y 18/1/82).

"...Especialmente exigible en personas a las que se autoriza el uso de armas..." (STS 11/12/87), "...especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las FCSE..." (STS 13/2/86), "...porque si son exigibles a cual-

quier persona, por el común conocimiento del peligro que representa el no adoptar las precauciones necesarias en el manejo o tenencia de las armas, menos ha de pasar desapercibido para quien está habituado al uso de las mismas por razón de su profesión..." (STS 23/2/90), "...tal riesgo era cognoscible del funcionario experto en su arma..." (STS 16/12/91).

3. Oportunidad.

El uso de la fuerza por los agentes ha de ser oportuno y necesario para cumplir la función pública a ellos específicamente encomendada por la Ley, y éste es un requisito básico para la apreciación de la eximente de cumplimiento del deber del artículo 8.11 del Código Penal. Si no existe esta oportunidad, no es posible recurrir a la fuerza y habrán de utilizarse medios distintos que igualmente aseguren el cumplimiento del deber. "...La necesidad de utilizar la fuerza es un requisito básico sin el cual no puede construirse la eximente ni completa ni incompleta..." (STS 10/7/91).

En consecuencia, y ante un supuesto concreto, el agente debe determinar en primer lugar si es necesario el empleo de la fuerza, y únicamente en caso de serlo, elegir el medio adecuado para ejercerla y la intensidad con que ha de aplicarla, de modo que concurra tanto la necesidad en abstracto como la necesidad en concreto, que analizaremos al tratar del artículo 8.11 del Código Penal.

El TS entiende por oportunidad que "...la acción sea racionalmente imprescindible con la consiguiente limitación implícita de la menor lesividad posible para conseguir el cumplimiento de la función..." (STS 20/10/80).

Sin embargo falta la oportunidad cuando "...no es preciso acudir en modo alguno a la violencia si pueden utilizarse para cumplir la misión otros medios..." (STS 2/4/60), o "...no constituye grave contratiempo ni frustración de la misión pública de aprehender a los delincuentes; puesto que identificados y detenidos los compañeros del interfecto, era fácil y previsible la identificación y posterior captura de éste..." (STS 20/10/80), "...la ocasión no

merecía una medida policial de tal importancia..." (STS 11/7/91), "...nimiedad del hecho, en absoluto punible, como era el que la víctima no atendía a su requerimiento de que le exhibiese el documento de identidad..." (STS 13/2/86), "...razón y motivos de la detención de la víctima, que, en este caso, eran de escasa importancia..." (STS 10/12/91).

La necesidad ha de ser racional, disponiéndose en atención a las circunstancias que concurran en el caso concreto "...tal medio como elemento relativo que es, ha de medirse por las circunstancias que rodean al hecho, cuales son la hora de la media noche, el lugar de la vía pública y los actos de la víctima..." (STS 20/1/43).

4. Proporcionalidad.

Consiste en la debida consonancia entre la conducta del delincuente que ha transgredido el orden jurídico y el empleo de la fuerza. También se le llama principio de prohibición de exceso, principio de intervención mínima o utilización de la violencia en concreto.

Es un principio constantemente recogido por nuestra legislación. Así se regula en el artículo 5.2 c) y d) de la LOFCS y artículo 96 de la LRJ-PAC, que exigen la debida proporcionalidad en la actuación administrativa y en la utilización de los medios a su alcance, y con anterioridad en los artículos 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 13 de la Ley de Orden Público y 496 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa (36).

Así pues, además de necesaria, la fuerza y la violencia ejercida ha de resultar proporcional a la gravedad del supuesto concreto de que se trate, y este principio debe presidir toda actuación policial, que siempre debe tener presente la ponderación de los bienes en juego, porque, como norma general, la lesión de dichos bienes no ha de ser mayor que la producida por la acción de la coacción estatal.

Sin embargo, en opinión de eminentes autores (37), la proporcionalidad requerida en el supuesto del uso de la fuerza por parte de las fuerzas policiales no es preciso que respete el estricto límite que fija la eximente del

estado de necesidad del artículo 8.7 del Código Penal, según la cual el mal causado no puede ser mayor que el que se trata de evitar, sino que la existencia de un deber de salvaguardia del Derecho y de los intereses ajenos ha de permitir la lesión de bienes jurídicos que, aisladamente contemplados, pudieran ser mas importantes que la gravedad de la infracción, **porque además de la infracción se encuentra en juego la afirmación del derecho por encima de lo injusto** (38), pues una consideración rígida del principio de proporcionalidad produciría, no obstante los medios y los conocimientos de que se dota a los agentes, en determinados supuestos concretos, una indefensión no sólo propia, sino de terceros que han de ser defendidos con la mayor eficacia.

“Para entender rectamente este principio ha de partirse de una serie de consideraciones (39). En primer lugar, las comparaciones a efectuar entre males no son aritméticas, sino normativas. En segundo lugar, no se comparan bienes, sino el mal que se está produciendo, se ha producido o se va a producir y el mal que se va a inferir para remover o impedir la perturbación dañosa.

Así las cosas, aparece el término «mal» como expresión claramente valorativa, normativa en fin. Y «mal» significa jurídicamente algo más que una lesión —o un peligro de lesión— física... Lo que interesa al Derecho es, junto al bien de que se trate, su funcionalidad social, que estriba en que dicho bien posibilita la participación de los ciudadanos en la vida social. Por ello, un mal es más que un daño; un mal implica una *perturbación jurídica*.

Este razonamiento permite resolver satisfactoriamente una serie de problemas. De entrada, cuando estén en juego dos bienes iguales, el mal mayor será la lesión del que está protegido por el Derecho. Poniendo en peligro dicha protección un bien de igual entidad, pero que al atacar sin justificación el primer bien, queda desvalorado por el Derecho.

De esta suerte, salvo que exista una gran diferencia entre los bienes materiales en juego (propiedad y vida, por ejemplo),

la proporcionalidad se habrá observado, aunque el bien salvado sea de menor entidad que el lesionado, cuando éste, a su vez, lesionaba a aquél injustificadamente.

En otros supuestos, los bienes son absolutamente incomparables por ser de naturaleza distinta. Habrá que estar al escalonamiento que dé a los mismos el orden jurídico. Así, la vida y la libertad priman sobre los demás; y más que el mero mantenimiento del orden público y la conservación de la propiedad.”

Concluyendo, con este certero planteamiento debe quedar claro que la proporcionalidad no es en razón de los *medios* empleados, sino de las *perturbaciones jurídicas* que se producen, de acuerdo con el escalafonamiento de los valores sociales reflejados en el Ordenamiento jurídico, en nuestro caso vida, libertad, propiedad, orden público, etc.

Además, aun constituyendo un criterio decisivo de actuación, este requisito, junto con el de congruencia, es considerado por la jurisprudencia como no esencial, de forma que cuando la desproporción no es enorme, implica la apreciación de la eximente incompleta del artículo 8.11 como atenuante muy cualificada (40).

El Tribunal Supremo entiende que **falta la proporcionalidad**, v. gr., cuando pudiendo reducir a un delincuente en una aprehensión por el empleo de la fuerza física, se utiliza por principio el arma de fuego o se emplean medios repudiados por la Ley o la moral (STS 25/6/55).

Asimismo falta el requisito de proporcionalidad en los supuestos de huida o fuga de un presunto delincuente, en los que con relativa frecuencia se producen intervenciones desafortunadas, creemos que en razón a una falta de claridad de los agentes en el conocimiento de este principio básico de actuación, por lo que dedicamos a continuación una consideración especial a estos casos.

SUPUESTOS DE HUIDA O FUGA DE UN PRESUNTO DELINCUENTE

En nuestro Derecho únicamente es constitutivo de delito la evasión del preso preventivo o ejecutoriamente condenado que que-

brante su condena, conducción o custodia, en cuyo caso vienen en aplicación los artículos 334 y concordantes 335 y 336 del Código Penal.

Sin embargo, en cuanto a los presuntos delincuentes, ningún precepto de carácter legal impone el deber de dejarse detener, antes bien, la decisión de no dejarse aprehender parece que encuentra amparo en la presunción constitucional de inocencia del artículo 9 CE. Caso diferente son los supuestos de fuga agresiva o la propia agresión a los miembros de las FCSE.

Y al no constituir un deber el dejarse detener, la fuga no agresiva impide, entre otras cosas, que los agentes puedan hacer uso letal de sus medios para dar cumplimiento a la obligación de detener impuesta en el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), por lo que únicamente cabe la aprehensión del modo menos lesivo posible, tanto en atención a las circunstancias de la fuga, como del presunto delito cometido.

Nuevamente hay que insistir en que resulta primordial la formación y preparación del agente. En frase feliz, la doctrina alemana considera que la detención óptima es aquella que consigue hacer que al sujeto a detener le sea imposible el ataque o la huida (41). Coincidiendo con QUERALT y JIMENEZ QUINTANA, "Un agente medroso —al que no se le ha enseñado a dominar el miedo, lógico por otra parte— o mal preparado físicamente tenderá a utilizar su arma de fuego con mayor prontitud y menor precisión que un policía mentalmente equilibrado y en estado físico adecuado a la realización de sus funciones: podrá emprender una carrera tras el delincuente o evitar una reacción violenta de éste".

Y ello sin detrimento de su propia seguridad, que es la seguridad de la comunidad, aspecto sobre el que se insiste poco. "Se han de desterrar las hombradas y obrar dentro de los márgenes de seguridad personal más estrictos: *las clases pasivas no son policías*. No ha de confundirse la necesidad de un trato para con el delincuente, que es el que impone nuestro vigente Ordenamiento, ni con la condescendencia ni con la excesiva confianza." Igual que la peligrosidad del delincuente

"no justifica un empleo innecesario y desproporcionado de la violencia legítima, tampoco ha de caerse en el quehacer del misionero. Esta postura es igualmente rechazable por moralista y, por tanto, por disfuncional".

Aun con ello, en el caso de agresión o de delito grave, debe ajustarse la conducta del miembro de las FCSE a lo preceptuado en las Instrucciones de la DSE de febrero de 1982 y abril de 1983, teniendo en cuenta que la fuga no es ningún delito y que en los supuestos en los que lo constituye aparece la regla de la proporcionalidad entre los bienes en juego.

Este es el criterio aplicado por la jurisprudencia, así "en los casos de un transgresor que huye, si la autoridad o sus agentes, tras previas intimidaciones, hacen uso de las armas de fuego, disparando sobre aquel sobre zonas no vitales, cabrá hablar de legitimación especialmente si concurren ausencia de otros medios y si el delito cometido por el que huye era de capital importancia... pero si la transgresión no era especialmente grave, no cabrá calificar el comportamiento... como ajustado a derecho... no habiendo la debida proporción entre el mal producido o augurado y el medio para repelerlo o prevenirlo..." (STS 20/10/80).

Otra sentencia de 18/1/82 establece que es a todas luces desproporcionado producir por disparos de arma de fuego la muerte de una persona que se limita a huir de la policía, sin haber dado muestras de agresividad o resistencia "...Inadmisibles convicción administrativa de que la simple y pura huida de una persona, desatendiendo las órdenes de "alto a la policía", autoriza sin más a ésta para utilizar sus armas de fuego, con resultado mortal para el que huye, olvidando que la vida humana es el supremo bien de nuestra cultura y Ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 15 de nuestra Constitución, que ninguna persona o autoridad puede destruir salvo los supuestos excepcionales legalmente previstos..."

Y en igual sentido las SSTS de 16/12/91 y 28/1/86 "... La huida de una persona ante el requerimiento policial de detención no constituye conducta que justifique el empleo de armas de fuego para impedirla, pues constante jurisprudencia viene declarando el uso lícito

to de las armas de fuego por la policía requiere una situación de real e inminente peligro para la vida o integridad física de los agentes que las utilizan o de terceras personas, y tal situación no es apreciable cuando el requerido de detención se limita a emprender la huida, pues en tal caso el empleo de las armas constituye una medida desproporcionada que notoriamente merece la calificación de respuesta excesiva por los daños graves e irreparables que puede producir, en lesión o privación de la vida humana..."

Y las SSTS 7/4/94, "...La persecución de un presunto delincuente por un delito de hurto de vehículo de motor, cuando huye, es decir, **cuando los efectos del delito ya han cesado** obligaba a las FSE a actuar dentro de un principio de **proporcionalidad entre el delito, sus efectos y la acción policial**, lo que faltó por completo en el caso, pues frente a unas personas que no llevaban armas, por consiguiente, indefensas, en vez de correr tras ellos para detenerles o efectuar disparos inequívocamente disuasorios, al aire o al suelo, el procesado dirigió el arma al cuerpo, produciendo unas consecuencias tan graves como las causadas..." y 11/6/92, "...detenido que pretendía escapar de la custodia, y, ante su huida, la acción policial debió quedar limitada, dentro de los principios de proporcionalidad y congruencia, al seguimiento y búsqueda y a los disparos intimidatorios con el arma reglamentaria..."

5. Menor lesividad.

Podemos considerar este principio como deducido o integrado en el más amplio de proporcionalidad, exigiendo como requisito que los agentes en el ejercicio de la violencia han de procurar la menor lesividad posible en aquellos que la sufren.

Algún autor lo considera principio autónomo y fundamental, que ha de ser apreciado en el momento de la acción, de tal manera que el principio de proporcionalidad rige para el estado de necesidad, pero no para el cumplimiento del deber del cargo, especialmente cuando dicho deber impone el uso de las armas de fuego (42).

A este principio hacen referencia el artículo 10 de la OM de 30 de septiembre, 7 b), de la Instrucción de la DSE de 22 de febrero y la Instrucción de la DSE de abril de 1983, sobre la base del derecho a la vida y a la integridad física, consagrados en el artículo 15 de la Constitución, interpretado conforme a la legislación supranacional, en especial con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.

La última Instrucción referida dispone expresamente en sus apartados 1.5 y 1.6, que ante el fracaso de las conminaciones y advertencias para que el agresor o delincuente que huye cese en su acción, en última instancia se debe disparar a partes no vitales del cuerpo, atendiendo siempre al principio de que el uso del arma cause la menor lesividad posible.

En la misma línea se pronuncia la sentencia citada de 20/10/80, también la SSTS de 16/5/83, que requiere que el uso de las armas se realice de forma que el respeto a la Ley y la restauración del orden se logre con el menor daño y quebranto para personas o cosas. Igualmente las SSTS de 31/1/92, 19/2/86, 23/2/90 "...del uso de armas de fuego no puedan derivarse daños innecesarios..."

Consecuentemente, la ponderación de este principio requiere una *gradación en el empleo de las armas*:

1. **Que el delito sea de capital importancia**, requisito "sine qua non" para que pueda apreciarse el principio de proporcionalidad en la conducta del agente.
2. **Intimidaciones previas.**
3. **Disparo a partes no vitales.**

CAUSAS DE EXENCION DE RESPONSABILIDAD

Vistos los criterios de actuación recogidos en la legislación nacional y supranacional, donde se contemplan los elementos constitutivos de las causas que posibilitan el uso legítimo de las armas, procede efectuar un análisis de los requisitos legales que son causa de exención de responsabilidad en

estas actuaciones profesionales, que entrarán en juego siempre que el agente ajuste su conducta a los principios o criterios expuestos.

Sólo dentro de estos márgenes de actuación puede afirmarse que la misma está plenamente justificada por conformarse a lo que exige el Derecho, por tanto las causas de exclusión de antijuridicidad vendrán en aplicación tras la ponderación de la actuación policial de acuerdo a la normativa que regula la función, es decir, se considerará que la actuación policial cabe dentro de la causa de justificación si ésta se ha desempeñado dentro del margen de los principios básicos de actuación y no como si las eximentes fueran nuevas normas de actuación.

En cuanto a las causas concretas de exclusión de la antijuridicidad que pueden entrar en juego, la doctrina es controvertida, pues un amplio sector doctrinal, con JIMENEZ DE ASUA y QUINTANO RIPOLLES (43), se pronuncian a favor de la teoría de la "subsidiariedad de los derechos de defensa y necesidad", entendiéndolo que las actuaciones de los agentes de las FCSE pueden quedar amparadas tanto por la legítima defensa como por el estado de necesidad justificante, si bien estas eximentes entrarán en juego con carácter subsidiario respecto de la del cumplimiento del deber.

En igual sentido RODRIGUEZ DEVE-SA (44) entiende que si cualquiera puede defender su persona y derechos, así como los de terceros, no hay razón para que no puedan hacerlo igualmente los agentes de la autoridad en su función de prevenir la delincuencia, evitar delitos y perseguir y detener a los autores, pudiendo acogerse igual que los particulares a la eximente de legítima defensa, sin perjuicio de que, en su caso, pueda su comportamiento estar amparado en otras causas de justificación, como el cumplimiento del deber, ejercicio del cargo o la obediencia debida.

Sin embargo, QUERALT y JIMENEZ QUINTANA (45) combaten dicha teoría argumentando que el ejercicio del cargo o cumplimiento del deber es un concepto *normativo* que requiere precisar su contenido acudiendo a otros sectores del Ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que, si la función ha sido ejercita-

da de acuerdo a los parámetros que norman la función policial y por más que se haya producido una lesión en un bien jurídico-penalmente protegido, no puede decirse que dicha conducta sea penalmente antijurídica. Acudir al amparo abstracto del ejercicio del cargo es, pues, inoperante, y por ello no admiten que, en nuestro Derecho, la policía —o cualquier otro agente público— se ampare en las causas de justificación penales de la legítima defensa o del estado de necesidad, citando como paradigma la defensa de terceros, que constituye la profesión y el deber de los miembros de las FSE.

Asimismo LUZON PEÑA (46), quien considera que las eximentes del ejercicio del cargo o, en su caso, el cumplimiento del deber o la obediencia debida, de acuerdo con las reglas del concurso de normas, excluyen que la autoridad o sus agentes puedan ampararse en la legítima defensa, que debe quedar reservada para la actuación de los particulares.

Finalmente, MIR PUIG defiende que el cumplimiento del deber constituye una causa de justificación intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Y dado que el ejercicio del deber no constituye defensa de un bien jurídico o de una persona concreta, no puede llegar tan lejos como la legítima defensa, sino que ha de estar sometido al principio de proporcionalidad. Sin embargo permite llegar más allá del estado de necesidad, es decir, no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, pero sin que pueda desaparecer una cierta proporcionalidad.

Parece que dentro de la controversia de las diferentes corrientes doctrinales que, en síntesis, hemos expuesto, existe acuerdo en la aplicación de la eximente de ejercicio del cargo o cumplimiento de un deber, siendo más dudoso el juego de la legítima defensa. Sin embargo, dado que ésta se contempla en la legislación que hemos analizado al comienzo de la exposición (v. gr. Instrucción de la DSE de abril de 1983: "...excepción hecha de los supuestos de legítima defensa propia o ajena, en los que legalmente no es dudosa su utilización..."), y con el objetivo fundamental de clarificar a los agentes los requisitos que

deben concurrir en su conducta y servir de ayuda a los que se dedican a su enseñanza, procederemos a efectuar un análisis de ambas causas de justificación, incidiendo con mayor profundidad en el cumplimiento del deber.

La legítima defensa.

Por legítima defensa ha de entenderse aquella que es *necesaria* para repeler una *injusta* agresión contra el que se defiende o contra un tercero. La injusta agresión es el elemento básico y generador de toda legítima defensa, entendiendo la jurisprudencia que consiste en un acometimiento material, físico, directo, bastando con que sea contraria a derecho, sin que sea necesario que haya de constituir delito, salvo en el caso de defensa de los bienes, por exigirlo la ley (47).

En el fondo de toda legítima defensa subyace un estado de necesidad, pero hay algo más: el que se defiende, o defiende a otro, contra una injusta agresión, está impidiendo al propio tiempo que se menosprecie el Ordenamiento jurídico, que se burle el respeto que las leyes imponen a la persona y derechos ajenos, por lo que hay que ver, en principio, una tácita delegación del Estado en el que se encuentra amparado por esta causa de justificación para oponerse al que perturba el orden jurídico. Ahora bien, no sería concebible que un Estado de Derecho concediera un poder sin límites en la lucha contra el injusto. Estas fronteras se establecen en el derecho positivo que exponemos a continuación.

A tenor del artículo 8.4 del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima.

Deben darse los siguientes subrequisitos, pues si falta cualquiera de ellos, nunca podrá venir en aplicación esta eximente.

a) *El acometimiento debe ser físico, material y directo.*

Aun cuando el Código no impone restricción alguna, la jurisprudencia condiciona los posibles bienes jurídicos objeto de tutela por la relación que guardan con la vida o la integridad física del que emplea la legítima defensa. Por ello *el acometimiento debe ser físico, material y directo* contra una persona física, y sólo allí donde otros intereses jurídicos aparezcan ligados a un ataque de esta clase, podrán ser legítimamente defendidos.

De esta manera se admite la defensa de la libertad, del honor, de la libertad sexual individual, de la propiedad, únicamente en aquellos delitos en los que el medio de ataque va ligado al empleo de la violencia, v. gr. ataques al honor con acciones vejatorias, delito de violación con empleo de fuerza o intimidación del artículo 429.1, robo con violencia o intimidación...

Cabe la defensa de los bienes y la morada, siempre que concurren los requisitos para que la defensa sea legítima. En caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en *grave* peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en ellas.

b) *La agresión debe ser actual o inminente.*

Este es un requisito que debe tenerse muy presente, ***pues una vez que la agresión ya ha pasado, no puede propiamente hablarse de agresión***, siendo de aplicación cuanto hemos expuesto al tratar de los supuestos de fuga. La jurisprudencia es reiterada, uniforme y concluyente, así las SSTs de 10/2/58, "...cesado el acto de acometimiento, cesa lógicamente la existencia del derecho a rechazarlo, sin que pueda darse a aquél una extensión que le haga persistir... en tanto dure el estado anímico de sobreexcitación..." 21/2/80, "...en el momento que ya había sido sujetado su contrincante..." 25/4/80, "...después de desarmar y dominar a su agresor..." 6/12/82, "...disparando cuando sus contrincantes habían cesado en su ataque y se marchaban..." 4/2/86, "...disparando al agresor que huye..."

c) *La agresión debe ser real.*

No es suficiente para justificar la reacción un ataque imaginario, en este sentido SSTs de 23/1/36, 23/2/48, 27/6/63, 15/6/83 y 2/11/88.

2. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

En opinión de una fuerte corriente doctrinal, encabezada por JIMENEZ DE ASUA, a la que sigue también la jurisprudencia, racionalidad del medio es lo mismo que proporcionalidad, por lo que en este punto remitimos a cuanto hemos considerado al tratar de la proporcionalidad como principio que regula el empleo de la fuerza.

No obstante, RODRIGUEZ DEVESA precisa que lo que el Código exige es un "medio" racionalmente bastante para *detener* la agresión: para impedirlo o repelerlo. La racionalidad guarda relación con los medios de que disponga el agredido, de modo que si puede optar entre varios, ha de elegir aquel que permita impedir o repeler la agresión con el menor daño para el injusto agresor.

Pero si tan sólo dispone de uno, la ley no puede obligarle a soportar el ser agredido sin utilizarlo, lo que en el caso del arma de fuego por el agente de las FCSE requiere ser el último recurso y tras la gradación en su empleo que hemos puesto de manifiesto al tratar de los principios de actuación, en especial con ocasión de los de congruencia y menor lesividad.

3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

La provocación se ha de entender como provocación a la agresión ilegítima, incitar a ella. Por eso se excluye la legítima defensa en caso de desafío a realizar el acto en que consiste el ataque injusto, o cuando se lleva al injusto agresor a un estado de exasperación que explica, aunque no justifica, la agresión.

La provocación ha de ser próxima e inmediata.

En estos supuestos no es dudosa la utilización de la fuerza, pero no basta con la exis-

tencia de uno de los requisitos, sino que es preciso insistir en la necesidad de concurrencia de los tres.

De igual forma queda establecido en el artículo 5.2 d) de la Ley 2/86, que establece el deber de utilizar sus armas, de acuerdo con los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, como únicos supuestos, cuando: exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana.

Igualmente, la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 que, ratificando el derecho inalienable de toda persona a la vida, en su artículo 2 no prohíbe su muerte si con ello se defiende a otra persona injustamente amenazada, asegurando su defensa contra la violencia ilegal.

El ejercicio del cargo o cumplimiento de un deber.

Conforme al artículo 8.11 del Código Penal, está exento de responsabilidad criminal el que obra en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

El precepto contiene tres supuestos distintos (48):

1. Cumplimiento de un deber.

Vinculación del sujeto a una conducta determinada, sin permitirle otra distinta.

No actúa antijurídicamente el que obra en cumplimiento de un deber jurídico, es decir, derivado del Ordenamiento jurídico, estableciéndose en esta causa de exención de responsabilidad una relación directa entre el sujeto y la norma que viene obligado a cumplir, la cual puede pertenecer al ámbito del derecho privado o a la esfera del derecho público, dentro del cual nos interesan los *deberes profesionales*, pues el desempeño de funciones públicas o de ciertas profesiones obliga a asumir determinadas obligaciones derivadas directamente de la ley, de los estatutos o reglamentos del Cuerpo al que se pertenece, e incluso por vía contractual.

El cumplimiento del deber debe ajustarse a la norma jurídica que le sirve de base. Sus límites se hallan en el respeto que el propio Ordenamiento jurídico impone a otros bienes jurídicos, que pueden entrar en colisión en algunas ocasiones con las exigencias profesionales.

Por ello han de ponderarse en cada caso las circunstancias que concurren, de las que pueden deducirse excesos que no quedarían amparados por la eximente. En nuestro caso es especialmente relevante el requisito de proporcionalidad, puesto que el cumplimiento del deber no constituye defensa de un bien jurídico de una persona concreta, sino que debe estar sometido a dicho principio.

2. Ejercicio legítimo de un derecho.

Implica una facultad de actuar, pero a la vez hace posible la realización de otra conducta.

A diferencia del cumplimiento de un deber donde el sujeto carece de opción para actuar de otro modo, en el ejercicio de un derecho hay una facultad del titular a la que puede renunciar o de la que puede no hacer uso. La eximente concurre sólo en el caso de que el derecho sea utilizado.

Dejamos constancia de este supuesto legal en relación con la controversia doctrinal a la que nos referimos anteriormente, porque entre los derechos está, sin duda, el derecho a defenderse. Cabe preguntarse si para el miembro de las FCSE su defensa puede considerarse una facultad de la que puede no hacer uso.

Entendemos que no. Como expusimos anteriormente, existe el deber de salvaguarda del Derecho, porque, además de la infracción, se encuentra en este supuesto la afirmación del derecho por encima de lo injusto, de manera que la conducta del agente se encuentra vinculada, sin que le sea lícito renunciar a su defensa, pues por su profesión debe hacer prevalecer el Ordenamiento jurídico, y es, en la medida que el agresor incrementa el riesgo, en la misma que queda desprotegido por dicho Ordenamiento.

En este sentido se pronuncia la corriente

doctrinal citada que niega la aplicación de la eximente de legítima defensa a los agentes de las FCSE, reservándola a los particulares.

Ahora bien, al margen de controversias, la doctrina es unánime al señalar que, tanto para agentes como para particulares, cuando una persona es **víctima de un ataque** a uno de sus derechos, no actúa lícitamente si no es dentro del ámbito de la legítima defensa, de cuyos requisitos y límites ya hemos dejado constancia.

Pasado el momento del ataque, no se está autorizado para restablecer por sí mismo los presupuestos fácticos necesarios para el ejercicio normal de su derecho, del cual la ley exige que sea legítimo. Esto supone que los **medios utilizados para hacerlo valer han de ajustarse a las prescripciones legales**. Por de pronto, no han de constituir por sí mismos delito, el fin no santifica los medios. Particularmente, hay una esfera de actuación reservada a los tribunales, que el titular del derecho no puede nunca invadir.

3. Ejercicio legítimo de un oficio o cargo.

Situación compleja derivada de un *status* del que dimanen derechos y deberes.

El uso de la fuerza o violencia por parte de la policía habrá de ser considerada desde el punto de vista de cumplimiento de deberes derivados de un cargo, en tanto dichos deberes proceden de una relación funcional, puesto que con la palabra cargo se alude a toda profesión que comporte el desempeño de funciones públicas, sea con carácter permanente o eventual. En consecuencia, es el *status* jurídico regulador de la función el que determinará los derechos y deberes inherentes al cargo. A este respecto, el correspondiente a la Guardia Civil viene delimitado fundamentalmente por las Leyes 2/86, 17/89, 11/91 y 28/94.

A continuación exponemos los requisitos que deben concurrir para que el uso de medios coactivos materiales por parte de los miembros de policía encuentre amparo en esta eximente:

a) *Condición de Agente de la Autoridad por parte del sujeto.*

La fuerza ha de ser efectuada por un miembro de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en sentido funcional, es decir, ejerciendo la coacción en el ejercicio de su cargo.

Este es un requisito permanentemente exigido por la jurisprudencia. Ya en 1904 la Sentencia de 8 de junio omitió aplicar la eximente aduciendo la "...intervención puramente oficiosa en la disputa que se suscitó en una taberna... porque en dicho sitio se hallaba pasando el rato como particular, sin prestar servicio ni desempeñar función alguna del cargo..." En igual sentido SSTs 29/12/54 y 20/10/80.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/86 establece en su artículo 5.4 la obligación de intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se halle o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana, por lo que podemos concluir que serán las circunstancias que concurrán en cada caso concreto las que determinarán si la fuerza desplegada lo fue en defensa de intereses particulares o en el cumplimiento de los deberes del cargo, siendo éste el criterio determinante para apreciar la condición de Agente de la Autoridad del sujeto.

b) *Ejercicio de la función pública a él encomendada.*

La coacción debe venir exigida por el cumplimiento de un deber, no sólo jurídico, sino además emanado de normas de derecho público, como corresponde al "status" jurídico del agente.

Por otra parte, la coacción realizada en cumplimiento de un deber policial habrá de ajustarse en todo caso a los preceptos jurídicos en que se apoye, siendo sus límites el respeto que a otros bienes jurídicos impone el propio Ordenamiento, dentro del orden de prevalencia marcado por éste, y las atribuciones conferidas en dichos preceptos.

Este sentido tiene la jurisprudencia, así, STS 29/6/90 "...eximente o exención plena que para su apreciación requiere que el agen-

te haya actuado dentro de sus atribuciones, no sólo reglamentarias... sino también las determinadas en el caso concreto...", STS 10/7/91 "...Para que pueda apreciarse la eximente invocada es necesario que exista un deber específico de lesionar el bien jurídico que resulta afectado. Estos deberes específicos en principio se dan para los miembros de las FCSE que tienen especialmente reguladas las condiciones en que pueden y deben hacer uso legítimamente de la fuerza para cumplir con sus deberes de garantías de la tranquilidad y seguridad pública..."

Es preciso recordar que la Ley impone a los agentes de las FCSE obligaciones con posible uso de la fuerza, en las que ni siquiera se precisa agresión previa:

Detención (art. 492 LECrim).

Entrada y registro domiciliario (arts. 546 y siguientes LECrim, en especial 568).

Alteraciones de la Seguridad ciudadana [arts. 5.2 d) LOFCS y 17.2 LPS].

c) *Necesidad del uso de la fuerza.*

Además de venir en aplicación las disposiciones de la Instrucción de la DSE de abril de 1983, y cuanto se ha expuesto al tratar de los principios que regulan el uso de la fuerza, en especial el de proporcionalidad, la necesidad aquí contemplada viene referida a la infracción del Derecho que debe ser impedida, o en un peligro para los demás que debe ser atajado, pues la eximente no tiene el sentido de procurar la defensa de los propios agentes, sino el de garantizar la defensa del Derecho y procurar la convivencia pacífica, la seguridad y el ejercicio de las libertades por los ciudadanos.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre:

Necesidad en abstracto, que supone la necesidad genérica de la violencia que ha de ser aplicada, de forma que faltará cuando en absoluto sea preciso para el cumplimiento del deber, en cuyo caso no podrá entrar en juego esta eximente.

Necesidad en concreto, que hace referen-

cia a la cantidad o clase de violencia desarrollada. Si falta o existe disfunción por exceso en este tipo de necesidad, se da lugar a la aplicación del artículo 8.11 como eximente incompleta.

Así pues, es necesario la concurrencia de ambas para que pueda apreciarse la eximente, lo que requiere que, ante un supuesto determinado, el agente haya de examinar si es necesario el empleo de la fuerza y, caso de resultar positivo su análisis, elegir el medio adecuado para ejercerla y la intensidad con que ha de aplicarla.

Especialmente luminosa es la STS de 7/12/94, "... La eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, recogida en el número 11 del artículo 8 del Código Penal, surte efectos exculpatórios cuando el hecho enjuiciado integra un supuesto típico, pero que deviene en no antijurídico por la concurrencia de una circunstancia que justifica la acción y hace desaparecer el reproche antijurídico, convirtiendo así esa acción en penalmente impune (STS de 10/7/92).

Condición absolutamente precisa para poder apreciar la eximente es la **legitimidad de la acción**, de tal modo que no es aplicable la eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresas (STS de 2/7/92).

Por ello, para que pueda aceptarse esta eximente en el caso de quien usa armas o fuerza, se precisa, en primer lugar, que posea **condición de autoridad o agente de la misma y que actúe en el ejercicio de las funciones públicas que le están, como tal autoridad o agente, encomendadas** y, además, que su **comportamiento de recurrir a la fuerza sea necesario**, esto es, que obedezca a una racional precisión indispensable para realizar el cometido de esa función pública, necesidad que la jurisprudencia viene distinguiendo que existe en **abstracto** y en **concreto**, con el sentido de referirse la primera de ellas a la imprescindibilidad del empleo de cualquier género de violencia para conseguir el fin perseguido por la autoridad o agente de ella, mientras que en sentido concreto se refiere a la proporción del medio empleado en la acción, de tal forma que **en el caso de no**

reunir la condición de proporcionado el medio utilizado, se cierra la posibilidad de aplicar la eximente completa, aunque aún cabe la estimación de una incompleta con valor de atenuante, mientras que la no existencia de necesidad en abstracto veda la estimación incluso degradada a atenuante de la circunstancia..."

En iguales términos SSTS de 2/7/89, 19/4/89 y 20/10/92.

EXCESO EN LA VIOLENCIA

Del estudio de los criterios de actuación de las FCSE que se derivan de la legislación de aplicación, y de los requisitos legales que integran las causas de exención de responsabilidad en las actuaciones profesionales que comportan el uso de las armas de fuego, se induce el problema de que con el uso de las mismas se rebase el marco de las normas y principios básicos que deben presidir su empleo, en cuyo caso el Código Penal desplegará su función punitiva, encajando los excesos de la conducta en alguno de los tipos que examinamos seguidamente.

"Ya es difícil concebir que, salvo supuestos de legítima defensa propia o de otras personas, un agente de la autoridad en el ejercicio de las funciones de su cargo, particularmente si se trata de un encargado por su específico destino de la averiguación de los delitos y de la aprehensión de los delincuentes, cause dolosamente, por el uso de las armas de fuego que legítimamente porta, la muerte de alguien, ya sea del propio delincuente o de otro, porque en tales casos parece evidente que la intención del agente no es la de matar sino la de intimar al autor del delito para poder capturarlo.

Es lógico entender en tales supuestos con carácter general que, si el autor del disparo hubiera conocido que ese resultado iba a producirse, no lo habría realizado, lo que excluye, incluso, el dolo eventual" (49) (STS de 16/12/91).

Compartiendo la argumentación de esta sentencia, entendemos que, en la generalidad de los casos, el exceso en la violencia puede considerarse culposos, consistiendo en un actuar bajo la creencia no fundamentada de

haber empleado el cuidado debido, de que la misma es necesaria para el desempeño de la misión, o de la omisión de los deberes de diligencia o cuidado, siempre que la conducta no cumpla la precaución exigible a un profesional de la seguridad pública en el empleo de las armas (50).

Todos ellos son casos de imprudencia punible, tipificados en los artículos 565 y 586 bis del Código Penal, sin que venga en aplicación a nuestra exposición el artículo 600 del mismo Código, en cuanto únicamente pueden encajar en él los supuestos de daños a las cosas, no a las personas, y siempre que en los hechos enjuiciados a su amparo intervenga cualquier género de simple imprudencia con infracción de los reglamentos.

REQUISITOS DE LA CULPA

Se puede afirmar, en síntesis, que obra culposamente el que omite la diligencia debida (51). El problema central de la culpa consiste en determinar cuándo concurre en la realización del tipo del injusto una falta de la diligencia debida, una infracción del deber de cuidado que incumbe al sujeto que actúa.

La omisión de la diligencia debida significa la omisión de aquel comportamiento que hubiera evitado la realización del tipo del injusto, de manera que concurrirá la culpa si puede apreciarse que, mediante un comportamiento alternativo del sujeto, el evento dañoso no se hubiera producido.

Estas afirmaciones permiten inducir los requisitos esenciales que deben concurrir para la apreciación del actuar culposo:

1. Evitabilidad.

Lo inevitable, aquello que no depende del actuar del sujeto, que no puede evitar, pertenece al Destino, al *fatum*. Ante lo inevitable no tiene sentido preguntarse si la conducta es culpable o no. Este requisito se recoge explícitamente en numerosísima jurisprudencia, generalmente con ocasión de enjuiciarse infracciones producidas con vehículo de motor, así las SSTs de 7/6/63, "...conducta única de la víctima...", 27/9/63, "...ajeno en un

todo a su voluntad...", 6/2/64, "...actos ajenos a la voluntad activa u omisiva del procesado...", 7/2/66, 24/1/68, 17/5/60, 2/7/60, "...súbita aparición de la víctima...", 2/4/63, "...imprevisible por anómalo e impuesto por el modo de operar de un tercero...", etc.

Previsibilidad.

Consecuentemente con lo expuesto, la culpabilidad en la culpa radica en que el sujeto pudo evitar el comportarse como lo hizo. Ahora bien, la evitabilidad presupone a su vez la previsibilidad, puesto que no se puede evitar lo que es imprevisible.

La previsibilidad, la posibilidad de prever, implica que para determinar si una conducta es culposa haya que comparar lo efectivamente ocurrido con otro suceso hipotético, en el cual, introduciendo las correspondientes variantes en lo realmente acaecido, no se hubiera realizado el tipo del injusto.

En definitiva, se trata de calcular las posibilidades que tenía el sujeto en el momento de actuar. Si entre esas posibilidades figura la de evitar la producción del resultado, hay que afirmar que actuó culposamente.

La posibilidad de prever depende del nivel intelectual del sujeto que actúa, de la previsión efectiva o la ausencia de previsión, de la atención que el sujeto prestó o pudo prestar a su comportamiento, a lo que estaba haciendo.

Por ello, la culpa está condicionada individualmente: la conducta que para uno es culposa, no lo es para otra persona, y por tanto, para decidir si un sujeto ha actuado o no culposamente es preciso tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, tanto las objetivas (externas) como las personales, particularmente, en nuestro caso, la condición de agente de las FCSE, aspecto sobre el que más adelante volveremos a incidir.

En conclusión, todo actuar culposo comporta por parte del sujeto una conducta equivocada. Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico, debió el sujeto conducirse de manera distinta a como lo hizo, encontrándose siempre la raíz de que no lo hiciera en el cálculo incorrecto de las consecuencias de su conducta, bien porque no se representó la

posibilidad del resultado, bien porque creyó erróneamente que la posibilidad que se representaba no ocurriría (52).

IMPRUDENCIA PUNIBLE

El Código Penal recoge en el artículo 565, bajo esta rúbrica, dos supuestos de culpa que afectan a nuestra exposición, y que abordaremos por separado: la imprudencia temeraria del párrafo primero, y la impericia o negligencia profesional de su segundo párrafo.

Para apreciar la existencia de un delito culposo, la jurisprudencia viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. *Existencia de acción u omisión voluntaria pero no maliciosa.*

Para ello debe producirse una actuación activa u omisiva negligente o reprochable por falta de previsión y propiciadora del riesgo y de un factor normativo constituido por la transgresión de deberes impuestos por las normas generales de la convivencia humana o en normas reguladoras de actividades específicas.

2. *Originación de un daño o resultado lesivo.*

3. *Relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante de precaución y el mal sobrevenido.*

En este sentido se pronuncian las SSTS de 17/11/92 y 7/12/94.

Imprudencia temeraria.

Dispone el primer párrafo del artículo 565: el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

La doctrina legal y la práctica jurisprudencial consideran que comete imprudencia temeraria **quien omite "aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente"** (53). Es indiferente para calificar la imprudencia de temeraria que ocurra o no una infracción de reglamentos.

En este sentido, SSTS de 18/3/83, "...sin la precisión, diligencia y cautela que las circunstancias demandaban...", 10/5/83, "...grave imprevisión la persona que... la guardó en su bolsillo en situación de disparo, de suerte que al caer la cazadora al suelo y golpearse la varilla percutora se disparó el proyectil...", 13/2/86, "...descuido, negligencia o abandono del procesado, al no tener el cuidado de comprobar el estado en el que se hallaba su arma, tanto en el momento de dejarla colgada en el taquillón, como cuando la cogió para realizar un acto de servicio...", 23/2/90, "...al ir a cogerla cuando se estaba vistiendo de uniforme para ir a prestar su servicio reglamentario, asió el arma por el centro, introduciendo el dedo en el disparador, a consecuencia de lo cual se produjo un disparo...", 29/12/90, 31/1/92, 7/4/94, 11/6/92, 18/3/93, 12/5/94, etc.

Por otra parte, tal y como quedó de manifiesto al tratar del requisito de previsibilidad, la culpa está condicionada individualmente, y por ello, en la ponderación de las circunstancias objetivas y personales que rodean un hecho concreto en el que se hace uso de las armas de fuego, la copiosísima y uniforme jurisprudencia existente a este respecto exige de todo miembro de las FCSE un especial deber de diligencia en su utilización y manejo, en razón a su formación, instrucción y condición profesional en el uso de éstas.

Así, SSTS de 18/3/83, 10/5/83, 28/5/84, 13/2/86, "...Si todo el mundo que utilice armas tiene el deber objetivo de cuidado de hacerlo tomando las precauciones necesarias para que el uso de un instrumento tan peligroso no puedan derivarse daños, el deber es especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las FCSE...", 17/2/86, 11/12/87, "...la jurisprudencia viene declarando que el deber objetivo que corresponde a cualquier persona de adoptar las cautelas necesarias para que de su utilización no puedan derivarse daños se hace especialmente exigible en personas a las que se autoriza el uso de las armas en misión de vigilancia..."

Igualmente, SSTS de 23/2/90, 29/6/90, "...viene declarando reiteradamente esta Sala

que el deber objetivo de cuidado que corresponde a toda persona de adoptar las cautelas y previsiones necesarias para que del uso de las armas de fuego no pueda derivarse daños innecesarios, se hace especialmente exigible en personas a las que, como a las FCSE, se le encomiendan funciones de vigilancia y mantenimiento del orden público...", 17/7/90, 1 y 10/7/91, 10 y 16/12/91, 7/12/94, etc.

Impericia o negligencia profesional.

Como forma agravada de imprudencia, imponiendo las penas correspondientes a la imprudencia temeraria en su grado máximo, se tipifica en el segundo párrafo del artículo 565 la impericia o negligencia profesional, viniendo este artículo en aplicación, únicamente, cuando a consecuencia de ella se produzcan muerte o lesiones con los resultados previstos en los artículos 418, 419 o 421.2º del CP.

En el supuesto de que el mal causado fuere de extrema gravedad, el Tribunal, a su juicio, puede elevar en uno o dos grados la pena.

La culpa profesional se basa en la impericia, por ello los términos impericia y negligencia profesional que utiliza el CP se han de entender como sinónimos. **La impericia consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte.** La fuente de tal impericia puede estar, bien en la total falta de conocimiento (ignorancia), bien en un error en el juicio, bien en la defectuosa ejecución de un acto (inhabilidad, torpeza, ineptitud).

En todos los casos se requiere que el sujeto posea un título profesional, pero no basta con ello, pues será culpa común si no ha mediado impericia. Por tanto puede distinguirse entre la culpa del profesional, que es la imprudencia o negligencia común, cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional, que descansa en la impericia. Dejamos constancia de esta distinción dado su verdadero alcance práctico, en función de la mayor pena que corresponde a la conducta que pueda tipificarse como impericia profesional.

Es decir, lo que constituye la diferencia específica de este concepto es la concurrencia de los requisitos siguientes:

1. **Poseción de título profesional.**

2. **Profesionalidad.**

Ello implica que la conducta que se califica como imprudencia temeraria ha de haber sido realizada por un profesional en el ejercicio de las funciones propias de su oficio o cargo.

3. **Plus de ilicitud en la conducta.**

Con ello se requiere que en tal comportamiento haya habido un *plus de ilicitud* negligente, porque el autor del hecho no haya observado algunas o alguna de las normas de cuidado que ordinariamente son respetadas (*lex artis*) por los que ejercen esa misma profesión cuando actúan en supuestos similares. En este sentido puede también considerarse la impericia como caso particular de imprudencia profesional, que se produce cuando la causa de la conducta negligente se encuentra en la ignorancia de algo que, de modo evidente, por el contenido de la propia profesión se debiera conocer.

4. **Existencia de un minus en el plus de ilicitud negligente.**

La agravación cualitativa se aprecia siempre que el profesional se aparta, no por exceso, sino por defecto, de aquello que constituye una norma elemental de actuación que sus colegas ordinariamente observan en casos semejantes.

A este respecto son especialmente esclarecedoras las SSTS de 16/12/91, "... La impericia o negligencia profesional aparece en el actual párrafo 2º, artículo 565, CP como una modalidad agravada de la imprudencia temeraria, aplicable solamente cuando se produce muerte o lesiones muy graves, concretamente las de los artículos 418, 419 y número 2º, artículo 421, a través de un concepto claramente impreciso que ha necesitado una reiterada y difícil construcción jurisprudencial, que ha venido distinguiendo entre la imprudencia del profesional que, por sí sola, no permite la agravación de pena que tal párrafo 2º ordena, y la imprudencia profesional, que requiere, no

sólo que el hecho haya sido realizado en el ejercicio de una profesión, la propia de su autor, sino que, además, haya existido una falta de cuidado que ordinariamente observan las personas que ejercen su profesión en circunstancias semejantes, porque sólo este plus de ilicitud es lo que puede justificar la mayor sanción que la ley prevé. (SS 22 oct. 1958, 16 jun. 1970, 29 mar., 22 abr., 27 may., 7 jun. y 14 jun., todas de 1988, 27 abr., 5 jul., 5 oct., 24 nov. y 1 dic., éstas de 1989, 19 feb., 14 sept. y 5 nov. 1990, 20 feb., 7 nov. y 15 abr. 1991)...

...En este caso, en que el policía actuó con grave imprudencia, desde luego, pero no desentendiéndose de los deberes de su cargo, sino por exceso de celo en el cumplimiento de los mismos, no cabe apreciar ese plus de ilicitud negligente que constituye la esencia y razón de ser de la agravación por imprudencia profesional..."

Y STS 12/5/94, "... La culpa profesional es un ente de contornos no bien delimitados en el texto legal, lo que ha obligado a esta Sala a un esfuerzo exegético para caracterizar el *quid* o nota cualitativa que se sobreponga a la imprudencia común en sus diversos grados. Por de pronto el artículo 565 nos habla de "impericia o negligencia profesional", lo que en una interpretación meramente literalista obligó a la jurisprudencia a estimarla en la imprudencia cometida por un profesional. Pronto se advirtió que no cabe equiparar la impericia a la negligencia profesional, por más que a esta última se tilde de profesional, y entonces se recabó la distinción que hoy permanece entre culpa del profesional, que es la común perpetrada por profesionales, y la impericia, basada en una grosera ignorancia de conocimientos técnicos del que se inscribe en una profesión.

Se habla entonces de una infracción de la *lex functionis* y por ello se ha calificado también a tal impericia como "imprudencia funcional" o incapacidad técnica para quien ejerce determinado arte u oficio, cuyos contornos, en casos, se hacen imprecisos y confusos, sobre todo si el agente observa los deberes que normalmente son exigidos, pero que no se comporta igual en casos extraordinarios... evi-

dentemente atrajeron la más grave especie de imprudencia, no puede decirse con seguridad que, además, incurrieron en el subtipo de imprudencia profesional, dada la eventualidad y mayor rareza del caso en que hubieron de actuar (SS 7 mar. y 4 sep. 1991, y las que en esta última se citan)..."

Para concluir, remitiendo a lo dicho al principio, es de todo punto necesario formar e instruir a nuestro personal en los principios básicos de actuación en el uso del arma de fuego en acto de servicio, y en los requisitos y circunstancias que deben concurrir en los supuestos excepcionales en que el uso del arma esté legitimado, y ello, primeramente, con una sólida formación teórica, y en segundo lugar con la adecuada instrucción profesional en cuanto se refiere a los ejercicios de tiro, de forma que, logrando que los resultados del tiro se correspondan con la intención del tirador, se evite, por una parte la indecisión e inseguridad del agente que desemboca en inhibición, y por otra, las graves consecuencias para los ciudadanos a cuyo servicio, en todo caso, nos debemos.

NOTAS

(1) MANUEL MANZANO SOUSA. Uso de las armas de fuego en acto de servicio. Premio Teniente General Aramburu 1983. Revista de la Guardia Civil.

(2) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. El uso de la Fuerza por la Policía. Revista Guardia Civil.

(3) ANTONIO FERNANDEZ GALIANO. Derecho Natural. Introducción a la Filosofía del Derecho. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 5ª edición. Madrid. 1989. Página 292.

(4) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(5) MIR PUIG. Derecho Penal. Parte General. Madrid. 1985. Página 410.

(6) DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Asamblea de las Naciones Unidas. 10 de diciembre de 1948. Redactada por una comisión nombrada tras una Resolución de febrero de 1946 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, presidida por la señora Roosevelt. Se reunió por primera vez en Lake Success el 27 de enero de 1947. Redactado el texto, fue votado por la Asamblea General por 48 votos a favor, ocho abstenciones y *sin ningún voto en contra* (las ocho abstenciones fueron de los seis países del bloque socialista y de la Unión Sudafricana y Arabia Saudita).

(7) ANTONIO FERNANDEZ GALIANO. Op. cit. Página 295.

(8) *Ibid.* Página 290.

(9) CONVENCION DE SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, de los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, dictada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Nacida en el Consejo de Europa para aplicar y regular prácticamente "alguno de los derechos proclamados en la Declaración Universal", como dice el propio preámbulo del texto. Está firmada por diecisiete Estados miembros

(todos menos Suiza), y ha sido ratificada por dieciséis (todos menos Francia), entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953. Hay que tener en cuenta que Grecia no forma parte, por retratada, del Consejo de Europa, desde el 12 de diciembre de 1963.

(10) SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH) de 6 de febrero de 1976.

(11) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (STS) de 17 de julio de 1990.

(12) MINISTERIO DELL'INTERNO. Addestramento al tiro. Dipartimento della Pubblica Sicurezza. Direzione Centrale per gli Istituti di Istruzione. Páginas 153 y 154. Traducción del autor.

(13) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Nueva York, 16 de diciembre de 1966. Ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE número 103 del día 30). Surge con el fin de conseguir que la Declaración de 1948 adquiriera un rango jurídico, y por tanto obligatorio, superando la obligatoriedad sólo moral de aquel texto de la ONU. Para alcanzar tal finalidad, en las sesiones de la Asamblea General en 1951 se decidió articular esa organización en dos Convenios, encargándose de tal labor a la Comisión de Derechos Humanos, que acabó su Anteproyecto en 1954. Estos anteproyectos desembocaron en la aprobación por la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por 105 votos contra ninguno; el de Derechos Civiles y Políticos, por 106 votos contra ninguno; el protocolo facultativo de este último, por 66 votos contra 2 y 38 abstenciones. Su propia denominación indica la finalidad de Convenios presentados a la firma y ratificación de los Estados, entrando en vigor cuando los hayan ratificado treinta y cinco países miembros.

(14) CODIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY. Resolución 169/34 de la Asamblea General de la ONU en su 106 Sesión Plenaria de 17 de diciembre de 1979.

(15) RESOLUCION 690 DE 1979 RELATIVA A LA DECLARACION SOBRE LA POLICIA. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su treinta y una Sesión Ordinaria.

(16) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Manual de Policía Judicial. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1987. Página 38.

(17) Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 21/1981 de 15 de junio.

(18) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Principios de Derecho Constitucional Español. Atomo Ediciones. Segunda edición. Madrid, 1988. Página 216

(19) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 48.

(20) Id. Página 48.

(21) Id. Página 48.

(22) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Op. cit. Página 209.

(23) STC 15/1982 de 23 de abril. En igual sentido SSTC de 2 de febrero y 8 de abril de 1981.

(24) ANTONIO TORRES DEL MORAL. Op. cit. Página 209.

(25) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 47.

(26) A. E. PEREZ LUÑO. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid, 1984. Los derechos fundamentales. Madrid, 1985. en A. Torres del Moral. op. cit. Página 215.

(27) ORDEN DEL MINISTERIO DEL INTERIOR de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. (BOE núm. 236 de 2 de octubre de 1981.)

(28) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA, en la página 110 de la op. cit., la transcriben íntegramente como Circular de la Dirección General de la Policía, de mayo de 1983.

(29) LEY ORGANICA 2/1986, de 13 de marzo, DE FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. (BOE núm. 63 de 1986.)

(30) LEY 30/1992, de 26 de noviembre, DE REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN. (BOE número 285.)

(31) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 112. Consideran deseable detallar pormenorizadamente en una norma emanada del Poder legislativo el listado concreto de medios y medidas a emplear en el uso de la coacción directa por la Policía. Así, en la página 109: "Una cuestión que no puede ser más enunciada aquí es la distinción entre armamento policial y armamento militar. Nuestro Derecho no contiene, a nivel legal, como requiere la protección del derecho fundamental a la vida, una descripción de las armas con las que es lícito dotar a la Policía. Dígase aquí que, por respeto a ese derecho fundamental y al de la integridad física, el armamento policial debe revertir la máxima precisión: precisión de la que carecen, por ejemplo, las ametralladoras o granadas". Sólo podemos estar de acuerdo en la necesidad de conseguir un tiro preciso, acorde con la intención del tirador.

(32) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(33) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 50. Citan el *tyfome Deninger y Bege*, sobre utilización de armas de fuego, en el que se llega a considerar que la no previsión en una norma legal del tipo de armamento e instrumentos con los que se dota a la Policía es inconstitucional por afectar a la reserva de ley que protege el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas.

(34) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 50.

(35) LEY ORGANICA 1/1992, de 21 de febrero, SOBRE PROTECCION DE LA SEGURIDAD CIUDADANA. (BOE número 46 de 1992.)

(36) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 52.

(37) MIR PUIG Y LUZÓN PEÑA. Citados por MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(38) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(39) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 52.

(40) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(41) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit. Página 64.

(42) JUAN BUSTOS RAMIREZ. Manual de Derecho Penal español. Parte General. Barcelona, 1984. Citado por MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(43) MARTIN MUÑOZ NAVARRO. Op. cit.

(44) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal español. Parte General. Editorial Dykinson, 13 edición. Madrid, 1990. Página 565.

(45) JOAN JOSEP QUERALT Y ELENA JIMENEZ QUINTANA. Op. cit.

(46) Citado por RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Página 565.

(47) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 552 y siguientes.

(48) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 509 y siguientes.

(49) *Resultarian excepcionales los episodios dolosos con ocasión del uso de las armas en acto de servicio, baste recordar que "en el homicidio del artículo 407 del Código Penal, la conducta consiste, precisamente, en matar a otro queriendo privar de la vida, concurrendo así los elementos objetivo y subjetivo. Si pasamos al dolo eventual y aceptamos alguna de las doctrinas más caracterizadas de la teoría positiva del*

consentimiento, o de la probabilidad.... en ellas el agente asume, toma a su cargo consciente o acepta como probable o muy probable el evento dañoso emanante de su comportamiento real de volición frente a determinado acontecer, rechazo que... se extiende al llamado homicidio preterintencional, que contempla la conducta de quien, queriendo producir unas lesiones, causa imprudentemente la muerte, generándose así una disolución entre lo querido y lo acontecido (STS de 18/3/93). Es evidente que, ante la duda sobre la intención y deseo de no matar, la decisión habría de proyectarse hacia la solución más favorable al inculpado, en aplicación del principio del favor rei.

(50) MANUEL MANZANO SOUSA. Op. cit.

(51) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Páginas 473 y siguientes. En la nota (3) de la pág. 473 cita a ANTON ONECA, I (1949), 217: "voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible". DEL ROSAL, Lecciones, I, 1960, 418: "La producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió evitarse si se hubiere prestado la diligencia debida".

(52) En función de la previsibilidad, la culpa se divide en culpa consciente o con previsión y culpa consciente o sin previsión. La culpa consciente se caracteriza porque el sujeto se

representa la posibilidad del evento dañoso y, no obstante, actúa confiado en que no se producirá. SSTS de 28/2/63, 6/12/63, 25/3/64, 8/10/64, 15/11/67, 1/7/69, 19/10/76, etc.

En la culpa inconsciente falta toda representación de aquella posibilidad, aunque el sujeto pudo y debió haber imaginado lo que había de ocurrir y, en consecuencia, haber ajustado su conducta a los mandatos del Derecho. SSTS de 30/9/68, 3/6/69, 16/3/87, etc.

Por lo que respecta al dolo eventual, en él, "...el agente asume, toma a su cargo, consiente o acepta como probable o muy probable el evento dañoso emanante de su comportamiento real de volición frente a determinado acontecer..." (STS de 18/3/93).

En cuanto a la diferencia entre culpa consciente y dolo eventual, SSTS de 22/3/88 y 12/5/94, "...concurre la culpa consciente, vecina del dolo eventual, que se diferencia de éste por el elemento volitivo, pues la voluntad de los acusados no llegó al punto de aceptar los resultados lesivos que se produjeron..."

(53) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA. Op. cit. Página 488, citando a SILVELA.

REFLEXIONES EN TORNO A LA VIGENCIA DEL MODELO FRANCÉS DE POLICÍA

GONZALO JAR COUSELO

Teniente Coronel de la Guardia Civil
Doctor en Ciencias Políticas

DENTRO de la clásica división de sistemas de organización policial en Europa, el modelo francés ha sido considerado como el paradigma de los *centralizados*, frente al imperante en el mundo anglosajón, caracterizado éste por una fuerte descentralización tanto del nivel de decisiones en dicho ámbito como de dependencia directa de los múltiples Cuerpos existentes en el mismo. Sin embargo, dado el carácter monográfico de este trabajo y que esa tradicional distinción es cada vez menos pertinente —en los últimos tiempos se percibe una tendencia a la convergencia de ambos modelos—, convendría profundizar un poco más en las características que permitan abordar el estudio desde una perspectiva más concreta que la que se deriva de una diferenciación tan genérica como la anteriormente expuesta.

Para ello, y siguiendo a *D. Monjardet* —quien, a su vez, bebe de la teoría desarrollada por *Loubet del Bayle*—, el modelo francés de policía se incluiría dentro del que este último denomina "*autoritario*", caracterizado por su implantación en un sistema político con una débil dinámica societal, entendida ésta como la capacidad de la sociedad para conseguir determinados fines por sí misma, y dominada por una organización política mucho más fuerte que aquélla. Como afirma el primero de los autores citados, ese prototipo de modelo autoritario se encuadraría en el que de manera eufemística los anglosajones denominan "*continental*", cuyos rasgos característicos serían:

- Fuerte centralización de las decisiones en el poder ejecutivo estatal.
- Absoluta prioridad de las funciones relacionadas con el orden público.
- Una función institucional de policía políti-

ca, en la línea tradicional que en su momento implantó *Fouché*, o al menos con posibilidad de influir en las decisiones del poder político.

En ese sentido, y desde un punto de vista más sociológico, cabría señalar que la peculiaridad más significativa de este tipo de sistemas, y por ende del francés, vendría definida por una amplia y fuerte autonomía operacional de los Cuerpos de policía, en la línea de lo que los analistas, sobre todo anglosajones, han venido en denominar '*policía discrecional*'—de ahí su cuestionado carácter democrático—, término que, por cierto, sus colegas franceses no acaban de aceptar de buen grado a causa de las connotaciones de tipo político que se pueden derivar para los responsables de dichas instituciones.

A pesar de esos celos, existe un acuerdo bastante generalizado a la hora de establecer una serie de premisas en las que se ha venido fundamentando ese modelo. En principio, como ocurre en todos los supuestos que se pueden dar, el mismo se inserta en un sistema político estatal concreto, donde las decisiones se adoptan de forma centralizada y cuya estructura organizativa gira en torno al núcleo principal de la Administración del Estado. De ello se deriva que, a pesar de la reciente reaparición de un fenómeno tan ajeno a los franceses del siglo XX como es el de la proliferación de Policías Municipales, las políticas de seguridad pública se elaboren desde los órganos centrales y que los Cuerpos encargados de ponerlas en práctica sean casi exclusivamente de ámbito estatal y con jurisdicción sobre todo el territorio nacional.

De cualquier manera, sirvan estas primeras líneas al menos para establecer el marco de análisis que se desarrollará a continuación y, además, para tratar de entender que, dentro de las evidentes coincidencias que suelen darse en la práctica policial de todos los países, surgen una serie de peculiaridades que conforman cada uno de los sistemas imponentes en los mismos, a cuyo estudio son dedicadas las páginas siguientes.

LOS ORIGENES DEL ACTUAL SISTEMA

Como no podía ser de otra forma, al igual que ocurre en el resto del mundo, la policía francesa es una consecuencia de su historia y de su cultura que, en este caso concreto, permaneció durante mucho tiempo invariable. En esa línea historicista, el argumento que ha servido para sostener el entramado de seguridad interno se vincula directamente con una tradición caracterizada por la muchas veces obsesiva preocupación por el mantenimiento del orden, derivada de situaciones de violencia e inestabilidad política surgidas de la confrontación, nada pacífica, entre absolutismo y constitucionalismo, lo que sirvió para generar lo que *Roach* calificó de '*colaboración estrecha entre Policía y Estado*'.

Por su parte, *Emsley* achacaba el fenómeno de la centralización al carácter absoluto de la antigua monarquía francesa, frente al tradicional constitucionalismo de la inglesa, dentro de la puesta en práctica del ya clásico principio básico centralista de '*una nación, un Estado*'. No es de extrañar, pues, que la Policía francesa haya jugado un papel trascendental dentro de la Administración, estatal por supuesto, al convertirse en el brazo firme y efectivo del que se servían los distintos Gobiernos para ejercer un mayor o menor control social en cada momento, de ahí el interés de muchos estudiosos especializados en cuestiones que tratan de relacionar organizaciones complejas, como puede ser la Policía, y control administrativo.

Desde sus inicios el aparato policial francés se verá impregnado, a diferencia del inglés, de un inequívoco estilo militar, sobre todo a través del ejercicio del mando con un fuerte componente autoritario y la ininterrumpida presencia de una fuerza como la Gendarmería Nacional, con escasas influencias sociales externas, manifestado fundamentalmente en la función de control del orden público y donde la figura del '*prefecto*'—encargado de dirigir y coordinar a los distintos Cuerpos de Policía— ocupa un lugar central y preferente.

En realidad, tal y como plantea *Gleizal*, este tipo de organización policial trataba de

responder desde el primer momento a la necesidad de conciliar unos principios que, de entrada, podrían considerarse contradictorios: por un lado el de *unidad*, plasmado en la dirección y control desde el centro del sistema, y por otro el de *diversidad*, en la medida que habría de abarcar a todo el territorio nacional, con las especiales características que definen cada una de las regiones francesas. Como afirma el mismo autor, se trataría de una dialéctica en la que, frente a lo que sucede en otro tipo de democracias liberales, se opta por "*dar prioridad a la unidad*", conformando un modelo de Policía centralizada o, si se prefiere, "*estatalizada*", es decir, administrada por el propio Estado, manteniéndose históricamente esa línea de continuidad a lo largo de los dos últimos siglos. Aunque eso convertía inexcusablemente a la Policía en un instrumento de poder político, el grado de complejidad alcanzado en su desarrollo posterior acabaría por hacerla más resistente a las inevitables presiones políticas.

Si bien, durante casi todo el siglo XIX, las fuerzas de seguridad francesas se articulan orgánicamente a nivel municipal, bajo la permanente supervisión del prefecto que ejerce su poder de tutela, el elemento centralizador del sistema lo aportará la omnipresencia a lo largo de todo el territorio de la Gendarmería Nacional. El Código Municipal de 1884 atribuía al alcalde la misión de velar por la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas, pero los influyentes reformadores de ese siglo defenderán con mucha firmeza el carácter estatal de la Policía como medio para lograr una mayor eficacia de la misma, a través de la mejora de los sistemas de selección y formación así como de la planificación de la carrera profesional; por contra, se produce una progresiva burocratización del aparato policial y, en definitiva, de la aparición de un incipiente corporativismo, considerado por el mismo Gleizal como "*verdadero motor de la autonomía policial*", evolución que, en cualquier caso, se producirá de manera lenta.

Todo lo expuesto, y muchas otras razones, sirven a Fogel para poner de manifiesto cómo un cierto sector de la doctrina anglosajona pueda seguir manteniendo que la existencia

de una Policía centralizada constituiría una amenaza para la libertad democrática —se llega a hablar expresamente de "*modelo totalmente antidemocrático*"—, al no ser capaz de adaptar unos procedimientos bastante rígidos y convencionales a los principios democráticos que exige su funcionamiento en una sociedad libre. De la necesidad de una policía más próxima a los problemas de los ciudadanos habrá ocasión de hablar más adelante.

En un interesante trabajo, en el que procedía a una revisión crítica del sistema policial francés —el de Napoleón y Fouché, todavía vigente al permanecer invariable su estructura básica y la filosofía de trabajo de los agentes—, D. K. Das comenzaba por reconocer que, si bien el legado histórico de una rígida organización administrativa podía conducir hacia un sistema autoritario y en exceso controlador, la observancia de la realidad cotidiana en dicho país no ponía en evidencia tal planteamiento, en la medida que las decisiones relativas a los temas de seguridad interior se habían puesto en manos de mandos bien formados y con alto nivel cultural —generalmente, al frente de los Cuerpos policiales se sitúa personal ajeno a los mismos—, con lo que, a pesar de los riesgos de centralización, no se llegó nunca a producir el "*abismo entre la Policía y la Comunidad*" y, por el contrario, dichas instituciones han venido gozando a lo largo de la historia de un mayoritario apoyo popular.

Para avalar ese posicionamiento no duda en echar mano de la opinión de diversos autores estudiosos del tema. Así, tras recordar cómo ya el propio *Tocqueville* resaltaba el interés creciente de la ciudadanía francesa de la época acerca de las cuestiones relacionadas con la seguridad pública —resultado de un deseo compartido de disponer cada día de una Policía mejor—, y cómo la eficacia de ésta servía para un mayor reconocimiento de la misma, ratificaba esa línea de pensamiento con la teoría defendida por *Stead*, según la cual, a diferencia de lo que ocurre en el área anglosajona —donde, ciertamente, los ciudadanos jamás han apostado por su Policía—, en Francia "*juega un papel importantísimo en la Administración general*", de ahí que pueda

establecer un estimable nivel de relaciones con la sociedad a la que sirve.

A fin de constatar una vez más esa orientación democrática de la Policía francesa, algo que en los países del sur europeo nunca se ha cuestionado, *Berkeley* hablaba ya en 1969 de la implantación en las instituciones policiales de órganos de participación para los propios agentes —la '*Comisión Administrativa Paritaria*' o los '*Consejos de Disciplina*' pueden ser buenos ejemplos—, en tanto *Bayley* afirmaba que el caso francés ilustra de manera convincente el principio de que "*la democracia es compatible claramente con ciertas estrategias de control*", toda vez que, además de la supervisión burocrática a que está sometida la Policía —ministro y prefectos—, en su trabajo diario importan más los contactos personales que las rígidas disposiciones estatutarias. Llegar a comprender por qué las organizaciones policiales francesas siguen siendo democráticas y responden a las necesidades de la comunidad a la que sirven exige, a juicio de *Das*, un análisis de la importancia que las tradiciones nacionales, los valores y las creencias representan para sus ciudadanos, de ahí la necesidad de utilizar ese enfoque cultural e histórico al que se ha hecho referencia con anterioridad.

En ese sentido, y a pesar de que parezca una obviedad, convendría recordar que no se puede hablar de controles mecánicos ejercidos sobre los miembros de los Cuerpos de policía, en la medida que las distintas Constituciones republicanas han previsto la existencia de "*salvaguardas institucionales*" contra los posibles abusos de poder que pudieran surgir desde los aparatos de seguridad. Aunque pueda ser cierto que los policías franceses desempeñen sus cometidos impregnados del ya comentado '*estilo militar*' —*Gleizal* asegura que por encima de todo está el "*respeto al orden público*"—, ello no impide a este mismo autor considerar que, a la hora de hablar del modelo francés, hay que reconocer que se trata de una "*Policía democrática con un fuerte ascendente todavía*" en la sociedad.

ANTECEDENTES PROXIMOS

Una de las grandes paradojas que se descubren cuando se entra con cierto rigor en el estudio del modelo francés de Policía es la de que, frente a un planteamiento político-constitucional de preeminencia del Estado respecto a otros niveles administrativos más bajos, la realidad práctica hasta época bien reciente pareció contradecir esa idea básica de centralización toda vez que, salvo el despliegue por todo el territorio de la Gendarmería, la mayor parte de efectivos policiales civiles se encuadraban en el ámbito municipal, sin mecanismos que sirviesen a la interconexión de todos ellos y, en definitiva, a la eficacia del sistema.

El primer instrumento legislativo que sirve a lo que *Monjardet* denominó "*movimiento de estatalización de las fuerzas de Policía*" en Francia aparece en 1941, con la denominada '*Ley Vichy*', en referencia al régimen establecido a consecuencia de la invasión nazi de dicho país. Lo que se contempla en esa norma es un reforzamiento del poder de los prefectos, la implantación de unidades de policía estatal en todas las ciudades de más de 10.000 habitantes y una medida que tendrá una gran trascendencia para el futuro del sistema como fue la creación de la Escuela Nacional Superior de Policía, algo que permitirá comenzar a considerar una cierta idea de autonomía y profesionalización del aparato policial.

Sin embargo ese proceso, ahora sí novedoso, de centralización de efectivos a nivel nacional tardaría todavía algunos años más en producirse, coincidiendo con los importantes movimientos migratorios que llevarán a mucha gente de las zonas rurales hacia las grandes urbes. Este sí será un factor que condicionará de manera determinante la evolución del sistema de seguridad interna en Francia, como se ha puesto de manifiesto recientemente en los suburbios metropolitanos, lugares donde se concentran la mayoría de inmigrantes. Al mismo tiempo, la permanencia de múltiples y diversos Cuerpos de Policía Municipal había provocado frecuentes casos de corrupción institucional y personal

—*Monjardet* habla de “patronazgo y confusión entre agente electoral y autoridad policial”—, de ahí que, en 1967, se adopte una de las decisiones que más favorezca a esa idea tan perseguida de la estatalización de las fuerzas de policía francesas: la fusión de la Policía Municipal de París en una Dirección General única y centralizada de Policía Nacional.

Con ello se consigue que, a partir de entonces, todos los policías adquieran la condición de funcionarios del Estado, dentro de una administración policial única, centralizada y bajo la autoridad directa del ministro del Interior, si bien, por contra, provocará la ruptura de los vínculos, orgánicos e institucionales, que hasta entonces los agentes habían mantenido con sus conciudadanos. La dicotomía entre el policía comunitario, o de proximidad, y el suficientemente alejado de los riesgos que entraña la figura anterior surgía en toda su crudeza dando lugar a un debate que, como habrá ocasión de comprobar, todavía no se ha cerrado de manera satisfactoria para todos los intereses en conflicto.

Aparte de que una excesiva implantación rigurosa del modelo centralista implicaba vaciar de responsabilidad en la materia a los escalones inferiores administrativos, autores como *Vogel* sostienen que las deficiencias argüidas a favor de ese proceso estatalizador, y en contra de la pervivencia de las Policías Municipales, no se pueden atribuir en exclusiva a éstas, como lo habían demostrado ya los tristemente célebres casos de corrupción de policías estatales en ciudades como Marsella y Niza en la década de los años treinta.

Por vez primera la Policía francesa aparecía con una especificidad propia en todo su conjunto, en la medida que se trataba de una institución cuyos principios básicos de funcionamiento seguían al dictado los que habían inspirado durante los dos últimos siglos a la Administración en la que estaba integrada; sin embargo, como asegura *Gleizal*, ya no iba a ser posible “seguir funcionando según el modelo centralista”, pues la Policía, además de dedicarse a mantener el orden, necesitaba adecuar su actuación cada vez más a los principios del Estado de derecho —es decir, el escrupuloso respeto a la legalidad—, así como

un mayor sometimiento y control por parte de las jurisdicciones administrativa y judicial.

La persistencia en los procesos de centralización y burocratización no impedirán, a partir de la década de los setenta, que se comiencen a detectar los primeros cuestionamientos abiertos del sistema policial francés, al mismo tiempo que en el resto de la Administración, coincidiendo con un enriquecedor debate en torno al concepto de seguridad, en la medida que se pasa del tradicional planteamiento basado en la idea fundamental del mantenimiento del orden público a otro mucho más abierto y participativo, vinculado de manera directa a los problemas de inseguridad que padece el hombre de la calle (violencia social, temor a ser víctima de un delito, etcétera).

Es así como el Gobierno conservador entonces al frente del ejecutivo decide crear, en 1976, la denominada ‘*Comisión Peyrefitte*’, con el exclusivo encargo de proceder a un estudio profundo de todos los aspectos relacionados con la violencia, la criminalidad y la delincuencia, cuestiones que, en dicho momento y en la medida que suponían una acerva crítica al sistema tradicional imperante, le otorgan al debate un carácter casi revolucionario. El documento elaborado por dicha Comisión —titulado ‘*Respuestas a la violencia*’— no pasa de ser un mero diagnóstico de la situación, como se recoge en alguna de sus conclusiones: “*Un sentimiento de inseguridad ha aparecido, que puede incluso engendrar violencia, en una sociedad donde la norma jurídica no aglutina ya un consenso general y donde a algunos le tienta la idea de hacer justicia*”.

A falta de la necesaria propuesta de soluciones para resolver el problema, lo único que se resaltaba era la necesidad de dar respuesta a todas las inquietudes sociales detectadas durante la elaboración del informe. En realidad, el mismo *Gleizal* considera que el debate a estas alturas trascendía ya los enfoques institucionales para encarar dicha problemática y de lo que se trataba era de dilucidar el dilema que se planteaba al confrontar los conceptos de “seguridad y modernización”. Si para algo había servido la citada Comisión

era para sacar a la luz la necesidad ineludible de proceder a una reforma institucional de la Policía, algo para lo que los sucesivos gobiernos conservadores no parecían estar preparados, de ahí que la llegada de la izquierda al poder, en 1981, abriese las puertas a la esperanza de la necesaria transformación del sistema policial.

Poco tiempo después de formarse el primer gobierno socialista, los responsables de Interior, con el ministro G. Defferre a la cabeza, descubren lo que *Gleizal* califica de "situación de vetustez que alcanza cotas dramáticas" en la Policía francesa. No obstante, los proyectos de reforma contemplados en su programa de gobierno, muy influenciados por los sentimientos tradicionales de la izquierda respecto a la Policía —considerada por muchos de ellos como institución represora de los derechos ciudadanos a la que, por tanto, era necesario transformar de manera radical e inmediata—, no van a poder ser puestos en práctica de inmediato, pues los problemas de inseguridad ciudadana existentes les obligan a ser 'realistas', a fin de no dar oportunidad a la oposición de derechas de utilizar estas cuestiones como objeto de ataque en la confrontación parlamentaria.

Constatada, pues, una obviedad como era la necesidad de seguir contando con la Policía existente, los esfuerzos se van a centrar en elaborar propuestas de reforma que permitan hacer frente a los problemas de seguridad inmediatos. A los pocos meses de asumir las responsabilidades de gobierno, el ejecutivo recibirá un importante documento respecto a esta problemática: el '*Informe Bonnemaison*' (1982). Si bien en lo esencial se vuelven a retomar las ideas y método del elaborado por la '*Comisión Peyrefitte*', hay que reconocer que el enfoque que se le da a aquél supone una modificación cualitativa de cierta trascendencia, en la medida que se profundiza con mayor intensidad en el concepto positivo de seguridad.

A través de un tipo de análisis mucho más abierto que el utilizado tradicionalmente —la aproximación al tema se hace tanto desde un punto de vista institucional como sociológico—, se llega a la conclusión, hoy mayoritariamen-

te aceptada ya, de que la respuesta al fenómeno de la delincuencia no puede ser solamente represiva, sino que es preciso considerar un mayor número de variables vinculadas a dicha problemática (prevención, solidaridad, reinserción, etc.). Bajo ese prisma no es extraño que surjan cuestiones que, no por evidentes, habían sido escasamente tenidas en cuenta hasta ese momento: favorecer la proximidad de la Policía al ciudadano; mayor coordinación entre Cuerpos; promover procesos de descentralización y, más en concreto, aumentar el nivel de competencias y responsabilidad de los municipios.

En cualquier caso, los condicionamientos de todo tipo a que se ve sometido ese primer gobierno socialista obliga a reconsiderar sus proyectos iniciales, de tal manera que, como afirma *Gleizal*, "se sentirá atrapado en el juego de su reforma", lo que significa tener que aparcar los objetivos previstos. El mismo autor asegura que la reforma policial no fue nunca para esa izquierda gobernante una "cuestión prioritaria" —a pesar de que, en un primer momento, pensaron en la "supresión de la Policía política de información" (el Cuerpo de '*Reinsegnements Generaux*')—, como lo demuestra que ninguno de los dos ministros de Interior que ocuparon dicha cartera entre 1981-1986 se hubiesen hecho eco de la necesidad de descentralizar el sistema.

Ese primer periodo —entre 1986-1988 vuelve la derecha al gobierno— se caracteriza por un esfuerzo notable en los procesos de modernización, sobre todo en materia de formación, lo que lleva a *Gleizal* a considerar a esos gobiernos como "reformadores y no justicieros" de la institución policial. Una vez recuperado el poder, en 1988, se retoma la idea de modernización, pero no sólo dedicada a mejorar la acción de los policías, sino que, además, se incidirá en aspectos de tipo organizativo, proceso en el que jugarán un papel de intermediación muy importante los sindicatos. A pesar de que el tema del sindicalismo en la Policía merecería por sí solo un estudio monográfico, baste decir que se trata de una cuestión que trasciende el habitual papel de representación de los intereses de los agentes, en la medida que condiciona decisiones

que afectan a la totalidad de los ciudadanos. Reconocido como derecho en la Policía Nacional desde la década de los cincuenta-sesenta —en la Gendarmería surgieron brotes reivindicativos a finales de los ochenta, que sirvieron para arbitrar órganos intermedios de representación—, y con una gran diversidad de organizaciones (más de treinta en todo el país), *Monjardet* atribuye a ese movimiento dos rasgos característicos: “*potente y dividida*”.

En efecto, si bien la tasa de afiliación se puede considerar muy elevada —a diferencia del resto de actividades laborales—, lo que le permite jugar un papel trascendental en los órganos paritarios que velan por la determinación de misiones, recursos, carrera profesional o procedimientos de actuación, esa misma circunstancia genera división y pluralismo, derivado de un criterio de afiliación basado en la pertenencia a las distintas ramas de actividad policial. Las diferencias ideológicas, aun cuando la mayoría rechaza calificaciones de ese tipo, o la agrupación en federaciones según determinadas coyunturas, hace que las relaciones entre ellos sean habitualmente difíciles, apareciendo unidos solamente “*cuando se sienten atacados como policías*”, cuestión que, para el citado autor, es clave a la hora de entender el funcionamiento de la Policía francesa.

LA SITUACION ACTUAL

Ante la imposibilidad de llevar a cabo una descripción exhaustiva del momento en que se encuentran los distintos Cuerpos de Policía en Francia, se tratará de subrayar los aspectos más importantes que permitan conocer la situación real de los mismos, haciendo hincapié en aquellas cuestiones que sirvan para profundizar en el análisis de todo el sistema de seguridad interior. Para ello, es inevitable descubrir los últimos cambios producidos en cada uno de los Cuerpos estatales y, para completar esa visión, detenerse en el ya apuntado fenómeno emergente de los Policías Municipales y en el resto de novedades que surgen a diario en el campo de la actividad policial.

La Policía Nacional

Como el lector ya conocerá, se trata de un Cuerpo de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior, y con un estatuto semejante al del resto de funcionarios de la Administración del Estado. Hasta 1992, la estructura orgánica de la institución se estableció bajo el principio de una gran diferenciación funcional, lo que, según sus responsables, no suponía dividirla en compartimentos estancos, sino que implicaba un esfuerzo mayor de comunicación entre las partes. De esa manera, además de las Direcciones Centrales de Personal y Formación, Logística e Inspección General, se establecían otras seis de carácter netamente operativo:

- *Policía Judicial* (PJ): Atención a las autoridades judiciales y persecución de la delincuencia organizada y delitos más graves, con unos efectivos de alrededor del 5 por 100 del total.
- *Reinsegnements Generaux* (RG): Dedicados casi en exclusiva a la información político-social y, de forma accidental, a temas de juego, su plantilla oscila entre el 3-4 por 100.
- *Vigilancia del Territorio* (DST): Como un típico servicio de contraespionaje, su misión se centra en el control de la actividad de los extranjeros dentro del territorio nacional, para lo cual cuenta con un 1,5-2 por 100 de efectivos.
- *Policía Urbana* (DCPU): En funciones clásicas de seguridad ciudadana, su actividad principal se realiza a través de patrullas en zonas urbanas, a cuyo fin dispone de más del 60 por 100 de efectivos del Cuerpo, la mayoría uniformados.
- *Policía de Aire y Fronteras* (PAF): Encargados de la vigilancia y control del espacio aéreo y de las fronteras nacionales, con unos efectivos que rondan el 7 por 100 del total.
- *Compañías Republicanas de Seguridad* (CRS): Constituidas como una reserva general del mando para hacer frente a las alteraciones de orden público, cuen-

tan con cerca del 15 por 100 de efectivos.

A partir del citado 1992, las Direcciones Centrales de RG, PU y PAF son reagrupadas en la Dirección Central de Policía Territorial (DCPT), aun cuando las especificidades propias de cada una de aquéllas se mantienen en la de nueva creación, con lo que la división actual operativa se corresponderá clarísimamente con la tradicional diferenciación de actividades que la ciencia policial considera clásica: policía criminal (PJ); policía de seguridad (PU); mantenimiento del orden (CRS) e información (RG). Esta teórica correspondencia no le impide a *Monjardet* cuestionarse sobre la conveniencia de considerar oficios diferentes dentro de la actividad general de policía dichos cometidos, en vista de las dificultades que surgen de una estructura como la descrita para la necesaria interconexión de las mismas.

La plantilla total del Cuerpo ha seguido una línea de crecimiento claramente ascendente, como lo demuestran las cifras que se exponen a continuación:

AÑO	1952	1980	1993	1994	1996
Efectivos*	79.000	111.610	132.000	133.620	137.459

(*) Incluye personal administrativo.

Si se comparan esas magnitudes se observará cómo, entre 1952-1980 —siempre bajo gobiernos conservadores—, el incremento en el número de agentes supera el 41 por 100, en tanto que en el período de presidencia socialista se aproxima al 20 por 100, tasas ambas que se sitúan muy por encima de los correspondientes a crecimiento demográfico de la población nacional, lo que indica que la política de aumentar efectivos policiales no es exclusiva de ninguna opción política. Finalmente subrayar que esa tendencia se mantiene en estos últimos años, a pesar de las restricciones presupuestarias que impone el cumplimiento de los criterios de Maastricht.

Según la documentación aportada al

Parlamento para el debate de elaboración del Presupuesto para 1996, la distribución de los efectivos en la Policía Nacional es:

Profesionales.....	113.231
Policías Auxiliares.....	9.325
Administrativos.....	12.936
Técnicos.....	395
Empleados servicios técnicos.....	1.271
Empleados de cocina.....	301
TOTAL	137.459

Señalar que la figura del '*policía auxiliar*' —a imagen de la similar del '*gendarme auxiliar*'—, reclutados entre los militares del contingente que anualmente es requerido para prestar el servicio nacional, ha representado desde hace once años una rentable solución a los permanentes problemas de personal que padecen todos los Cuerpos de policía, en la medida que es mucho más económico que un profesional y permite, tras un período de permanencia en la institución, efectuar una mejor selección de entre los aspirantes a ingreso en la misma, como lo demuestran los elevados porcentajes de aprobados por esta vía en las últimas convocatorias. Tras un curso en la Escuela de Policía son destinados a comisarías o unidades de especialistas, concentrándose hasta el 80 por 100 de ellos en la región de París.

Sin embargo, ello sirve de argumento a los que califican de militarista el modelo francés de policía, al entender que se mezclan cuestiones tan distintas como son servicio militar y protección de derechos y libertades de los ciudadanos. En ese sentido, alguna de las medidas adoptadas recientemente por el Gobierno Juppé parecen reforzar las referidas tesis, como puede ser el caso del plan puesto en marcha por el ministro de Educación para el curso 96-97, en el que se contemplan 19 medidas encaminadas a poner freno a la creciente ola de violencia que sufren los centros escolares, una de las cuales es asignar 2.200 reclutas para reforzar la vigilancia de los situados en las zonas más conflictivas.

De la plantilla total, alrededor del 80 por 100 —la mayor parte de la numerosa Dirección

de Policía Urbana- viste de uniforme durante el servicio y el resto lo presta de paisano, en tanto la división del personal por escalas se establece porcentualmente de la manera siguiente: Dirección (1,8 por 100), con tres categorías de comisario; Mando (16 por 100), con las de comandante, capitán y teniente; Suboficiales (9 por 100), con las de brigadier mayor y brigadier, y la Básica (65 por 100), con la de *'guardia de la paz'*. El resto corresponde a los ya citados policías auxiliares (8 por 100).

A comienzos de 1995 se procede a la aprobación de la Ley 95/73, de 21 de enero, *'de orientación y programación relativa a la seguridad'*, en la que, entre otras cuestiones, se contempla una reforma de la Policía Nacional y de las carreras profesionales de los funcionarios de policía. Es así cómo se pasa de la estructura jerárquica de cinco categorías —comisario, inspector, investigador, oficial y guardia— a tres escalas: dirección; mando y encuadramiento y básica. En cada una de ellas se establecen las categorías citadas en el párrafo anterior, englobando en la básica a brigadieres y guardias. Además se pretende llevar a cabo, de una vez por todas, la fusión de los servicios de uniforme y paisano, origen de numerosos conflictos a nivel interno.

Según el artículo 19, el personal del Cuerpo —comprende al que realiza funciones policiales, administrativas, técnicas o científicas y, también, los policías auxiliares— constituye una *'categoría especial'* dentro de la función pública, de tal manera que su estatuto puede derogar el general del resto de funcionarios así como beneficiarse de *'remuneraciones especiales'* (incluidas resto de indemnizaciones y régimen de pensiones), todo ello en razón de la *"naturaleza específica de sus funciones y de las misiones que le son confiadas"*.

En cuanto a distribución de efectivos por niveles de jerarquía, la pretensión es resolver los desajustes que provoca un elevado número de comisarios en la cúspide de la pirámide de mando, para lo que se piensa en contratar personal administrativo, ya sea para dedicarse a funciones de gestión —25 plazas en 1995 y 40 al año siguiente— o para liberar personal

policial para el servicio activo. Aparte de proponer la creación de 700 puestos para personal técnico y administrativo, se fija un plan quinquenal que prevé la incorporación de otros 5.000 puestos de trabajo, ya que, si bien en los últimos 15 años el incremento de esos funcionarios fue del 40 por 100, todavía la cifra total está muy lejos de las existentes en Gran Bretaña o Alemania.

Respecto al personal dedicado al servicio policial, la previsión contenida en la ley se ve plasmada ya en el Presupuesto de 1996, al contemplar un incremento de cerca de 2.000 agentes, a los que hay que sumar 1.000 policías auxiliares —con un incremento parcial del 10 por 100—, 500 voluntarios de largo servicio (VSL) y, a causa del *'Plan Vigipirate'*, puesto en marcha para hacer frente a la amenaza del terrorismo islámico, otros 500 puestos de carácter complementario. A esas nuevas necesidades de reclutamiento era preciso añadir las derivadas de las bajas naturales producidas en la plantilla a causa de cumplir la edad señalada para el cese en la situación de actividad.

El artículo 4 de la citada ley establece, para el período 1995-96, las siguientes misiones prioritarias para el Cuerpo: la lucha contra la violencia urbana e inseguridad generada por la pequeña delincuencia; control de la inmigración ilegal y el empleo clandestino; combatir la delincuencia organizada, en especial la relacionada con el narcotráfico y con actividades económico-financieras; mantenimiento del orden público y proteger al país del fenómeno terrorista y de los atentados contra intereses fundamentales de la nación. Como se puede deducir, no hay grandes sorpresas en las prioridades de seguridad y sí, quizá, un reforzamiento de los planteamientos ya tradicionales del modelo francés, algo ciertamente paradójico cuando en el artículo 3 se plantea la necesidad de contar con una Policía próxima al ciudadano.

A fin de proceder a la renovación de contenidos en la formación de los nuevos agentes, y poder así conseguir al mismo tiempo cambios en la mentalidad de sus miembros, así como intentar un rejuvenecimiento del personal, se pone en marcha un plan de moderni-

zación, concretado en medidas como: mayor rigor en la selección, sobre todo con el elevado número de aspirantes que concurren a las últimas convocatorias; fomento de la promoción interna, a través de una exigencia más rigurosa de condiciones y titulación de los participantes en dichos procesos y una especial sensibilización hacia cuestiones como el sindicalismo o la presencia cada vez más importante de mujeres en el Cuerpo.

Gendarmería Nacional

A diferencia del anterior, la Gendarmería constituye un Cuerpo de naturaleza militar, dependiente del Ministerio de Defensa (Decreto de 6-I-1959), pero que, como policía que presta servicio propio en todos los núcleos de población de menos de 10.000 habitantes, mantiene una peculiar dependencia funcional del ministro del Interior y, por consiguiente, de los respectivos prefectos. Tradicionalmente, al frente de la misma ha solido situarse un director general civil procedente de la Magistratura, si bien en la actualidad es dirigido por un antiguo prefecto, lo que, a juicio de algunos analistas, representa un giro significativo en los nuevos planteamientos que los responsables políticos franceses sostienen en materia de seguridad.

Constituida en '*Dirección General de Gendarmería Nacional*' por Decreto de 10-XI-1981, aunque se la dotó de autonomía funcional no disponía de la necesaria en el ámbito operativo militar y logístico, lo que impedía su incardinación en un mando militar integrado y que, por tanto, sus actuaciones de naturaleza castrense tuviesen que realizarse siempre en beneficio de otras fuerzas militares. De esa manera es cómo, en el plano operativo militar, el director general ha de subordinarse al jefe de Estado Mayor de los Ejércitos, como un eslabón más del dispositivo general de las Fuerzas Armadas. El no estar dirigida por un militar se convierte en una de las diferencias fundamentales que le impide ser considerada, al igual que los '*Carabinieri*' italianos, un Arma de los Ejércitos franceses, a pesar de que un decreto de 1935 si le llegaba a conferir dicho rango. Sin embargo, hoy en día pare-

ce claro que no es posible gozar de dicha consideración, aun cuando, a causa de las misiones militares que tiene atribuidas, tenga que actuar en estrecha relación con las estructuras de mando del Ejército de Tierra.

Según la plantilla presupuestaria para 1993, la distribución funcional de efectivos del Cuerpo era la siguiente:

	<u>GENDARMES</u>	<u>AUXILIARES</u>	<u>CIVILES</u>
Gendarmería Departamental	50.862	7.047	500
Gendarmería Móvil	16.869	255	57
Misiones Especiales (1)	4.076	838	23
Gendarmería Ultramar	2.837	299	75
Centros Enseñanza	3.133	2.300	203
Organos Centrales.....	2.384	363	125
Otros (2)	<u>3.004</u>	<u>1.063</u>	—
TOTAL	83.165	12.165	983

(1) Guardia Republicana, Transportes aéreos, Armamento, etcétera.

(2) Seguridad instalaciones marítimas y aéreas, misiones internacionales.

En labores de defensa operativa del territorio, sobre todo a partir de 1986 —momento en el que se hace efectiva una Circular de 3-VII-84—, se convierte en la fuerza principal encargada de su cumplimiento, sobre todo en lo relativo a seguridad y custodia de puntos de interés estratégico o de vías de comunicación, así como de obtención, tratamiento y análisis de información que pueda ser utilizada posteriormente por los demás servicios militares. Si bien esas nuevas responsabilidades contribuyen a reforzar su carácter militar y ha supuesto una transformación importante, al menos desde el punto de vista legal, lo cierto es que, a nivel operativo, su capacidad de actuación en las zonas de defensa es todavía muy limitada —de todas las misiones que cumple, tan sólo el 6,5 por 100 tienen carácter militar, frente al 53 por 100 de policía administrativa y el 37,6 por 100 de policía judicial (el resto a favor de otros ministerios)—, ya que no ha sido dotada de medios de transporte y armamento adecuados que le permita llevar a cabo auténticas operaciones militares.

Todo lo dicho con anterioridad sirve para plantear en toda su crudeza el permanente dilema que los Cuerpos de esta naturaleza

tratan de dilucidar en torno a su verdadera condición —ejército o policía—, toda vez que, sin disponer de los recursos necesarios, la atribución de nuevas responsabilidades vinculadas a la defensa nacional solamente pueden ser atendidas o con una mayor dedicación de los siempre escasos efectivos de que disponen los mismos o dejando de atender las tradicionales funciones de policía que tienen encomendadas. Tal y como plantea *Monjardet*, esa situación puede llegar a producir una *"escisión institucional"*, ya que la *"función gendármica"* se convertirá en *"la yuxtaposición de dos subfunciones manifiestas: policial y militar"*, o lo que es lo mismo, *"un equilibrio precario entre dos polos animados por finalidades distintas"* —el cuarto Ejército y la segunda Policía—, lo que, en el futuro, puede representar *"una amenaza para la perennidad de la institución"*.

Vinculada a una fuerte influencia de la tradición histórica, la estructura organizativa del Cuerpo sigue unas pautas en las que, al lado de una débil diferenciación funcional de las unidades que forman parte del mismo, debido a un despliegue en malla cubierto por pequeñas brigadas, compañías y grupos (éstos a nivel departamental) —los especialistas se concentran generalmente en las grandes unidades—, por la misma razón se establece una clara diferenciación geográfica entre las mismas, si se exceptúan los efectivos de Gendarmería Móvil, compuesta por unidades de reserva a disposición del mando capaces de actuar en cualquier punto del territorio nacional.

Los problemas que, a nivel interno, pueda plantear ese sistema dual de Cuerpos diferentes del Estado, con uno de ellos dependiente incluso del Ministerio de Defensa, no impide que en el ámbito internacional se reclame un mayor protagonismo institucional. Así, al mismo tiempo que se pretende la integración en las organizaciones europeas de policía, no deja de reforzarse su presencia en el área de la francofonía, como lo demuestra el hecho de que sean más de veinte los países que en estos momentos cuentan con el apoyo directo de miembros de la Gendarmería para cuestiones de formación y equipa-

miento. Esta política deliberada tiene su origen en la cumbre franco-africana de Biarritz (1994), dirigida a crear gendarmerías que puedan prestar un *"servicio de seguridad próximo al ciudadano"*, en el marco general destinado a preservar el Estado de derecho en países donde pueda estar seriamente amenazado. Sirva como dato revelador de la importancia de esta misión el hecho de que, del total de cooperantes franceses en África, el 20 por 100 de ellos pertenezca a la Gendarmería y que la dotación de recursos materiales de dicho programa para 1995 excediese los 3.600 millones de pesetas.

Tras la aprobación de la reciente reorganización de las FAS francesas, en febrero del 96, la Gendarmería será el único Cuerpo militar que incrementará efectivos y medios materiales para hacer frente a las nuevas misiones que en dicho plan se contemplan. Para reemplazar el antiguo servicio militar se piensa en un *"servicio civil"* de seis meses, para hombres y mujeres, la mitad de los cuales se dedicarán a funciones de *"defensa del territorio y del ciudadano"* —como auxiliares de la Gendarmería, los Bomberos, etc.—, un 40 por 100 a misiones de carácter *"humanitario y ambientales"*, y el 10 por 100 restante a labores auxiliares del Ejército (oficinistas, cocineros, etc.). En base a esas previsiones se contempla que, para el año 2015, la plantilla de la Gendarmería alcance unos efectivos de 97.900 personas, de ellas 2.300 civiles.

Las Policías Municipales

Ya se puso de manifiesto, anteriormente, cómo las policías de ámbito nacional se habían ido haciendo con el control del sistema de seguridad interior en Francia en perjuicio de las municipales, en un proceso que serviría para caracterizar al modelo policial vigente hasta la actualidad. Sin embargo, los conflictos surgidos en las ciudades, generadores de nuevos problemas relacionados con la seguridad, y un deseo de mayor compromiso por parte de los alcaldes, algunos son argumentos para poner en cuestión un sistema que comenzaba a mostrar carencias y se veía impotente para dar respuesta a esas nuevas demandas de la ciudadanía.

Es así como, en la Ley de Seguridad de 13 de julio de 1987, se abre la competencia de los municipios en dicho campo, como se recoge en el artículo 57 de la misma: *"sin perjuicio de las competencias generales de la Gendarmería Nacional o de la Policía Nacional, el orden, la seguridad y la sanidad públicas pueden ser encomendadas por el alcalde a los Cuerpos de Policía Municipal, previo visto bueno del Procurador de la República, en las condiciones previstas por la ley"*. Del contenido de dicho precepto se deduce la pervivencia de las policías municipales, lo que por sí solo servía para dotarlas de contenido y nivel de competencias, algo que, como se verá, no resultaría en modo alguno pacífico, a causa de los celos que generaba en los sectores próximos a los Cuerpos dependientes de la Administración del Estado.

En la Ley 95/73, si bien el artículo 1 reconocía que era el Estado el que tenía el *"deber de garantizar la seguridad velando, en el conjunto del territorio de la República, por la defensa de las instituciones e intereses públicos, por el respeto a las leyes, al mantenimiento de la paz y del orden público y por la protección de personas y bienes"*, en el artículo 7 se faculta al alcalde para que, *"a través de su poder de policía"*, participe en el ejercicio de las misiones de seguridad pública. En el ámbito de la policía judicial, y a reserva de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, el alcalde quedaba vinculado a los representantes del Estado a la hora de definir el *"programa de prevención de la delincuencia y de la inseguridad"* en su respectivo municipio.

Es fácil deducir que, a partir de esta nueva regulación, la competencia exclusiva del Estado sobre la seguridad pública habría de compartirse, en cierta medida, con los responsables municipales. A tal fin, el artículo 9 de la citada ley modificaba el artículo L.131-15 del Código de Municipios, que quedaba redactado de la siguiente manera: *"Sin perjuicio de la competencia general de la policía y gendarmería nacionales, los agentes de la policía municipal realizarán, dentro del límite de sus atribuciones y bajo su autoridad, las tareas que sean competencia del alcalde, que*

éste les haya confiado en materia de prevención y vigilancia del buen orden, de la tranquilidad, de la seguridad y salubridad públicas". Para Gleizal, dado que la ley lo que genera es una *"centralización de la seguridad"* —no sólo en beneficio de la Policía sino del propio Estado—, la consecuencia más inmediata es el debilitamiento de las competencias de las entidades locales en dicho campo.

Con esa habilitación legal, el ministro del Interior presentaba al Consejo de Ministros, en marzo de 1995, un proyecto de ley de regulación de las Policías Municipales. Aun cuando las fuerzas nacionales de Policía eran las únicas con prerrogativas y formación para cumplir todas las funciones policiales, la realidad era que su presencia en las calles se hacía cada vez más excepcional, lo que obligó a alcaldes y diputados regionales a reclamar una mayor participación del nivel local a la hora de asumir responsabilidades y establecer políticas propias, situación que, inevitablemente, obligaba a un nuevo enfoque de la realidad policial existente en materia de seguridad.

La necesidad de esa transformación había sido la causa de la reaparición de las policías municipales —las cifras manejadas ese mismo año hablaban de cerca de 3.000 Cuerpos y de alrededor de 10.000 agentes, dato que, sobre todo este último, parecen ser poco ajustados a la realidad actual—, cuyos miembros, con su presencia constante y próxima a la población, serían capaces de transmitir una mayor sensación de seguridad, y a reglamentar la nueva situación se dirigían los esfuerzos de los responsables de Interior.

El proyecto intentaba, tras reconocer la contribución importante de los municipios en esta materia, establecer una verdadera complementariedad entre las fuerzas nacionales y las locales, tanto en el nivel competencial como en el funcional. Ello exigía fijar estatuto y funciones para las segundas, cuyo personal era reclutado de manera diversa y se le impartía una formación muy diferente según el criterio de cada municipio. A partir de ahora se someterían a un código deontológico y a los correspondientes controles, recibirían formación adecuada —como exigencia

para el reconocimiento de su identidad propia— y se les dotaría de los medios necesarios para llevar a cabo su función (incluida tarjeta profesional).

Los agentes municipales gozarán del carácter de *'agentes de policía judicial adjuntos'* en materia de infracciones a los decretos de Policía Municipal, Código Circulación —en especial, en lo referido a aspectos locales del tráfico y de policía de conservación de carreteras— o leyes especiales relativas a publicidad, protección de la naturaleza y pesca. En todo caso, los procesos verbales que instruyan han de ser enviados al procurador de la República a través de las fuerzas nacionales de policía. En municipios que cuenten con más de cinco agentes, de manera conjunta, el prefecto y el alcalde promulgarán, con el dictamen previo del procurador de la República —cualesquiera de los tres puede verificar el buen funcionamiento del Cuerpo—, un *'Reglamento de Coordinación'* en el que se han de precisar la naturaleza de sus intervenciones y los lugares en que éstos actuarán con prioridad sobre el resto de policías. A nivel nacional se constituirá una *'Comisión Nacional de Policías Municipales'*, con representación paritaria del Estado y los municipios, otorgando al Ministerio del Interior la facultad de solicitar inspecciones de servicio cuando lo considere procedente.

Aun cuando las previsiones contenidas en el proyecto se presentaban como indispensables y, en general, bastante prudentes, desde que se dio a conocer el texto comenzaron a surgir voces que cuestionaban el mismo, sobre todo desde instancias próximas a los Cuerpos dependientes del Estado. Sirva como ejemplo de esos posicionamientos el recogido en una de las diversas revistas que editan los retirados de la Gendarmería (*'Contact Gendarmerie'*, núm. 73, mayo 1995), cuyo comentario editorial —titulado *'Un projet...de plus?'*— comenzaba resaltando la dificultad de conciliar, tras la aprobación de dicha ley, los grandes principios recogidos en su articulado y los problemas que surgirían en la realidad práctica de su desarrollo.

El argumento principal que utiliza la publicación se fundamenta en que, a su juicio, atri-

buir a los policías municipales el estatuto y funciones antes descritas *"choca con la vigencia de las fuerzas nacionales de policía para que no les sean usurpadas sus atribuciones, con todos los riesgos de conflicto que entraña"*. Para que no se viese un rechazo frontal a la previsible potenciación del nivel municipal en materia de seguridad, terminaba su comentario con una sutil referencia a la situación anterior: *"Esperemos, sin embargo, que este encuadramiento no romperá el espíritu de iniciativa de un cuerpo original que se ha permitido existir físicamente a satisfacción general, antes de existir verdaderamente en los textos"*.

¿CRISIS DEL SISTEMA?

Una vez realizado este breve decurso histórico, resulta enormemente atractivo, al menos desde el punto de vista intelectual, tratar de descubrir los posibles desajustes que puedan existir dentro del sistema de seguridad interior en Francia. Como suele ser habitual en instituciones de este tipo, resulta muy difícil encontrar responsables policiales que reconozcan la existencia de crisis dentro de las mismas, aun cuando, a nivel interno, se cuestione de manera casi sistemática su funcionamiento y se reclamen soluciones para las carencias que, a su juicio, padecen dichas corporaciones.

A tales efectos, parece más sugerente echar mano de los estudios llevados a cabo por especialistas ajenos a la profesión policial pero vinculados directamente a las cuestiones relacionadas con la seguridad, a fin de tratar de aproximarse a la verdadera realidad actual. Por esa vía, nada mejor que plantear la que, a juicio de *Monjardet*, sería premisa fundamental de ese enfoque crítico, cual es la dificultad que supone hablar de un modelo francés de Policía basado en la idea de *'unidad'*, toda vez que *"el proceso histórico que sostenía la existencia de una Administración unitaria en Francia se ha demostrado falsa"*. La consecuencia es que, si bien pudo sostenerse en algún momento el concepto de Policía unitaria, hoy en día son cada vez más evidentes los fraccionamientos, no sólo de

Cuerpos, sino de estructuras y estatuto personal de los mismos.

La cada vez mayor densidad policial —en estos momentos, Francia, con una tasa cercana a los 4 policías por 1.000 habitantes, se sitúa a la cabeza de los países europeos, tan sólo superada por Italia y España— y la extensión de la actividad propia de sus agentes a sectores no específicamente policiales —centros de control y comunicaciones o los adscritos al 'Comisariado de Sarcelles' (funcionarios de prisiones), entre otros—, que en el mundo anglosajón suelen ser atendidos por personal civil, no sirven para transmitir a la sociedad un sentimiento de mayor seguridad; bien al contrario, dichas cuestiones se utilizan a menudo como argumentos para reforzar los medios y facultades de la Policía.

Como ya se ha dejado entrever anteriormente, las políticas de seguridad puestas en marcha por los gobiernos socialistas, a partir de 1981, perseguían no sólo la modernización de las instituciones policiales, sino implicar en las mismas al mayor número de actores sociales. La incapacidad del sistema para dar respuestas adecuadas a las nuevas demandas de una sociedad cada vez más preocupada por su seguridad obliga a tener que poner en marcha una serie de medidas entre las que no será la menos importante la de conseguir una mayor descentralización a la hora de adoptar las decisiones, con el fin de adecuar cada respuesta policial a las especificidades que puedan plantear dichos requerimientos ciudadanos.

Dos de los ámbitos en los que se han puesto de manifiesto de manera más clara las insuficiencias del modelo tradicional han sido en el mantenimiento del orden y en el de la información. En el primero de ellos, la reputación de fuerzas represivas, violentas e implacables que se atribuía tanto a las CRS como a la Gendarmería Móvil servía para perpetuar esa idea de militarización a la que ya se ha hecho referencia, reforzada por un dato tan significativo como era el de poner a disposición directa del ministro del Interior cerca de 30.000 agentes preparados para intervenir de inmediato donde fuese necesaria su presencia.

Tal y como tuvo ocasión de descubrir *Dieu*, en este "sistema dualista" de Cuerpos es posible detectar un principio de graduación a la hora de emplear efectivos de uno u otro. A pesar de una cierta militarización de las CRS, tanto por su naturaleza como por los medios personales y materiales de que están dotadas, las unidades de Gendarmería se encuentran en una postura preponderante respecto a las de Policía Nacional —gozarían de un estatuto privilegiado, al ser consideradas "último brazo armado de la ley" antes de pensar en el empleo de las FAS—, como quedó de manifiesto durante los graves sucesos de Córcega (1975), con la puesta en marcha de la central nuclear de Creys-Malville (1977) o los más recientes de Nueva Caledonia (1984), ocasiones en las que los propios sindicatos de Policía pidieron al Gobierno la sustitución de las CRS por la Gendarmería Móvil, al considerar que no estaban equipados ni entrenados para hacer frente a ese tipo de disturbios.

En cuanto al tema de la información, *Das* recordaba cómo *Roach* hablaba ya en 1985 de que los servicios policiales franceses dedicados a estas tareas —los RG, fundamentalmente— representaban "la centralización de individuos, grupos y también ideas", en la medida que estaban controlados desde París y por encima de los jefes territoriales. Encargados de recoger toda clase de noticias, como un medio de garantizar la seguridad, *Bayley* se refiere a esta función como algo históricamente esencial para la Policía francesa durante los dos últimos siglos —con informes similares a los que Fouché diseñó en su tiempo para el emperador, lo que hace el RG es, a juicio de este autor, "observar de forma secreta y sistemática la opinión pública y la actividad política"—, de ahí que el impacto histórico de la Policía en Francia haya sido bien palpable, al haber admitido la población en general ese tipo de prácticas.

De la necesidad de hacer frente a la crisis del sistema son buena prueba los cinco proyectos de reforma que están en marcha desde hace algún tiempo, a los que el citado *Monjardet* ha dedicado alguno de sus mejores estudios y que en los párrafos siguientes

serán objeto de especial consideración. El primero de ellos, encaminado a promover un mejor sistema de **formación**, se puso en marcha a comienzos de los años ochenta, momento en que se manifiesta la insuficiente preparación de los policías, en especial los pertenecientes a las escalas básicas, para cumplir un tipo de tareas diferentes de las que tradicionalmente habían venido realizando.

Nuevas demandas ciudadanas exigen un modelo de Policía más abierto que el existente hasta entonces, capaz de inculcar a sus agentes un mayor espíritu de servicio social que les permitiera una mejor integración con la comunidad a la que sirven. A tal fin, la primera medida que se adopta es la ampliación del curso básico, de cinco meses a un año académico, y, en 1982, se establece la '*Carta*' de formación en la Policía Nacional, que suponía implantar programas plurianuales y evaluaciones continuas y minuciosas de los mismos. Al mismo tiempo, se procedió a crear nuevos centros de formación, entre los que destaca, por la trascendencia interna e internacional que ha adquirido, el '*Instituto de Altos Estudios de Seguridad Interior*' (L'IHESI).

Dirigido a orientar a la Policía francesa hacia el estudio de los conflictos sociales y la manera de resolverlos, el diseño de su estructura organizativa se encaminaba, de manera evidente, a promover la descentralización de los planteamientos vigentes en el tradicional modelo francés por medio de la implicación y participación de otros sectores y profesionales hasta entonces alejados de los miembros de aquélla. Es así como se ha podido crear una dinámica que ha permitido contar con un aparato pedagógico que, en estos momentos, se considera uno de los más completos y modernos de la Administración francesa.

A causa de su estrecha dependencia del Ministerio de Defensa, los avances de la Gendarmería en este campo quizá no sean tan perceptibles como en la Policía Nacional, aun cuando las divergencias que se producen dentro del sistema son bien evidentes, mientras más dificultades presenta el llegar a dotar a las distintas Policías Municipales de un sistema formativo uniforme que les permita

afrontar esos mismos retos en similares condiciones que los Cuerpos estatales. No obstante, no puede hablarse de una situación ideal en el campo formativo, pues, como afirma *Monjardet*, tales medidas han sido recibidas por los agentes "*más como elemento de valoración del estatuto individual y colectivo que como palanca de transformación de las prácticas policiales*".

El segundo de los proyectos de reforma que la Policía francesa encara en estos momentos tiene como objetivo principal la **modernización del equipamiento**, al haberse constatado un evidente retraso en ese ámbito. Al mismo tiempo que se produjeron incrementos importantes en el capítulo de inversiones dedicado a la adquisición de nuevo mobiliario, armamento, vehículos, material informático o de laboratorio para actividades de policía científica, se introducen medidas de globalización y descentralización presupuestaria, con el fin de conceder a los servicios territoriales periféricos un mínimo nivel de autonomía para la gestión de ese material. La intención de los responsables gubernamentales era el de hacer extensivo ese plan al resto de Cuerpos que forman parte del sistema de seguridad interior —Gendarmería, Policías Municipales, Aduanas e incluso el cada vez más importante sector de la seguridad privada—, previsión que al no haber sido puesta en marcha se convierte, a juicio del propio *Monjardet*, en "*una muestra más de la pobreza tradicional del debate público en Francia sobre las cuestiones policiales*".

Relacionados de manera directa con ese proyecto de modernización se encuentran los otros tres: unificación de Cuerpos; territorialización de la actuación policial y, por último, el de una mayor transparencia en su funcionamiento. En cuanto al primero de ellos, el de **unificación**, hay que subrayar que, dentro del modelo francés y al igual que ocurre en países con similar sistema de funcionamiento, la '*guerra de policías*' es consustancial al mismo, de tal manera que no sólo se producen los tradicionales enfrentamientos entre Cuerpos estatales, sino que son frecuentes los conflictos de competencias entre los dis-

tintos niveles administrativos con responsabilidad en la materia —sobre todo, alcaldes y sus policías con prefectos y agentes del Estado—, e incluso entre instituciones vinculadas marginalmente con la seguridad, como ha sido el caso de los aduaneros a la hora de intentar el reconocimiento de policía judicial para sus actuaciones específicas.

Especialmente revelador, a la hora de evocar los históricos problemas de relación entre la Policía y la Gendarmería, resulta un editorial de la ya citada *'Contact Gendarmerie'* (1995) titulado *"Vous avez dit complot?"*, retomando el término *'complot'* de uno de los diarios de mayor tirada del país que se ocupó de un enfrentamiento institucional que trascendió no sólo a los medios de comunicación sino incluso al Parlamento. Ante los que *"de buena fe"* plantean la necesidad de unificar las dos fuerzas —se niegan a reconocer que se trate de *"una Policía por duplicado"*, pues la Gendarmería se convirtió en fuerza de policía *"completa"* por diversas *"circunstancias históricas"*—, recuerdan las dificultades que conllevaría una decisión de este tipo, con un Cuerpo integrado en las Fuerzas Armadas y otro con un estatuto civil y posibilidad de sindicalización, toda vez que lo más probable sería una *"amenaza de absorción"* de la Gendarmería por la Policía Nacional.

El que muchas de sus funciones y procedimientos sean similares no puede hacer olvidar que cada una de las organizaciones dispone de *"una ética o un sistema de mandos diferenciado"*, por lo que pretender hacer una *"amalgama"* no sería beneficiosa para ninguna de las dos. Dicha publicación se pregunta sobre si el complot consistiría en otorgar a la Policía tales ventajas —de tipo económico y calidad de vida o de prestación del servicio— que la Gendarmería en su conjunto se declarase partidaria de la fusión, *"perversas intenciones"* que no desea atribuir a unos responsables políticos que no ignoran que *"algunas mezclas son explosivas"*, razón por la que reclama confianza para que, si tiene que haber un complot, que sea el de *"la inteligencia para ayudar a conseguir éxitos conjuntos de dos servicios de Policía que ya han pasado su prueba"*. En todo caso, lo que no olvida

la Ley 95/73 es volver a insistir sobre la necesidad de coordinación de ambos Cuerpos.

Con el proyecto de territorialización de la Policía francesa —considerado por Vogel como *"el más complejo"* de todos ellos, en la medida que ilustra *"la propiedad completamente paradójica"* de la misma, al conseguir *"dísociar Policía y ciudad"* y romper toda responsabilidad directa entre una y otra— lo que se pretende es una mejor adaptación a la diversidad de funciones y especificidades que permitan *"suministrar respuestas de cercanías"*. Si, como afirma Gleizal, *"el futuro de la Policía se sitúa en su territorio"*, parece evidente que ésta ya *"no puede seguir funcionando según el modelo centralista"* (vigente durante cerca de dos siglos) y que, por tanto, el tradicional monopolio de las fuerzas estatales corre el *"riesgo de ser puesto en cuestión"*.

De la necesidad de reorganizar la Policía en el ámbito territorial surge, a finales de los ochenta, el proyecto de territorialización, a partir de otro anterior de departamentalización realizado en la Policía Nacional para agrupar bajo una misma autoridad los servicios de Policía Urbana, RG y PAF, culminado en 1992 con la creación de la ya citada Dirección Central de Policía Territorial. Con ello se intentaba resolver determinados problemas para los que la estructura anterior no tenía respuesta, como eran el de reagrupar funciones excesivamente dispersas o hacer frente al cada vez más inquietante sentimiento de inseguridad generado por la pequeña delincuencia, cuestión ésta que llegaría a convertirse en un verdadero problema político para el gobierno de turno.

Los sucesivos despliegues policiales no supieron adaptarse a los rápidos y cambiantes movimientos de población —del campo hacia grandes urbes y retorno desde éstas a zonas residenciales—, permaneciendo invariable una distribución territorial uniforme que suponía la existencia de zonas despobladas con efectivos al lado de barrios de grandes ciudades que carecían de ellos. Al mismo tiempo, las unidades de reserva especializadas en el mantenimiento del orden eran válidas para hacer frente a graves alteraciones, pero se volvían totalmente inoperantes a la

hora de combatir la pequeña delincuencia. Estas y otras razones obligaban a replantearse la distribución territorial de la Policía para conseguir el establecimiento de lo que *Gleizal* considera "sistema policial complejo", en el que habrán de coordinarse no sólo los Cuerpos policiales sino las Administraciones que asuman competencias en materia de seguridad, ya que actualmente la misión de seguridad "se difumina entre los diferentes cuerpos sociales".

A tal fin, una de las iniciativas que primero se han puesto en marcha ha sido la de establecer planes locales de seguridad, mediante un sistema contractual entre la Policía y los representantes del poder local supervisados por los respectivos prefectos, al mismo tiempo que se constituían Consejos para la prevención de la delincuencia a nivel nacional, departamental y municipal, todos ellos con la pretensión de instrumentar los necesarios mecanismos de coordinación que sirviesen para hacer más eficiente el sistema. Sin embargo, la experiencia obtenida hasta el momento no acaba de satisfacer las expectativas iniciales de éxito, debido quizá, como apuntan algunos observadores, a la dificultad que entraña introducir este tipo de cambios en la lógica ancestral que ha dominado durante muchos años la Administración francesa, así como la pretensión de implantar un modelo uniforme para todo el territorio nacional. Lo que para el ministro *P. Marchand* (1991) sería "la reforma más importante de las estructuras policiales puesta en práctica desde hace 50 años" está, años después, todavía sin consolidar y, lo que es más preocupante, sin visos de que pueda realizarse en breve plazo.

El último de los proyectos analizados por *Monjardet* es el que se refiere a la **transparencia** en las actuaciones de la Policía, vinculado de manera muy estrecha al tema del exigible control externo de las instituciones que forman parte de la misma. Dada la tradicional inclinación de todos los Cuerpos a utilizar el secreto como argumento básico en sus intervenciones, sea cual fuere el país analizado, no es extraño que cualquier plan de reforma o modernización contemple un apartado específico referido a la necesidad de que los

policías ajusten sus procedimientos a las exigencias de una sociedad cada vez más comprometida con los problemas de seguridad y, también, con la necesidad de un estricto cumplimiento de los deberes profesionales.

Algunas medidas han sido ya adoptadas en la Policía Nacional —aprobación del Código Deontológico (1986) y creación del Consejo Superior de Actividad (1993), este último órgano paritario del que forman parte representantes del Ministerio del Interior y personalidades ajenas al mismo—, las que servirán como mecanismos para conseguir una mayor profesionalización y, en cierta forma, evitar los riesgos evidentes de una instrumentalización política por parte de los respectivos gobiernos. Como muestra de la necesidad de hacer frente, con una nueva perspectiva, a esas exigencias de mayor transparencia, sirvan algunos casos extraídos recientemente de los medios de comunicación.

Así, en el caso de la Policía Nacional, los responsables del Cuerpo tuvieron que acabar reconociendo, al trascender fuera del ámbito interno de la organización, su preocupación por el elevado número de suicidios que se venían produciendo entre sus agentes en los últimos años y, por consiguiente, verse obligados a adoptar las medidas necesarias tendentes a evitar conductas que venían a cuestionar el control del equilibrio emocional de personas obligadas a trabajar en situaciones límite.

Más grave si cabe, desde el punto de vista institucional, se puede considerar la negativa de miembros de la Policía Judicial de París al requerimiento del juez Halphen para que, en junio de 1996, le acompañasen en el registro del domicilio del alcalde de la capital francesa, dentro de las investigaciones llevadas a cabo para esclarecer una supuesta utilización indebida de pisos municipales, pretexto que fue utilizado por el presidente de la República, J. Chirac, para lanzar una andanada contra determinados jueces empeñados en entrar en la escena política a través de las causas abiertas en sus juzgados. La respuesta judicial se daría a conocer en octubre de ese mismo año a través de una resolución del Tribunal de Apelación —encargado de velar

por la corrección de las actuaciones policiales—, mediante la cual se inhabilitaba por seis meses al director de la Policía Judicial.

Unos meses antes, y a consecuencia del despliegue llevado a cabo en todo el país para tratar de localizar a los autores de la colocación de artefactos explosivos en lugares estratégicos, supuestamente pertenecientes a la raza árabe, fuerzas de la Gendarmería abatieron a tiros a un joven de origen argelino, J. Kelkal, en unas circunstancias que llevaron a determinados sectores de opinión a cuestionarse los procedimientos empleados en dicha acción. Con el título de *"¡Acabad con él!"*—frase que fue escuchada a uno de los agentes—, el columnista L. Joffrin se preguntaba (*Le Nouvel Observateur: 8-X-95*) si la pena de muerte administrativa, *"por el azar de las operaciones"*, había sustituido a la pena de muerte legal abolida en 1981. Para él, las circunstancias, la mala suerte, la legítima defensa o *"la necesidad de no correr ningún riesgo"*, pueden ser circunstancias que justifiquen ese modo de actuar, pero *"la torpeza es tal que, si se hubiera querido hacer creer que los islamistas son unas víctimas en vez de unos verdugos, y J.K. un mártir en vez de un terrorista, no podía haber ocurrido de otra manera mejor"*.

Finalmente, aprovechar la publicación del informe anual de Amnistía Internacional, en mayo de 1995, para poner de manifiesto la existencia de malos tratos policiales dentro del marco de la Unión Europea y, más en concreto, en Francia. Tras recordar que no se trata de *"incidentes aislados"*, como suelen argumentar las autoridades de los países que se ven reflejados en el informe, analiza once casos de muerte o lesiones por arma de fuego de agentes policiales —ocurridos entre enero del 93 y junio del 94, la mayor parte de las víctimas suelen ser *"de origen étnico no europeo"*—, llegando a la conclusión de que, en un número importante de intervenciones policiales, los agentes utilizan la fuerza de manera indiscriminada y sin el debido respeto a la ley. Para dicha organización, incluso en los países más desarrollados, los malos tratos a detenidos son más frecuentes de lo que parece y *"los sistemas de denuncia e investigación*

adolecen de lentitud e ineficacia y las escasas condenas que se producen suelen ser poco disuasorias, cuando no se disuelven en indultos".

CONSIDERACIONES FINALES

Gleizal estima que la ley Pasqua, de 1995, se inscribe en la *"ideología centrada en la seguridad"*, al convertir a la Policía en la *"pieza central"* del sistema; en ese sentido, el reforzamiento de los medios puestos a disposición de la misma se transforma en la *"palanca de modernización"* de aquél. Para algunos autores, esos planteamientos suponen un claro retroceso respecto a los que sustentaban el *'Informe Bonnemaison'*, que hacían especial hincapié en aspectos como la solidaridad y la prevención. Dado que confía al prefecto la mayor parte de competencias en la materia —los alcaldes sólo participan a la hora de definir los programas de prevención—, lo que hace es reforzar de nuevo el poder de la Administración estatal frente a las departamentales y municipales.

A pesar de todo, si se quiere cerrar el análisis realizado hasta el momento, en el que han sido puesto de manifiesto cuestiones conflictivas para el sistema como la pervivencia de los tradicionales enfrentamientos entre Policía y Gendarmería, la ocupación de un cada vez mayor espacio por parte de las Policías Municipales o el todavía reciente debate relativo a la dependencia de policías de los jueces, sería oportuno hacer referencia, aunque sea de manera rápida, a ciertos aspectos novedosos en el ámbito policial francés, ya sea en el marco nacional —lucha anti-terrorista y la cada vez mayor participación del Ejército en el sistema de seguridad interno— o en el europeo, en éste sobre todo a partir de haber suscrito el Acuerdo Schengen.

Respecto al primero de ellos, hay que subrayar que los franceses no han tenido hasta hace bien poco una conciencia clara de los riesgos derivados de acciones terroristas llevadas a cabo dentro de su país —en especial, las vinculadas al problema vasco o de movimientos integristas árabes—, lo que llevó a la opinión pública española a considerar

que la organización ETA disponía allí de un 'santuario' en el que sus activistas quedaban a salvo de la acción de la justicia. Aunque en los últimos años se ha producido un cambio importante en el nivel de colaboración con España, no parece que se considere, todavía, una prioridad policial de orden interno, como lo pone de manifiesto la reclamación planteada (X-96) por el sindicato de policía SNPT, relativa a la necesidad de incrementar las dotaciones de las comisarías del País Vasco, en especial tras la reciente oleada de atentados contra propiedades de agentes -15 en dos meses- y luego de haber descubierto en poder de un destacado dirigente de la banda terrorista ('Pototo') un listado con nombres y matrículas de coches de policías y gendarmes. Según el secretario general de dicho sindicato, "no queremos que la situación en el País Vasco francés vaya agravándose y termine como en Córcega".

Precisamente es la situación que se vive en esa isla la que ha sacado a la luz los problemas que se pueden derivar de una política demasiado sinuosa respecto al tratamiento que corresponde administrar a un fenómeno como es el terrorismo corso. Si bien la actividad de los distintos grupos se remonta a tiempo atrás, el momento clave para tratar de entender lo que sucede en la actualidad se encuentra en enero de 1996, precisamente un día antes de que el ministro del Interior, J. L. Debré, llevase a cabo su primera visita oficial a la isla, cuando 600 terroristas encapuchados celebran una multitudinaria rueda de prensa nocturna en la que se exhiben lanzagranadas y todo tipo de armas automáticas.

La facilidad para su realización hace que, desde distintos medios, se sospeche de la connivencia de las autoridades e incluso de la propia Policía con los organizadores de la misma, ya que sus miembros ese día se limitaron a tomar las matrículas de todos los vehículos que acudían a la zona, algo que sólo se puede entender si se hace caso de los que afirman que el Gobierno lleva ya algún tiempo negociando con el sector mayoritario y más radical del nacionalismo corso. A pesar de los desmentidos oficiales sobre tales contactos, la sospecha sale a relucir frecuentemente,

sobre todo después de la comisión de cada atentado.

En mayo del 96 se producen once acciones armadas contra cuarteles de la Gendarmería, lo que lleva a 'L'Essor' -influyente órgano de expresión de la Unión Nacional de Retirados de dicho Cuerpo-, en su número de julio, a recoger en portada la descripción de cada una de ellas y dedicarle un editorial titulado "Tomados como guiñoles", en el que, aparte de mostrar su indignación por lo que está ocurriendo allí, considera chocante la manera de proceder de las autoridades con responsabilidad en un tema de tanta gravedad y se pregunta cómo puede admitirse que la prensa difunda regularmente fotos de hombres embozados que exhiben armas de guerra. Finaliza recordando que "todo ciudadano acaba por interrogarse sobre el papel de la Gendarmería Nacional en Córcega y sobre las funciones del Estado en un país en el que, según parece, ya no se respeta la legalidad republicana".

Mayor trascendencia tendrá el atentado contra la alcaldía de Burdeos (5-X-96) -ciudad de la que, precisamente, es alcalde el primer ministro Juppé-, ya que es considerado como una provocación y obliga al Gobierno a ordenar de manera contundente la persecución de los responsables. Al mismo tiempo se inicia una investigación judicial sobre la famosa rueda de prensa de enero, algo que los nacionalistas radicales consideran como una provocación y una ruptura de la tregua que oficialmente nadie reconocía haber suscrito. Obligado de nuevo el Gobierno a desmentir unos contactos de los que la prensa no deja de hablar, al final lo que queda en entredicho es su propia credibilidad, como la oposición se encarga de denunciar en el Parlamento. No es extraño que, ante esa presunta impunidad de los terroristas -los jueces también se quejan de amnistías más o menos encubiertas-, la desmoralización cunda en unas fuerzas de seguridad convertidas en el objetivo favorito de sus acciones.

En lo que a la intervención de militares en tareas policiales se refiere, el pretexto más reciente fue la necesidad de evitar la ola de atentados integristas que, en 1995, puso en

vilo a toda la sociedad francesa, de tal manera que, si en un primer momento el '*Plan Vigipirate*' contemplaba sólo la vigilancia de fronteras como misión del Ejército de Tierra, meses después, y debido al cansancio de las fuerzas policiales, se extendía esa tarea a embajadas, centros de comunicaciones y colegios —en la región de París se hizo cargo de 500 estaciones de tren y metro y de 4.000 centros escolares—, abriendo la vía a una participación que si en cualquier otro país del sur de Europa hubiese sido considerada como una posible injerencia de las autoridades castrenses en los problemas internos, en Francia era vista con la mayor normalidad debido a las evidentes limitaciones de la Policía para cubrir todos los frentes que exigía la situación.

Más sorpresa provocará el anuncio efectuado por el presidente Chirac, en enero de 1996, en torno a la reforma del Ejército, de cara a transformarlo en un cuerpo estrictamente profesional, más reducido —pasar de 440.000 a 230.000 soldados— y más eficaz, para lo cual se sustituirá el tradicional servicio militar obligatorio por otro '*Servicio Civil*' que, si bien todavía estaba sin concretar, tendría también carácter obligatorio y, según el jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra (general A. Monchal), serviría para desarrollar tareas de seguridad general dependientes de la Policía y Gendarmería, la Seguridad Civil y los Bomberos.

Para cumplir tales cometidos, la estructura orgánica contemplará la existencia de diversos tipos de regimientos: a) *Humanitarios*, para operaciones de ayuda en el extranjero; b) *Verdes*, dedicados a velar por la protección del equilibrio ecológico, y c) *De Barrio*, para cooperar en tareas de educación y vigilancia en los suburbios más conflictivos desde el punto de vista social. Como se ve, no es difícil deducir cómo se está produciendo una cierta traslación de los Ejércitos hacia posiciones más próximas a lo que tradicionalmente se han considerado propias de la Policía, algo que no deja de llamar poderosamente la atención cuando, por otro lado, se está reclamando un estatuto exclusivamente civil para todas las fuerzas de policía.

Ante ese dilema, y aunque los previstos

incrementos de funciones y tareas a la Gendarmería pudiesen hacer pensar lo contrario, pudiera ocurrir que los grandes perdedores a la hora del reparto competencial de esas nuevas ocupaciones fuesen los Cuerpos policiales de naturaleza militar, al verse sometidos a una presión en forma de pinza, proveniente tanto del ámbito estrictamente castrense —en busca de nuevas justificaciones para su existencia— como del policial, en este caso al reclamar no sólo compromisos sino comportamientos más acordes con los modernos estados democráticos, tal es el caso de la puesta en práctica de modelos de policía de proximidad o comunitaria.

En cuanto a la participación policial dentro del nuevo marco europeo, y más concretamente en el área de los siete países que hasta el momento han suscrito el Acuerdo Schengen, hay que subrayar que la posición de Francia se ha convertido en los últimos meses en uno de los principales obstáculos a su pleno desarrollo. Por medio de sucesivas prórrogas, y con diversos pretextos —no adecuación de medios informáticos, ola de atentados integristas y, más en concreto, acusaciones de permisividad respecto al tráfico de drogas en algunos de los países que suscribieron el acuerdo (caso de Holanda)—, pretendieron evitar su plena aplicación en los plazos fijados previamente. Si con los vecinos del norte el problema podía ser la droga, con España la cuestión fundamental era la de impedir el paso de la frontera de posibles magrebies vinculados con el terrorismo islámico, lo que sirvió para que la mayoría de miembros acusasen al gobierno francés de poner en peligro la propia existencia del acuerdo.

Debido a su posición central en Europa, cualquier proyecto de cooperación pasaba inexcusablemente por el compromiso y aceptación de Francia, y así los problemas del narcotráfico y terrorismo tendrían mejor solución con la puesta en práctica de acciones coordinadas en la materia que llenando las fronteras de agentes. En marzo de 1996 el gobierno francés anunciaba su reintegración al espacio Schengen, pero sólo en las fronteras con España y Alemania, al persistir el

desacuerdo con Holanda respecto al tratamiento del tema de las drogas, lo que impedía abrir sus fronteras con Bélgica y Luxemburgo. Al mismo tiempo se pretendía perfeccionar el sistema de cooperación a través de otro tipo de esquema distinto del previsto en el acuerdo, decisión que se interpreta más como un guiño a los gaullistas euroescépticos que como un cuestionamiento del sistema vigente.

En realidad, lo que se produce es una nueva manifestación de las tradicionales divisiones de la derecha francesa respecto al mejor modo de encarar los problemas derivados de su participación en las instituciones europeas, puesta de relieve por el senador gaullista, P. Masson, en un informe-evaluación del acuerdo en su primer año de funcionamiento. Para él, la Administración francesa tiene una importante responsabilidad en los fallos detectados, pues el Ministerio del Interior *"no ha mostrado jamás el menor celo"* para corregirlos, la Gendarmería y Aduanas *"se resisten a las reformas"*, el sistema centralista se adapta mal a la colaboración con sus socios europeos y, por último, existen diferencias profundas de enfoque entre los Ministerios de Asuntos Exteriores, encargado de negociar el acuerdo, y el de Interior, a quien le corresponde ponerlo en práctica. Alineado con las posiciones de este último, el diputado se muestra partidario de no ceder atribuciones en materia de seguridad a los organismos europeos y considera que Schengen es *"poco más que un banco de pruebas para la futura política de seguridad"*.

Muchas son las cuestiones que quedan pendientes a la hora de cerrar un análisis como el aquí realizado, limitación de la que el autor es consciente, al tratarse tan solo de una aproximación a un tema que permite la multiplicidad de enfoques, en mayor medida cuando se trata de una organización tan dinámica como es la Policía. En estos momentos todo lo relacionado con la seguridad pública genera un creciente interés tanto en los círculos políticos como dentro de la propia sociedad, de tal manera que el espíritu de cooperación y respeto mutuo favorecen que, a nivel popular, se identifiquen Policía y Estado con instrumentos de protección pública y bienestar, con lo que la imagen de aquélla no sólo no

ha sufrido sino que goza de un mayor aprecio de los ciudadanos.

A semejanza de lo que ocurrió en la década de los sesenta en el mundo policial anglosajón, en estos momentos los responsables franceses elaboran planes de modernización —para fijar prioridades, modificar la estructura o establecer nuevos principios de actuación— con el fin de acercar la Policía a los ciudadanos. Todo ello supone tener que abrir debates públicos que contradicen la tradicional opacidad con que ha venido funcionando aquélla, en un proceso que suponga pasar del modelo autoritario tradicional, basado en el recurso a la eficacia, a otro de tipo comunitario, en el que la búsqueda de la legitimidad social se convierta en objetivo prioritario.

La necesidad de esa relación más estrecha entre Policía y sociedad obliga a replantear algunos de los presupuestos sobre los que se ha basado el sistema francés. En ese sentido, existe unanimidad a la hora de reconocer que el sistema de patrullas rutinario y los servicios de auxilio a la población servían en mayor medida al territorio rural que a las grandes aglomeraciones urbanas, situación que se ve agravada por un sistema de reclutamiento mediante el cual la mayoría de agentes tienden a abandonar sus destinos en las ciudades más importantes para regresar a sus lugares de origen, con lo que aquéllas quedan a cargo casi siempre de agentes jóvenes y sin experiencia, en un proceso de movilidad geográfica que impide profundizar en las relaciones con su comunidad.

De vuelta a la tipología de *Loubet del Bayle* —basado en la preeminencia de finalidades políticas o societales del sistema—, *Monjardet* extrae dos consecuencias ilustrativas de ese proceso de cambio. Si por un lado se detecta una tendencia al *"reequilibrio de misiones"* de los Cuerpos policiales, cuya manifestación más clara es la pérdida de peso específico de lo que había sido en el pasado una prioridad casi exclusiva de los mismos —el mantenimiento del orden público—, por otra parte, pero en la misma línea, se percibe una *"orientación más abierta, menos corporativa, de la dinámica profesional"*, como puede ser el caso de la incorporación de la mujer al ejercicio de la función policial. En los últimos veinte años se

ha pasado de una clara posición de recelo profesional ante dicha presencia a porcentajes superiores al 20 por 100 de aspirantes aprobadas en las últimas promociones, con lo que ello supone de cambio para una cultura organizativa tan tradicional como la existente en la Policía francesa.

Ante una situación que Gleizal considera que "ya no es sostenible hoy en día", parece incuestionable la necesidad de poner en marcha, entre otras medidas, lo que denomina proceso de "diversificación de las policías", a pesar de los evidentes problemas de orden político y jurídico que plantea. Para dicho

autor, la actividad de nuevos Cuerpos de policía —más en concreto, las Policías Municipales— resulta ya "incontrovertible", por lo que el futuro se encamina hacia un "sistema complejo de Policías Municipales" en el que, incluso, las policías privadas habrán de encontrar un marco apropiado de actuación. Se esté o no de acuerdo con ese planteamiento, de lo que no cabe ninguna duda es de que el tradicional modelo policial francés habrá de dejar paso a otro en el que los ciudadanos y sus agentes estén mucho más cerca entre ellos de lo que históricamente han estado.

LA GENDARMERÍA NACIONAL FRANCESA Y LA FUNDACIÓN DE LA GUARDIA CIVIL (I)

MIGUEL MARTINEZ GARCIA

Teniente Coronel de la Guardia Civil
Licenciado en Historia

ESTADO DE LA CUESTION

“La Guardia Civil es un viejo barril de roble que da carácter y sabor al vino joven del pueblo que lo llena”. Esta analogía, cuyo autor no viene al caso, es buena expresión, independientemente de su mayor o menor acierto, de la personalidad de la Institución, personalidad histórica, porque sólo el tiempo puede dar carácter a las instituciones, como al vino.

En efecto, independientemente de las críticas y alabanzas que, merecidas o no, ha recibido siempre la Guardia Civil, lo que es innegable es que el siglo y medio de permanencia de este Cuerpo en la Historia Contemporánea de España ha producido una doble influencia: la de la evolución de los acontecimientos y pensamiento de la sociedad española sobre la organización y espíritu de la Guardia Civil, y la de la actuación y estilo del Instituto sobre la propia sociedad; por supuesto mucho menor ésta que aquélla.

Esta breve introducción, que viene a recordar, y a explicar, la presencia de los tricórnios en todos los acontecimientos importantes (y en muchísimos de los irrelevantes) de la España de los dos últimos siglos, tiene como finalidad la de resumir la atracción que el objeto de este trabajo de investigación puede representar.

Pero si cualquier trabajo de investigación histórica sobre la Guardia Civil puede justificar su interés en lo recogido en los párrafos anteriores, el referido a los orígenes de este Cuerpo puede aumentar su atracción, máxime si se centra en la averiguación de lo que, haciendo un juego de palabras, podríamos

denominar como "originalidad original" de la Guardia Civil, contrastándola con la segunda posibilidad, es decir, la copia o adaptación de la organización y experiencia de otra institución extranjera, la Gendarmería Nacional francesa; o, lo que es más exacto, determinar, mediante un examen exhaustivo de los reglamentos y ordenanzas de la época, la influencia, grande, pequeña, o nula, del Cuerpo de la Gendarmería Nacional sobre el de la Guardia Civil, materializada en los documentos producidos por los "patriarcas" del Cuerpo español: el Duque de Ahumada, Patricio de la Escosura, el propio General Narváez,... Porque, y en ello se basa la posible importancia de esta investigación, en la bibliografía previamente consultada no existe ningún trabajo, histórico o jurídico, que haya abordado lo que debe ser la clave del tema: el análisis comparativo, con bases históricas y profesionales, de las normativas legales y reglamentarias de los dos Cuerpos afectados por este estudio, hacia 1844-1845.

Por el contrario, algunos autores tratan el tema partiendo de suposiciones o datos superficiales, que no se corresponden, a veces, con el rigor del resto de su obra, para determinar, bien la originalidad del Cuerpo español, totalmente libre de influencias foráneas, bien una copia, más o menos completa, de la Gendarmería, siendo esta segunda posición la más frecuente.

En cualquier caso, un somero análisis de las circunstancias político-sociales, y situación geográfica de los países de nuestro entorno, en los prolegómenos de las revoluciones de 1848, nos demostraría que únicamente de Francia podían llegar a España influencias en los campos policial y militar (como en muchos otros campos). En efecto, la influencia cultural francesa, siempre notable, se hizo mayor durante la decadencia española en la segunda mitad del siglo XVII, a la par del creciente predominio francés, y fue mucho más acusada con el cambio de dinastía en España en el siglo XVIII, y, tras el breve periodo de fobia antifrancesa durante la guerra de la Independencia e inmediatamente después de ella, se reforzó nuevamente con la vuelta de los "afrancesados" al final del rei-

nado de Fernando VII, y aún más en la "Década Moderada". Además, como se irá razonando más adelante, sólo la Gendarmería Nacional podía servir como institución de referencia para la creación de otra, con misiones similares, en España.

Pero cualquier investigación histórica, aun siendo de modestas pretensiones, aporta normalmente datos añadidos a los de los objetivos primeramente perseguidos. Por eso, a la consecución del fin enunciado habrá que añadir aportaciones a diversos campos (organización administrativa y judicial, leyes y reglamentos de diversos ámbitos, criminología...), referidos a la época estudiada.

Las circunstancias en las que nació la que pronto fue llamada "Benemérita Institución", han sido extensamente investigadas por numerosos autores, que serán citados a lo largo de esta obra, dándose frecuentemente la coincidencia de la condición de historiador con la de miembro del Cuerpo. La mayoría de ellos (Gistau, Martínez Ruiz, Rivas, Marrero, Linage, Aguado,...) han realizado excelentes y extensos estudios sobre, prácticamente, todo cuanto se relacionó con el nuevo Cuerpo: normativa, uniformidad, haberes, despliegue,... Sin embargo, muy pocos, entre los que sobresalen Enrique Martínez Ruiz y Francisco Aguado Sánchez, se han detenido suficientemente en el tema que se trata ahora de investigar: la posible copia o adaptación del modelo francés.

Para el primero (1), que se apoya en estudios mucho más antiguos de Antonio Quevedo, José Sidro y Miguel Gistau, "*analizando la composición y funcionamiento del Cuerpo francés y del español se observa una indiscutible semejanza*", basando esta afirmación en la organización por Unidades (idéntica en ambos Cuerpos con nombres distintos); las atribuciones de los Ministerios básicos (Guerra y Gobernación) muy similares pero "*en Francia algo más complicadas*"; y la existencia de una misma finalidad para los dos Institutos, así como coincidencia en el trabajo que se espera de ellos en las "columnas de operaciones". Pocos aspectos para establecer la "indiscutible semejanza", máxime si, como se verá a lo largo de esta obra, no res-

ponden exactamente a lo que afirma Martínez Ruiz, el cual, por lo demás, tras establecer la similitud reseñada, reconoce que *"esto no nos debe hacer pensar en una copia servil de la Gendarmería, ... Una imitación total no era ni siquiera posible"*.

La posición de Martínez Ruiz se basa, como ya se ha dicho, en las investigaciones de otros autores sobre la Gendarmería francesa. El principal de ellos es, sin duda, el Capitán don Antonio Quevedo, que, junto con José Sidro, publicó el estudio más completo sobre la Gendarmería, en España durante el siglo XIX (2). Sin embargo, este estudio está realizado sobre la Ordenanza de la Gendarmería de 1 de marzo de 1854, es decir, diez años después de la creación de la Guardia Civil, y dos años después del segundo reglamento de este último Cuerpo, por lo que el referido estudio tiene una utilidad sólo relativa para la determinación de la influencia francesa en la Institución española en 1844. No obstante, algunas de sus apreciaciones son de utilidad, como cuando se refiere a escasez o ausencia de competencias de la Guardia Civil en relación con los Ministerios de Justicia, y de Marina y Colonias, así como en los *"ejércitos y campamentos"*, *"puntos en los que nuestra Guardia Civil todavía no ha llegado a tener la conveniente extensión en sus atribuciones"*, a diferencia de la Gendarmería. Por lo demás, Quevedo y Sidro concluyen estableciendo un notable parecido entre ambos Institutos, pero fruto de la lógica más que de la imitación (3). Antonio Quevedo publicaría una *"Organización de la Guardia Civil"* que se traduciría al francés, y sería conocida en toda Europa.

En cuanto a Miguel Gistau Ferrandiz (4), tras exponer un estudio sobre la Gendarmería francesa a finales del siglo XIX, y una breve síntesis histórica, afirma lo siguiente: *"Los Cuerpos similares de otras naciones están cortados por los patrones de la Gendarmería francesa, Guardia Republicana (francesa también) y Gendarmería alemana. De la Gendarmería francesa, madre de todas ellas (incluso la nuestra) se han tomado los principios..."*. Sin embargo, este autor no expone argumentos que refuercen su opinión, ni delimita cuáles son esos principios.

Por el contrario, para Francisco Aguado (5), *"queda demostrado que lo de copiar al Cuerpo con similares funciones del país vecino es pura ilusión"*. Pero sus razones son igualmente insuficientes, ya que únicamente se basa en una nota de puño y letra del Duque de Ahumada, en la que el fundador desecha un proyecto de reglamento para el nuevo Cuerpo porque *"nada contiene de nuevo"*. Este proyecto habría sido redactado por un tal Lacroix, Capitán retirado de la Gendarmería que lo entregó al Subsecretario de Gobernación, Patricio de la Escosura, y éste remitió al Duque de Ahumada por conducto del Ministerio de la Guerra, por si era de utilidad. Como vemos, esta desestimación del Duque no excluye que otras aportaciones francesas se utilizaran con anterioridad o posterioridad.

En conclusión, tras consultar la bibliografía, puede afirmarse que ningún autor ha obtenido y contrastado en profundidad las normativas de las dos Instituciones "en litigio", para establecer sus similitudes y diferencias, hasta la realización de este trabajo.

FUENTES

Siendo la Guardia Civil una Institución que siempre se ha preocupado de su propia Historia, son el Archivo Histórico y el Servicio Histórico del Cuerpo los organismos que primeramente han de consultarse para la obtención de datos. La *"Revista de Estudios Históricos"*, producida por el citado Servicio desde 1968, ha publicado la mayoría de los trabajos existentes sobre la fundación de la Guardia Civil, independientemente de la condición de sus autores.

Más recientemente, la Dirección General del Cuerpo, a través de la Oficina de Relaciones Informativas y Sociales, publica los *"Cuadernos de la Guardia Civil"*, con periodicidad semestral, en cuyas páginas son frecuentes los trabajos referidos a la época fundacional del Cuerpo.

Además, la Revista Oficial y Profesional *"Guardia Civil"*, editada mensualmente, da también frecuente cabida a colaboraciones sobre temas históricos relacionados con el Instituto.

No termina aquí la labor propia de la Administración en esta materia: los "Seminarios Duque de Ahumada", realizados anualmente entre la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Dirección General de la Guardia Civil, y la posterior publicación de sus ponencias por el Ministerio del Interior, son igualmente fuente de datos para el objeto de este trabajo (el primero de estos seminarios, en 1989, estudió, entre otros aspectos, la fundación del Cuerpo). El libro "LA GUARDIA CIVIL ESPAÑOLA", editado por la Secretaría Técnica del Ministerio del Interior en 1989, constituye una, hasta ahora, primera Historia completa de la Guardia Civil realizada por la misma Institución...

Naturalmente, la abundancia de fuentes existentes en el ámbito del Cuerpo no excluye la búsqueda y consulta de otras ajenas al mismo. El Archivo General Militar de Segovia es un centro de consulta obligado, y la lectura de cuantas obras se han publicado sobre la Guardia Civil y su fundación, en cualquier editorial, debe ser lo más completa posible, ya que es improbable encontrar y estudiar todo lo que sobre la "Benemérita" se ha escrito en los últimos ciento cincuenta años.

Finalmente, y dado el método de trabajo elegido, como se explica en los párrafos siguientes, las publicaciones sobre la Historia de la Gendarmería Nacional francesa, y los compendios legislativos sobre su normativa, son, junto con las mismas fuentes referidas a la Guardia Civil, los recursos básicamente utilizados.

SISTEMATICA

La amplitud de fuentes, aparentemente excesiva, queda, sin embargo, notablemente reducida una vez decidido el método fundamental de trabajo. La determinación de la "paternidad de la Guardia Civil", que constituye el objetivo primordial de esta obra, puede obtenerse por dos vías distintas, pero no excluyentes:

La búsqueda y estudio de documentos que acrediten las opiniones al respecto de personalidades de la época fundacional, especial-

mente aquellas que redactaron las normas básicas del Cuerpo, constituye la primera de esas vías. Este camino obliga a consultar, además de la bibliografía especializada, a diversos archivos públicos y privados (archivo de las Cortes españolas, del Ministerio de AAEE, de la Guardia Civil, del Duque de Ahumada...).

La segunda vía nos lleva a la obtención y estudio comparativo de las normativas (decretos, reglamentos...) de la época fundacional de la Guardia Civil, y de la Institución que pudo haber servido de modelo para los creadores del Cuerpo español, que, como aseveró Miguel Gistau, y se demostrará en los siguientes apartados, no pudo ser otra que la Gendarmería Nacional francesa. Este segundo camino es, sin duda, más corto que el primero, aunque también más complicado, ya que las fuentes han de encontrarse fuera de España, y en lengua extranjera; pero de lo que no cabe duda es de que, sin excluir totalmente la vía anterior, es también más seguro que ésta, por cuanto no se basará en opiniones más o menos acreditadas, sino en hechos.

Por estos motivos, la comparación de las normativas de la Guardia Civil y de su supuesto modelo extranjero en la época fundacional es el sistema que preferentemente se ha seguido para la consecución de los fines del trabajo.

El desarrollo del mismo ha obligado al autor a realizar un trabajo de investigación histórica concentrado en cinco aspectos:

- El "marco histórico": Europa Occidental a mediados del siglo XIX. Dada la abundancia de fuentes referidas a este aspecto, no ha existido dificultad en encontrar las más apropiadas.
- Los archivos y bibliografía especializada, como se ha indicado anteriormente. La principal dificultad de esta fase la ha constituido su abundancia, ya resaltada, así como, por contra, la escasez de algunas publicaciones (ediciones anteriores a la guerra civil).
- La normativa fundacional de la Guardia Civil: los decretos de 1844 y los regla-

mentos y "cartilla" de 1844-45. No han existido problemas para el investigador, por ende miembro de la Guardia Civil, en encontrar y estudiar los documentos mencionados.

- Las ordenanzas de la Gendarmería vigentes en las fechas reseñadas. Aquí ha estribado el principal obstáculo del trabajo, puesto que las fuentes sólo existían en Francia, y en francés. Ello obligó, primero, a obtener de la Embajada francesa en Madrid historiografía sobre el Cuerpo galo, y copia de los documentos originales, y, después, a traducirlos al español.
- Análisis comparativo de las normas francesas y españolas. En este análisis, y en las conclusiones del mismo y de las demás fuentes utilizadas, se centra el fin primordial de la investigación.

LA GENDARMERIA NACIONAL

ANTECEDENTES REMOTOS

El caos que para la Galia significó la invasión de los bárbaros continuó durante la Alta Edad Media bajo la dinastía merovingia, no existiendo más justicia que el "derecho de la espada", ni más autoridad que la del rey y los "señores de la guerra", que se repartieron el territorio sustituyendo a los gobernadores y prefectos romanos, que habían representado a un Estado poderoso en otro tiempo.

En este ambiente de decadencia, la vigilancia del país estaba encomendada a hombres libres elegidos por turno, uno de cada cien, que eran apartados temporalmente de sus actividades habituales para servir, a menudo contra sus propios vecinos o familiares. Sistema de represión rudimentario y poco eficaz que anuncia la creación de una policía de carácter militar que aparecerá bajo los Capetos, y se organizará en todas las regiones de Francia según avance la centralización del Estado.

Durante el reinado de Felipe Augusto se organiza, por primera vez, una fuerza militar permanente capaz de asegurar el cumplimiento de las leyes, e interponerse entre

poderosos y débiles. Antes de ir a Tierra Santa, en 1190, el rey instala en sus dominios a "Sargentos Reales", encargados del cumplimiento de las decisiones de los delegados territoriales, y confía a los "Sargentos de Armas" la protección de su real persona.

Estos "Sargentos de Armas" tenían una doble dependencia: del Gran Senescal, que ejercía la función judicial y disciplinaria sobre los ejércitos, y del Condestable, primer Gran Oficial de la Corte. La Senescalía, en la que hay que encuadrar orgánicamente a los Sargentos de Armas, es el origen remoto de la Gendarmería (7).

En 1191, al ser asesinado el Gran Senescal durante la III Cruzada, Felipe Augusto, por razones políticas, transfiere las atribuciones militares y judiciales de aquél al Condestable. Este pone en su escudo una espada desnuda (distintivo sólo permitido al rey hasta entonces) con la punta hacia arriba, bajo el lema "Non Sine Numine", simbolizando la autoridad de derecho divino, encargada de hacer respetar la justicia.

Para el ejercicio de las funciones judiciales en el Ejército, el Condestable se apoya en los "Mariscales", sus lugartenientes. Cada Mariscal tiene su propio gabinete (Curia Marescallorum); los componentes del mismo, "Sargentos de Mariscales", integrarán la "Mariscalía" o "Maréchaussée".

En el año 1265, la sede de justicia del Condestable se fija en el Palacio de Justicia de París, pero con los Valois, y debido a los desórdenes derivados de la invasión inglesa y las guerras civiles, el ejercicio de la justicia será "ambulante". Una ordenanza del rey Juan "el Bueno", en 1356, delimitaba el ámbito de competencia jurisdiccional de la Maréchaussée que, debido a que los jefes inmediatos de los Sargentos se llamaban Prebostes, se denominará "Justicia Prebostal".

La distribución territorial de la Maréchaussée se basará en las instrucciones de Carlos VII en 1439, que, al crear un Ejército permanente de Caballería y Arqueros, y distribuirlo por toda Francia, conllevan el punto de partida de la misma.

Con Luis XI, cada Mariscal dispone de un

Preboste a sus órdenes. El Condestable, para resaltar su superioridad, nombrará, dependiendo directamente de él, a un "Gran Preboste", o Preboste General, cuya competencia se extenderá a los ejércitos y a todo el territorio. Este alto cargo acompañará al rey en sus desplazamientos, y asegurará en campaña la seguridad de las dependencias reales.

En 1474, Luis XI dispuso que en cada provincia hubiese un gentilhomme que representase a los Prebostes, debido a la movilidad continua de éstos. Su segundo sucesor, Luis XII nombró Prebostes provinciales estables, con las mismas atribuciones que los Prebostes de los Mariscales. Unos y otros gozarán, a partir de 1514, de doble función: policial y judicial, ya que además de detener, podrán también juzgar a los militares en sus guarniciones. Para ello dispondrán de colaboradores especializados en cada una de las citadas funciones.

A partir de 1501, la muy disciplinada fuerza armada de los Prebostes, compuesta originariamente por Sargentos de Mariscales, se compondrá de Compañías regulares de Maréchaussée, llamadas "de Arqueros" (8). Estas Compañías eran sufragadas, bien por el Tesoro real, bien por las provincias o villas que reclamaban su establecimiento para la protección de personas y bienes.

Francisco I potenciará notablemente a la Maréchaussée, que a partir de ahora se llamará "*Connétable et Maréchaussée de France*" (Condestabillía y Mariscalía de Francia), nombre que perdurará hasta la Revolución, perdurando también hasta ella el emblema adoptado en 1191. Este rey aumentará sus efectivos, y, según Ordenanza de 25 de enero de 1536, extenderá su jurisdicción a determinados delitos cometidos en los caminos principales y zonas rurales, llamados "Casos Prebostales", aunque no siempre estuvieran relacionados con personal militar ni en estado de guerra. A partir de ahora, la Maréchaussée podrá detener a los delincuentes sorprendidos en flagrante delito, ejecutar los mandamientos judiciales, y **exigir** la ayuda de la población; tendrá derecho de vida o muerte para los rebeldes, y facultades para la investigación de los delitos. Todo ello provocará con-

flictos con la jurisdicción ordinaria, hasta que Colbert, en 1670, reglamente las facultades de los Prebostes.

Durante la segunda mitad del siglo XVI, las guerras religiosas y civiles que asolan Francia, y la crisis económica y de autoridad consiguiente, repercuten negativamente sobre el buen funcionamiento y organización de la Maréchaussée: el personal está mal retribuido; los cargos de los Prebostes se convierten en hereditarios; la recluta deja mucho que desear. En este ambiente se pierde la dirección centralizada de la Institución. Las Unidades se cantonalizan y van dependiendo progresivamente de las autoridades locales; así, desde 1549, los informes ("procesos verbales") que los Prebostes provinciales deben remitir a la Condestabillía sobre sus servicios deben estar previamente visados por los jueces; y, a partir de 1566, esos informes estarán permanentemente a disposición de los jueces locales.

La extensión al personal civil de las competencias de la Maréchaussée, según la Ordenanza de 1536, fue aumentando conforme el poder de los reyes se hacía más absoluto, ya en el siglo XVII (delitos de atentado, contra la seguridad de la nación,...), pero teniendo siempre la oposición del Parlamento y de los Tribunales provinciales. Esta oposición no pudo impedir que la lista de los "Casos Prebostales" se hiciera cada vez más larga, incluyendo delitos ordinarios como sacrilegio, rapto, duelo..., e incluso algunos casos de asesinato.

En 1670, Colbert, Ministro de Luis XIV, consiguió la firma real para una Ordenanza que reunía los "Casos Prebostales" dispersos en textos anteriores, aumentándolos, una vez más, con otros nuevos. Además, esta disposición reglamentaba, con exigencias y formalidades muy estrictas, el procedimiento policial y procesal de la Maréchaussée, hasta entonces brutal y expeditivo, obligando a los Prebostes a someter su competencia, en cada caso, a la decisión de un Tribunal local.

De otra parte, también durante el reinado de Luis XIV, se dispuso que los militares que hubieran servido en la Maréchaussée, y distinguido con importantes servicios de represión de la criminalidad, fueran destinados a la

Policía general, una vez licenciados, para premiar y aprovechar así su dedicación y experiencia.

A lo largo del siglo XVIII, Le Blanc y Choiseul, Ministros de Luis XV y Luis XVI, respectivamente, reorganizarán en profundidad la Institución: los cuadros de mando, la administración, la estructura y el servicio de las Unidades serán objeto de la atención de estos eficientes Secretarios.

Con el Edicto de 1720, la *Maréchaussée* adquirió la homogeneidad que necesitaba a nivel nacional, suprimiendo los antiguos cargos permanentes de Preboste General y Preboste Provincial, estableciendo la Compañía como la unidad fundamental del Arma, y ordenando la formación de treinta Compañías que se extenderían por todo el país. Cada Compañía tendría la misma composición:

- * *Mando*, formado por el Preboste de la Compañía y sus Lugartenientes.
- * *Plana Mayor*.
- * *Oficiales expertos en funciones judiciales*.
- * *Tropa* (Arqueros y Trompeteros).

Sin embargo, la innovación fundamental de este Edicto, por su trascendencia y visión de futuro, residió en la distribución del personal de cada Compañía en "**Brigades**" de cinco hombres, al mando de un Oficial de Justicia o un Cabo (Brigadier), según su importancia, que se asentarían en residencias separadas "*de manera que cada una de ellas controle cuatro o cinco localidades, y esté situada sobre un camino principal (grande route)*".

Esta nueva distribución facilitó enormemente la continuidad de los servicios preventivos mediante el sistema de vigilancias cotidianas de dos hombres, cuyos recorridos vendrían avalados (desde 1716) por certificaciones de los habitantes de los lugares que visitarían.

Todo el personal de la *Maréchaussée* sería retribuido por la Secretaría de Estado para la Guerra, excepto los Prebostes y Lugartenien-

tes de las Compañías, cargos confiados a familias nobiliarias que los transmitirían a sus sucesores, hasta 1768, año en que Choiseul suprimió este privilegio.

La inspección de las Compañías se confió a inspectores especiales (Prebostes Generales) en base a cinco distritos de inspección.

Otras Ordenanzas determinaron la uniformidad, que continuó siendo azul (lo era de este color desde que Richelieu suprimió la Condestablia en 1627), el acuartelamiento (a cargo de los municipios) y las dependencias departamentales de la *Maréchaussée* (9).

En 1789, esta vieja Institución militar, heredera de la experiencia de seis siglos, había encontrado su fórmula definitiva, fórmula que la Revolución transmitiría a la Gendarmería Nacional, tras adaptarla al nuevo espíritu de la época que iba a comenzar.

REVOLUCION Y PRIMER IMPERIO

Pese a que las autoridades revolucionarias criticaron sistemáticamente y destruyeron frecuentemente cuanto Institución existía en la víspera de la Revolución, la *Maréchaussée* fue considerada por ellas como "*el Cuerpo más útil a la Nación*"; sin embargo, las reformas eran indispensables, y así, la Ley de 16 de febrero de 1791 cambiaba su nombre por el de **Gendarmería Nacional**, adoptando el nombre con que se conocía popularmente a los "mariscales", debido al uso del mismo corraje (blanco) que los "gendarmes" de la Casa Real, y la frecuente prestación de servicios conjuntos con éstos desde hacía mucho tiempo.

La citada ley mantuvo la naturaleza militar del Arma (como se la consideraba desde las primeras reformas dieciochescas, al igual que a los elementos de combate del Ejército: Infantería, Caballería, Artillería), dándole un rango preferente, a la derecha de las demás tropas del Ejército, y doblando sus efectivos, pero la "Justicia Prebostal", y los "Casos Prebostales", fueron suprimidos en base al principio de separación de poderes.

La organización territorial se adaptó a la nueva organización del Estado, con fuerte protagonismo de los Departamentos (10), a

cuyas autoridades administrativas y judiciales se subordinó la Gendarmería, quedando así, debido a las turbulencias de la época, muy dependiente de las oscilaciones políticas (en cuanto a prioridades de servicios, destinos, ascensos...), y, por ende, muy politizada la propia Institución, lo que naturalmente disminuyó su eficacia en su lucha contra la delincuencia. De otra parte, tanto la Asamblea Legislativa como la Convención, temerosas del excesivo poder del Arma, redujeron las atribuciones de los oficiales de la Gendarmería a los que convirtieron en meros auxiliares de los jueces (que eran electivos), impidiéndoles, por ejemplo, el reunir la fuerza de sus Brigadas sin autorización del Gobierno. Mientras tanto, el bandidaje, dada la inestabilidad general existente, hacía estragos por todo el país.

La Ley de 28 Germinal Año VI (17 de abril de 1798) es considerada en la actualidad como Carta fundamental de la moderna Gendarmería, pues, elaborada por un técnico, el General Wirion, consiguió la plena profesionalización y apolitización del Arma. El artículo primero de esta ley establecía sus misiones fundamentales ("mantenimiento del orden y ejecución de las leyes"), de cuyos objetivos no podía ser apartada por conveniencias políticas. Este mismo artículo determinaba también la primacía de los servicios preventivos sobre los represivos, en línea con las Ordenanzas de Le Blanc hacia 1720.

Quizá la principal novedad de la disposición reseñada en el párrafo anterior fue la creación de un Ministerio de Policía, civil en su concepto y en su titularidad, del que dependía el servicio de la Gendarmería, lo que parecía constituir un peligro para la independencia y las tradiciones militares del Arma, peligro que pronto se mostró infundado, pues la misma ley daba amplias facultades a los oficiales, en contraste con las disposiciones inmediatamente anteriores, y prohibía a las autoridades civiles inmiscuirse en el desarrollo de los servicios, aspecto que únicamente competía a los mandos militares.

Comprendiendo perfectamente la valía de la Institución, Napoleón la potenciará aumentando, una vez más, sus efectivos, como prin-

cipal garantía de la tranquilidad interior del país, para poder dedicar las energías del mismo a las empresas exteriores.

La principal reforma de la época napoleónica reside en la unidad del mando de toda el Arma, que el Emperador confía a uno de sus más prestigiosos Generales: el Mariscal Moncey, que se apoyará en un Estado Mayor permanente. La Gendarmería adquirirá en estos tiempos un orgulloso espíritu de Cuerpo que le permitirá afrontar brillantemente numerosas misiones militares (detención de desertores, policía militar en campaña,...), incluyendo, frecuentemente, desde el precedente de la batalla de Hondschoote (1793), el combate directo contra el enemigo exterior.

Además, una nueva reorganización traerá consigo la creación de una Unidad superior, la Legión. Veintisiete Legiones de la Gendarmería se repartirán todo el territorio nacional, teniendo cada una de ellas cuatro Compañías que serán asignadas a los Departamentos (una Compañía por Departamento), de cuyo Prefecto (pieza maestra de la Administración napoleónica) dependerán para el desarrollo del servicio. La confianza que la Gendarmería adquirirá en esta época, por parte del Gobierno, viene reflejada en la recuperación, para los oficiales del Arma, de la facultad de concentrar sus Brigadas sin previa autorización de la autoridad civil, facultad que había sido suprimida por los primeros gobiernos revolucionarios. Esta confianza se demuestra igualmente en la creación de una "*Légion d'élite*" para la protección del Gobierno.

Hacia 1807, refiriéndose a la Gendarmería, Napoleón escribía a su hermano, el rey de Nápoles: "...es una organización única como no existe en ningún otro país de Europa,... es el sistema más eficaz de mantener la tranquilidad pública...". Naturalmente, la satisfacción de la que hacía gala el Emperador, y la propia expansión del dominio francés por toda Europa, al compás de sus victorias militares, serán las causas de la adopción del modelo de la Gendarmería en las naciones ocupadas:

Así, en la Bélgica anexionada desde 1795 se impuso este modelo que, sin embargo, recuperó el antiguo nombre de *Maréchaussée*; este Cuerpo sobrevivirá a Waterloo y se

extenderá a Holanda tras la unificación de ambos países acordada por el Congreso de Viena, hasta la definitiva separación de ambas naciones en 1830. Después de esta fecha, tanto Bélgica como Holanda conservarán (hasta nuestros días) este sistema policial, pero con nombres distintos: Gendarmería y Maréchaussée, respectivamente.

En la dividida Italia se constituyó el Arma de Carabineros en 1814, en el reino de Cerdeña, con claras influencias del modelo gallo, así como en los Estados Pontificios, extendiéndose por todo el país tras la unificación.

También en la Confederación del Rhin fue impuesto un Cuerpo de Gendarmería que continuó su existencia incluso después de la unificación de Bismarck, de forma que para Miguel Gistau (11) superaba en eficacia a la propia Institución francesa.

En cuanto a España, los intentos de José I por crear una Gendarmería Nacional en España, se tratarán en el tercer capítulo.

LA RESTAURACION BORBONICA. LA ORDENANZA DE 1820

Si la valía de la Maréchaussée vino reconocida por la Revolución primero, y el Imperio después, que, no sólo mantuvieron la Institución sino que aumentaron sus efectivos, nuevamente el cambio de régimen que supuso la vuelta de los Borbones, va a proporcionar un aval para la Gendarmería al mantener el Arma y las reformas aportadas por Napoleón.

Una vez superado el caos consecuente a la derrota francesa y la invasión extranjera, y tras la etapa de "terror blanco" contra los partidarios del corso, la Gendarmería pudo dedicarse, por primera vez durante muchos años, a sus misiones esenciales: el mantenimiento del orden y el asegurar el cumplimiento de las leyes, misiones alteradas por la mayor importancia que adquirieron las funciones de policía militar derivadas de las continuas guerras. Este cambio de ambiente, y la experiencia acumulada, aconsejaron al Gobierno de Luis XVIII el confiar a un equipo de técnicos la elaboración de una Ordenanza que contuviera, en un solo cuerpo, toda la normativa referida al Arma, que ahora se denominará "Gendar-

mería Real"; así vio la luz el Real Decreto de 29 de octubre de 1820 (12), primer reglamento completo de la Institución, que reúne los aspectos orgánicos, las relaciones con las autoridades y estamentos, y las normas para el servicio.

La importancia de la citada Ordenanza es capital para el desarrollo de esta investigación, primero por su ya mencionado carácter de reglamento completo, segundo porque es la base de todas las modificaciones reglamentarias posteriores, y tercero porque es la única normativa en vigor en 1844, cuando se redactan los decretos y reglamentos que pondrán en marcha la Guardia Civil. En efecto, la siguiente Ordenanza será aprobada en 1854 (13), y tanto ésta como la que a su vez la sustituya, la de 1903, no contendrán más que variaciones técnicas derivadas de la lógica impuesta por los cambios de época, pero siempre sobre la organización del Decreto de 1820.

La Ordenanza contiene trescientos veinte artículos organizados en dos partes, cinco capítulos, y varias secciones, con arreglo al siguiente esquema:

*** PRIMERA PARTE**

- Capítulo 1º: Sobre misiones y caracteres generales de la Institución.
- Capítulo 2º: Sobre el personal.

*** SEGUNDA PARTE**

- Capítulo 1º: De las relaciones de la Gendarmería con las diferentes autoridades.
- Capítulo 2º: Del servicio.
- Capítulo 3º: Policía, disciplina y régimen interior.

Esta Ordenanza reforzará el carácter militar del Arma (curiosamente el Decreto se refiere a la Gendarmería con las denominaciones de "Arma" y de "Cuerpo", indistintamente), colocándola con preferencia a las órdenes del Ministro de la Guerra, aunque con dependencias (cuidadosamente normalizadas y siempre bajo la fórmula de "requerimientos") de

otros Ministerios, y aumentando las facultades de los oficiales, características que permanecerán inmutables con excepción del breve período de Vichy. En definitiva, la Ordenanza de 1820 configura los rasgos básicos de la Gendarmería contemporánea. Su contenido será analizado en el capítulo IV, y comparado con el de la normativa fundacional de la Guardia Civil.

GUARDIA CIVIL

ANTECEDENTES

En el capítulo anterior ha quedado establecida la relación, sin solución de continuidad, de la Senescalía de Felipe Augusto con la Gendarmería actual. Pues bien, no es posible encontrar una relación de este tipo que enlace a la Guardia Civil con un antecedente remoto.

Desde luego, cualquier estudio sobre los primeros cuerpos de seguridad en España debe remontarse a las Hermandades organizadas primeramente en Castilla en tiempos de Alfonso VI (14). Estas Hermandades perduraron hasta 1835, año en que, por Real Decreto de 15 de enero, María Cristina suprimió las Hermandades aún existentes de Ciudad Real, Toledo y Talavera.

Pero, pese a la afirmación de Quevedo y Sidro recogida anteriormente (15), según la cual la Guardia Civil tenía analogías con las Capitanías de la Santa Hermandad (el calificativo de "Santa" fue expresión de origen popular, como el que más tarde obtendría la Guardia Civil, aún hoy llamada "Benemérita"), no existe ningún dato que lo asevere. Además, las Hermandades carecieron de organización a nivel nacional, y dependieron para el servicio y sostenimiento de los concejos municipales, salvo durante la época de los Reyes Católicos, como se expone más adelante. De otra parte, a partir del siglo XVI cayeron en desprestigio, de forma que el término "cuadrillero", o miembro de las patrullas o "cuadrillas" de la Hermandad se convirtió en sinónimo de delincuente en grupo. Por este motivo, los primeros Borbones dictaron varias normas para mejorar la calidad de las Hermandades y uni-

ficar sus normativas, pese a lo cual, al comenzar el siglo XIX sólo sobrevivían las mencionadas de Ciudad Real, Toledo y Talavera, suprimidas por la regente por su poca operatividad y los conflictos que ocasionaron al superponerse sus competencias con las del Ejército al que se había confiado (en 1814) la lucha contra el banditaje en zonas rurales.

Fuera de la Corona de Castilla la Hermandad tuvo aún menos fortuna, ya que en Aragón y Navarra fueron definitivamente suprimidas en el siglo XVI. Por el contrario, esta institución tuvo mayor proyección en la América Hispánica, en la que, junto con el ambulante Tribunal de la Acordada, fue la base de la lucha contra la delincuencia hasta la independencia.

Sólo durante el reinado de los Reyes Católicos la Hermandad pudo haberse convertido, de haber perdurado las disposiciones inicialmente adoptadas por ellos, en germen de un cuerpo de seguridad moderno. Los procuradores de la Hermandad, reunidos en Villacastín en 1473, redactaron una recopilación de normas internas y disposiciones judiciales y penales que sirvieron a los reyes para organizar su "Santa Hermandad Nueva" en 1476, que se extendió a todos sus reinos, y dispuso de una dirección centralizada en manos de Alfonso de Aragón, hermano bastardo del Rey Católico.

Anticipándose en algunos años a la *Maréchaussée*, la Santa Hermandad Nueva gozaba de atribuciones completas, policiales y judiciales, ya que podía investigar, detener, y juzgar a los malhechores.

Sin embargo, la Hermandad Nueva desapareció como organismo estatal aun durante el reinado de sus patrocinadores; probablemente, como indica Francisco Aguado, la dependencia de las Capitanías de la Hermandad respecto de la Santa Inquisición para asuntos que eran competencia de ésta sería origen de problemas y quejas de capitanes e inquisidores. El caso es que en 1498 se dispuso la abolición del impuesto que, recaudado obligatoriamente por los municipios, retribuía a jinetes y ballesteros de las Hermandades, y, simultáneamente, se disponía la derogación de las Capitanías y demás cargos a

nivel nacional. Se volvía pues, de forma irreversible, a la situación anterior a 1473.

Ni los Austrias, ni los centralizadores reyes de la casa de Borbón organizaron una institución de seguridad general para todo el Estado, con dirección nacional de ellos dependiente, es más, no sólo no se creó esta institución, sino que ni siquiera aparecen menciones a proyectos o intentos de crearla en la bibliografía consultada, antes de 1808.

Como excepción pueden citarse las ofertas presentadas por el comandante de la Maréchaussée en Avignon y Venaisin al Conde de Aranda, embajador en París en 1781, para el establecimiento de la Maréchaussée en España, y un Servicio de Bomberos en Madrid (16). No existe dato alguno que permita establecer alguna relación entre las citadas ofertas y los proyectos y disposiciones del siglo XIX, pero cabe la suposición de que el francófilo Conde de Aranda, previo a la recepción de las mismas, hubiera manifestado algún interés en el conocimiento de la institución francesa para su posible adaptación en España. En cualquier caso, de las tres misiones que el diligente comandante francés proponía para el hipotético cuerpo español, dos (policía militar, servicio de postas) no serían ni siquiera consideradas en los diversos proyectos posteriores a la invasión napoleónica y la guerra subsiguiente.

Por lo demás, el panorama de las instituciones de seguridad en España, en 1808, era tan variado como desalentador a la hora de buscar una base, por débil que fuera, sobre la que crear la futura Guardia Civil. Martínez Ruiz (17) relaciona treinta organismos de seguridad existentes, en 1844, para mantener el orden dentro de las ciudades, y otros treinta y tres con la misma misión fuera de ellas, la mayor parte preexistentes en el siglo XVIII. Francisco Aguado (18) realiza un breve estudio de la mayoría de ellos: somatenes, escopeteros, milicias provinciales, compañías sueltas de fusileros y guardabosques, caudillos, ballesteros y migueletes, miñones y guardas, rondas fijas y móviles, mozos de escuadra, compañías de inválidos, alcaldes de casa y corte,...

Dos puntos en común podemos apreciar en

todos ellos: sus limitadas facultades territoriales, y su dependencia parcial (armamento, disciplina,...) del Capitán General correspondiente. Ninguno tenía la entidad suficiente como para llamar la atención de los ministros interesados, desde el frustrado reinado de José I, en organizar una institución de mayor proyección y peso específico.

INTENTOS FRUSTRADOS

Así pues, hasta 1808 no había existido ningún intento serio de organizar una institución de seguridad pública de ámbito estatal, aparte de la truncada Santa Hermandad Nueva de los Reyes Católicos.

En la última fecha citada, José I nombra a Pablo de Arribas Ministro de Policía. Este proyecta una organización policial en base a unos organismos de dirección (Ministerio de Policía General, Superintendente General, Intendencias, Comisarias,...), que estarían respaldados por una Junta Criminal y apoyados en una Fuerza armada, no precisada, pero que habría de tener necesariamente impronta militar; es decir, un sistema mayoritariamente civil, que para Martín Turrado Vidal (19) ha sido *"olvidado por quienes interesadamente quieren hacernos creer que en España hay antecedentes 'militares' de Policía"*.

Esa fuerza armada no llegaría a estar constituida en ningún momento, dados los avatares del corto y frustrado reinado del hermano de Napoleón, pero como la seguridad pública no podía descuidarse más que por la delincuencia común, ante la actuación de las "guerrillas" españolas, varias unidades fueron organizadas para cumplir esa función local o regionalmente. Así, el "Batallón de Infantería Ligera", la "Milicia Urbana de Toledo y La Mancha", los "Migueletes de Navarra de José Napoleón", la "Compañía de **Gendarmería Nacional** a Caballo para Madrid",... La mayoría de estas unidades tuvieron una existencia efímera o no llegaron a constituirse ante las dificultades bélicas y la casi nula colaboración de los españoles que habían de llenar sus filas. Por este motivo, el "rey intruso" mandó organizar la Milicia Cívica (1810), en la que habrían de integrarse las unidades creadas.

Esta Milicia tampoco tendría futuro por las mismas razones que hicieron fracasar los demás intentos, pero pudo tener quizá mayor proyección si, como Martínez Ruiz considera, fue el modelo en que se basaría la Milicia Nacional (20).

La importancia del modelo policial de Napoleón, civil-militar con predominio del primero (Intendentes, Comisarios,...), pese a su no realización, reside en su persistencia en el tiempo, pues, como veremos más adelante, se intentó mantener en la normativa fundacional de la Guardia Civil.

En el reinado de Fernando VII van a sucederse los intentos para organizar un cuerpo de seguridad. Ya durante su cautiverio en Bayona, se organizaron, en las zonas libres de franceses, las llamadas "Milicias de Nueva Especie", que desaparecieron al terminar la guerra, y que no pueden considerarse en rigor como antecedente de la Guardia Civil puesto que, como la Milicia Cívica en las regiones ocupadas, y quizá con mayor éxito que ésta, se dedicó fundamentalmente a la colaboración con los ejércitos en campaña (captura de desertores, persecución de "afrancesados",...).

Al regresar triunfante el rey, en marzo de 1814, se encontró con una España muy diferente a la que había dejado seis años atrás, una España representada, mejor o peor, en unas Cortes que habían elaborado la primera Constitución española, cuya aceptación le exigían al monarca el General Copóns y su tío, el cardenal de Borbón, que, en nombre de la Regencia, fueron a recibirle. El rey, como es sabido, marchó a Valencia, donde, el 4 de mayo, derogó la Constitución y toda la obra legislativa de las Cortes, incluyendo, naturalmente, el título VIII de la Carta Magna, en el que se preveía la organización de lo que realmente podemos considerar el primer cuerpo de seguridad pública en España a nivel estatal: la Milicia Nacional, cuyo reglamento había sido aprobado el 15 de abril.

La Milicia Nacional no tenía una plantilla permanente, sino que podían ser enrolados todos los españoles varones de treinta a cincuenta años de edad, con arreglo a las necesidades del momento. Su organización, típi-

camente militar pero con un sistema jerárquico democrático, ya que los mandos eran elegidos por los subordinados, estaba basada, según Aguado, en las "Milicias Provinciales", constituidas por orden de Felipe II para colaborar en la defensa del territorio ante posibles invasiones extranjeras, y que, de hecho, cumplieron este cometido durante la Guerra de la Independencia, siendo suprimidas definitivamente con la reforma militar de 1867. Por el contrario, Martínez Ruiz es del parecer, como queda dicho, de que era la Milicia Cívica de José Napoleón el modelo seguido por la Milicia Nacional.

En cualquier caso, las misiones y actuaciones de la Milicia tenían una marcada preferencia por la "defensa del orden constitucional", lo que conllevó la excesiva politización del Cuerpo, su ineficacia en la lucha contra el bandidaje y la delincuencia común, y la enemiga de los absolutistas, empezando por el mismo rey (21).

Truncada la Milicia, apenas nacida, por los decretos del 4 de mayo, volverá a aparecer intermitentemente en las etapas de predominio liberal con distintas denominaciones (22), hasta su definitiva supresión nada más restaurada la corona en la persona de Alfonso XII en 1875. Suprimida la Milicia, y dada la inseguridad general, el rey encomendó al Ejército, por Real Orden de 22 de agosto de 1814, la lucha contra el bandidaje.

De la ineficacia del Ejército y la Milicia Nacional ante la delincuencia, da fe la exposición de motivos del "primer" decreto fundacional de la Guardia Civil, de 28 de marzo de 1844, basando precisamente la creación del nuevo Cuerpo en la ineficacia citada (23). Sin embargo, los defensores de la Milicia van a ser los principales opositores al primer proyecto presentado por un Gobierno de Fernando VII.

En julio de 1820, el Ministro de la Guerra del primer Gobierno del "Trienio", el Marqués de las Amarillas, padre del futuro fundador de la Guardia Civil, presentó a las Cortes su proyecto de "Legión de Salvaguardias Nacionales", que pretendía ser una institución dedicada fundamentalmente a la protección de la seguridad pública, personas y propiedades,

sin inclinaciones políticas. Habría estado organizada en base a una Inspección General, cuatro Subinspecciones, y varias Comandancias y Compañías de caballería e infantería, hasta un total de cinco mil doscientos treinta Salvaguardias (un hombre por cada dos mil o dos mil doscientos habitantes, o tres leguas cuadradas). Este proyecto había sido redactado por don Francisco Javier Cabanes, colaborador del Ministro, y a instancias de éste. Sin embargo, el proyecto fue devuelto al Gobierno por los parlamentarios liberales porque, según afirma el propio Marqués en sus memorias, los parlamentarios "veinteañistas" rechazaban automáticamente cuantos proyectos de ley eran originados por el Gobierno, pretendiendo que la iniciativa legislativa surgiera exclusivamente de las Cortes y no del Gobierno, pese a que ambos orígenes de ley estaban previstos en la Constitución (24). Para Aguado, *"esta y no otra fue la base de la que partió Ahumada para organizar la Guardia Civil"*.

Los "Voluntarios Realistas" constituyeron una réplica, de opuesta inclinación política, a la Milicia Nacional, que se organizaron en el Norte de España durante el "Trienio" para conseguir la "liberación" del rey. Con el comienzo de la "Década Ominosa", los Voluntarios gozaron del lógico favor real, que fue desapareciendo cuando los Moderados se apiñaron alrededor de María Cristina preparando la sucesión en la persona de Isabel II. Como cuerpo de seguridad, los Voluntarios tuvieron las mismas limitaciones que la Milicia, y una existencia aún más breve, ya que fueron disueltos a la muerte de Fernando, en 1833 (25).

Tras el fracasado proyecto del Marqués de las Amarillas, y recuperado el poder absoluto en su real persona, Fernando auspició un nuevo intento que, para Aguado (26), estaba basado en la Gendarmería, cuerpo que había impresionado al monarca durante su cautiverio en Francia. Así surgieron los "Celadores Reales", cuya organización se dispuso en 1823, estando constituido el primer Regimiento en Madrid en 1825. Los Celadores tenían una doble dependencia: de la Caballería del Ejército para organización, dis-

ciplina, etc., y del Superintendente de Policía para el servicio peculiar. Se asentaba así un sistema ambivalente, civil-militar, que coincidía con las previsiones de Pablo de Arribas en 1808, y que se mantendría también, con diferencias, al fundar la Guardia Civil.

Sin embargo, tampoco los Celadores tendrían una proyección fehaciente. En 1827, problemas presupuestarios redujeron sus efectivos a una Compañía en Madrid y otra en Zaragoza, y, poco antes de la muerte del rey, María Cristina cambió su denominación por la de "Salvaguardias Reales", en un intento más de alejarse, en apariencia, de los postulados conservadores de su marido, hasta que en 1839 disolvió los exiguos efectivos de los Salvaguardias, cuyos miembros se integraron en el recién creado Cuerpo de Policía, de naturaleza civil.

Porque, al mismo tiempo que Celadores y Salvaguardias comenzaban su corta andadura, un sistema policial civil intentaba también abrirse paso, desde la Real Cédula de 13 de enero de 1824, y su reglamento de 20 de febrero, que dividía a España en treinta y dos Intendencias de Policía y ciento veintiséis Subdelegaciones, y, como queda dicho, en estas Intendencias habían de integrarse los Salvaguardias de Madrid y Zaragoza tras su disolución.

Siguiendo la tónica habitual, la organización policial citada quedó suprimida, tras la forzada dimisión de María Cristina como regente, por Real Decreto de 2 de noviembre de 1840, y sustituida por otra que confiaba todas las atribuciones de seguridad y orden público a los Jefes Políticos (la Cédula de 1824 daba importantes competencias a los Alcaldes en esta materia), y materializada en la "Policía de Protección y Seguridad Pública", organizada en base a Comisarías de Distrito (tantas como Juzgados de Primera Instancia) y Celadores de Barrio. No obstante, este decreto, derogando "de facto" la organización anterior, dejaba en suspenso la ejecución de la nueva normativa hasta que otra disposición posterior la desarrollara. Esta nueva disposición habría de esperar a la terminación de la agitada regencia de Espartero, y en 1844 otro Real Decreto, de fecha 26 de enero, cumpli-

mentaba el de 1840 constituyendo el "Ramo de Protección y Seguridad Pública", y, en su décimo y último artículo, ordenaba la organización de una *"fuerza especial destinada a proteger eficazmente las personas y propiedades, cuyo amparo es el principal objeto del ramo de protección y seguridad"*. Esta fuerza especial sería la Guardia Civil.

Así pues, al comenzar la "Década Moderada", el campo del orden y seguridad públicos presentaba un panorama con un sistema policial civil en embrión (Jefes Políticos-Comisarios-Celadores), y una "fuerza especial" aún menos desarrollada, de la que sólo existían su necesidad y el mandato del último decreto citado. Tanto la Policía civil como la "Fuerza especial" contaban con precedentes que, aunque abortados, aportaban, sin duda, su experiencia a legisladores y gobernantes moderados. Estaba claro que la seguridad pública era competencia del Estado y responsabilidad del Gobierno para toda la nación. Por el momento, el Ejército y la Milicia Nacional eran los únicos instrumentos para ello. Esta situación iba a cambiar en menos tiempo del que auspiciaban los fracasos anteriores.

Antes, el 9 de marzo de 1829, se había constituido el Real Cuerpo de Carabineros de Costas y Fronteras, que, sin tener relación con los temas hasta ahora tratados, la tendría posteriormente al asumir unas competencias (el contrabando fundamentalmente) que no podría tomar la repetida "fuerza especial", a diferencia de su supuesto modelo francés.

LA FUNDACION DEL CUERPO. NORMATIVA

Al comenzar el año 1844, preside el Consejo de Ministros González Bravo, siendo Ministro de la Guerra el General Mazarredo, y de Gobernación el Marqués de Peñaflorida.

Es Subsecretario de Gobernación Patricio de la Escosura, al que Aguado define como "personaje típico y versátil de la época", que, siendo Capitán de Artillería, cambió la milicia por la política afiliándose a los moderados en París durante la oposición de éstos a Espartero. En 1846 se pasó al campo progre-

sista, llegando a ser nombrado por Espartero Ministro de la Gobernación en 1856. De sus relaciones en Francia con el Capitán Lacroix, y el proyecto que éste le entregó (27), ya se ha hecho referencia en la introducción a este trabajo, y habrá que volver a él más adelante.

Según Aguado, Patricio de la Escosura es el autor del Real Decreto de 26 de enero, referido a la organización del "Ramo de Protección y Seguridad Pública", cuyo último artículo dispone la creación de una "fuerza especial destinada a proteger personas y propiedades", sin que se establezca el modo de relación y dependencia entre esta fuerza especial y los comisarios y celadores del Ramo. Este mismo decreto se refiere a un reglamento que determinaría las funciones, medios y régimen interno del personal del Ramo, reglamento que será, en efecto, aprobado el 30 de enero (es presumible que estuviera ya redactado cuando se publicó el Real Decreto cuatro días antes).

Así las cosas, el 28 de marzo, y también debido a la pluma de Patricio de la Escosura, aparece el que podemos llamar "primer" decreto fundacional de la Guardia Civil. De su texto, que se analizará en el capítulo siguiente, son destacables ahora los siguientes aspectos:

- * Marcada dependencia de la nueva institución respecto de los Jefes Políticos, a los que correspondería, entre otras competencias, el alistamiento y los ascensos de los Sargentos y Cabos. Y, paralelamente, escasa influencia del Ministerio de la Guerra y las autoridades militares, a los que sólo competía el proporcionar personal al nuevo Cuerpo, aunque las jerarquías internas y la disciplina serían las propias del Ejército.
- * Numerosos errores e inconcreciones, como el de la "pérdida" de catorce Compañías (el artículo 4.º dispone que se organicen 103 Compañías, sin embargo, su distribución por Tercios suma sólo 89), o el no exigir a los Guardias Civiles de nuevo ingreso el saber leer y escribir.
- * Reconocimiento de que una institución como la que se pretendía ahora organi-

zar existía ya en otras naciones, aunque sin citarlas (28).

- Escasas referencias al ramo de Protección y Seguridad Pública. La exposición de motivos se refiere al cumplimiento del Decreto de 26 de enero, pero no cita ningún artículo concreto, ni establece la menor relación entre las Comisarias del Ramo y las Unidades de la Guardia Civil, a excepción del último artículo del decreto que prevé el pase al Ramo de Protección del personal del nuevo Cuerpo que "llegue a inutilizarse en el servicio, y los que se distinguen por su aptitud, honradez y celo".

No deja de sorprender la citada escasa relación que los dos últimos decretos mencionados establecen entre el Ramo de Protección y lo que debería ser su "brazo ejecutor", la tan referida "fuerza especial"; Aguado es incluso del parecer de que no era la Guardia Civil la fuerza aludida por el decreto de enero. En cualquier caso, parece deducirse que, si bien la idea original era que la Guardia Civil ocupara ese papel, el desarrollo normativo evidenció a sus autores la dificultad de "casar" dos Cuerpos distintos en una sola organización con situación de subordinación de uno de ellos respecto del otro; máxime si, como era deseable, se ponía tanta (o más) atención en la organización del instituto militar y éste absorbía más medios y presupuesto. También es posible que la conflictividad creciente en los campos, al compás del desamparo en que iban quedando numerosos campesinos por la aplicación de las medidas desvinculadoras y desamortizadoras, pusiera en primer plano la necesidad de un cuerpo de seguridad que actuara en las zonas rurales sin cortapisas impuestas por los comisarios de las ciudades.

Las inconcreciones del decreto, que, entre otros aspectos, no determinaba claramente qué Ministerio debía organizar la naciente Institución, motivaron un nuevo Real Decreto, de fecha 12 de abril, de sólo cinco artículos, que designaba al Ministerio de la Guerra como responsable de la organización, pudiendo los Jefes encargados de la organización, "por esta vez", nombrar los Sargentos y Cabos.

Como consecuencia, el Ministro de la Guerra, General Mazarredo, propone al Duque de Ahumada como "General Director de la Organización", y le dirige, a estos efectos, una comunicación, fechada el 15 de abril, a Barcelona, puesto que el Duque, desempeñando el empleo de Mariscal de Campo, y el cargo de Inspector General Militar, se encontraba en Cataluña inspeccionando las guarniciones de esta región.

Don Francisco Javier Girón y Ezpeleta de las Casas y Enrile, II Duque de Ahumada y V Marqués de las Amarillas, había nacido en Pamplona, en el castillo del Virrey en 1803. Su padre, General del Ejército, llegó a Ministro de la Guerra en 1820, y presentó, como queda reflejado páginas atrás, a las Cortes su proyecto de Legión de Salvaguardias Nacionales que, aunque rechazado por las Cámaras, pudo influir en las normas que redactaría su hijo para aplicarse en la Guardia Civil. Truncada su carrera política en 1823, por sus afinidades con los liberales, volvería a tener protagonismo al, cumpliendo la voluntad testamentaria de Fernando VII, formar parte del Consejo de Gobierno de la Regente, desde la muerte del rey hasta la "Sargentada" de 1836.

El que es considerado como el verdadero fundador del Cuerpo entró en la vida militar como Capitán de las Milicias Provinciales, y pudo demostrar su capacidad para el mando en diversas acciones durante la Primera Guerra Carlista, en la cual conoció y estableció amistad con Narváez. Aunque no tuvo ambiciones políticas, fue senador vitalicio y vicepresidente de la Alta Cámara en dos ocasiones. Según Aguado, fue "hombre muy justo y meditado en sus determinaciones, correcto en el trato e infatigable para el trabajo. Sus principales características fueron sus singulares aptitudes como organizador, muy capacitado para el mando de grandes unidades, como quedó demostrado en la lucha frente a Ramón Cabrera".

Ahumada contestó al Ministro exponiendo sus condiciones para hacerse cargo de la organización, que, en síntesis, y siguiendo a Aguado (29), consistían en:

- * Facultades al organizador para elegir y separar a todos los jefes, oficiales y tropa; así como intervención en el equipo y vestuario, durante la fase de organización.
- * Aumentar el sueldo previsto para los Guardias Civiles (que pasaría de una a dos pesetas para los de Infantería).
- * Que la organización se realizara de forma progresiva: "primero un Tercio; concluido éste otro, y según por el Ministerio de la Guerra se prevenga".
- * Reducir la plantilla inicial (el decreto de marzo la fijaba en 14.388 hombres de tropa) de jefes y de tropa, y aumentar, en cambio, la de oficiales.

Antes de que el General Mazarredo pudiese contestar las propuestas de Ahumada, se produce el cambio en la jefatura del Gobierno. El 2 de mayo, Narváez sustituye a González Bravo, haciéndose cargo, además, de la cartera de Guerra, en la que mantiene al mismo Subsecretario, el Conde de Vistahermosa. Ocupa la cartera de Gobernación Pedro José Pidal, siendo el nuevo Subsecretario Felipe Martínez, que reemplazan a Peñaflores y de la Escosura, respectivamente.

El buen entendimiento entre Narváez y Ahumada, y las discrepancias de ambos sobre el decreto de marzo, tendrán como consecuencia la aceptación de las condiciones del Duque, y el "definitivo" decreto fundacional de la Guardia Civil, de fecha 13 de mayo, que, como el de marzo, será también analizado en el capítulo siguiente. Esta definitiva disposición rectifica normas orgánicas anteriores, y sienta la modificación fundamental: la doble dependencia del Cuerpo de los Ministerios de Guerra y Gobernación, y no sólo de este último como anteriormente; asimismo, se eliminan las competencias en el régimen interno de los Jefes Políticos, que únicamente podrían "entenderse" con los Jefes de Tercio para asuntos del servicio; se crea la Inspección General; y se reduce la plantilla a 5.769 hombres de Tropa. Por lo demás, el último artículo deroga todas las órdenes anteriores que se opongan al decreto, lo cual, como apunta Antonio Morales (30),

no anula aquellas disposiciones, incluidas en el decreto de marzo, que no se opongan a aquél. Queda claro, no obstante, que en base al último decreto se pone en marcha la Guardia Civil.

Para Aguado (31), en los decretos de enero y marzo, Patricio de la Escosura "había dejado patente su marcada influencia gala". Se apoya para esta afirmación en lo expuesto por el Coronel de la Iglesia Carnicero (32), que considera el decreto de marzo como una *"traducción tal vez demasiado literal del organismo de la Gendarmería, y tendiendo a constituir un Cuerpo más civil que militar"*. Del mismo criterio participa Miguel López Corral, que considera los decretos de marzo y mayo inspirados en normas francesas, especialmente el primero (33).

Ninguno de estos autores apoya estas afirmaciones en un estudio de la normativa de la Gendarmería en la época referida. En realidad, como se verá en los capítulos siguientes, y al contrario de lo que exponen los reseñados autores, existen más afinidades entre la ordenanza francesa y el decreto de mayo que entre el de Escosura (28 de marzo) y las citadas normas galas. La Gendarmería era una institución con más esencia militar y mayor independencia de las autoridades civiles de lo que nunca llegó a ser la Guardia Civil.

En la elaboración de los decretos fundacionales de marzo, abril y mayo se aprecian dos características generales: ampliación del contenido del decreto, o decretos anteriores, para llenar sus muchas lagunas; y oposición entre la dependencia y caracteres civiles y militares del Cuerpo que se estaba gestando. Estas características van a transmitirse a los reglamentos que entrarán en vigor en 1844 y 1845.

La oposición "civil-militar", más definida a favor del segundo de estos factores en el decreto de mayo, se va a traducir en la realización de dos reglamentos para el Cuerpo, y no uno sólo, como parecería más lógico, y en contraposición con la uniformidad de la Ordenanza de la Gendarmería. Así, los dos ministerios en litigio van a producir su propio reglamento, con arreglo a las competencias que el decreto de mayo les había atribuido: para Gobernación, el desarrollo de los servi-

cios peculiares y el acuartelamiento, y, para Guerra, los aspectos orgánicos y de régimen interior, correspondiendo la inspección a ambos departamentos a través de la Inspección General y los mandos del Cuerpo.

Así, con fecha 9 de octubre del mismo año de la fundación, se publica el Reglamento para el Servicio, de cincuenta y seis artículos, organizados en cinco capítulos, que contienen las misiones del Cuerpo, las competencias de los ministerios (Guerra, Gobernación, y Gracia y Justicia) y autoridades delegadas, los deberes y facultades de los Guardias Civiles, normas sobre acuartelamiento, y disposiciones de carácter general.

Seis días después se publica el Reglamento Militar, de siete capítulos y setenta y cinco artículos. En ellos se contiene la organización interna del Cuerpo, las pautas de reclutamiento y ascensos, las obligaciones y facultades de los mandos, y las normas disciplinarias.

El contenido de estos dos reglamentos, como el de los decretos, y la "Cartilla", será analizado y comparado con la ordenanza de la Gendarmería en el capítulo siguiente. Aguado opina que el texto del Reglamento para el Servicio, con la firma del Ministro de la Gobernación, debió ser redactado por Patricio de la Escosura antes de su cese, y que su sucesor, Felipe Martínez, mantuvo el proyecto de aquél "tal vez después de algún ligero retoque". Por el contrario, el autor principal del Reglamento Militar fue Ahumada, que debió admitir, sin duda, las modificaciones que introdujera el Ministerio de la Guerra, que lo suscribió. Aguado insiste, una vez más, en las influencias "foráneas" sobre el contenido del Reglamento para el Servicio y el decreto de marzo (34), pero, como veremos posteriormente, sin suficiente base. Hay que reconocer, no obstante, que el texto del preámbulo del Reglamento para el Servicio inclina a coincidir inicialmente con las tesis del referido autor (35).

Turrado (36) llama la atención sobre los artículos 14 y 17 del Reglamento para el Servicio, en los que se recoge la dependencia de las Unidades del Cuerpo respecto de los Comisarios y Celadores de Protección y

Seguridad. En efecto, los artículos 14 a 18 del citado texto determinan que son los Comisarios los que disponen el servicio de la Guardia Civil en su respectiva demarcación; pero el artículo 15 limita esta facultad a las órdenes e instrucciones previas del Jefe Político, verdadero jefe del servicio del Instituto, y el 18 limita las facultades disciplinarias de los Comisarios (caso de desobediencia o falta de respeto) a dar cuenta al Jefe Político, única autoridad facultada para disponer (provisionalmente) la separación del servicio de los individuos del Cuerpo inculcados. Respecto de los Celadores, si bien el artículo 17 estipula que el Comisario podrá poner a las órdenes de algún Celador parte de la fuerza de su demarcación, las posibles desobediencias o faltas de respeto hacia el Celador no son consideradas en estos artículos. Finalmente, el artículo 54 reserva la tercera parte de las Comisarias para los Guardias Civiles que "después de un año de establecida la Guardia Civil se hubieren distinguido en este servicio". De este último artículo se deducen dos consecuencias: primera, que el Ramo de Protección y Seguridad Pública iría retrasado, respecto de la Guardia Civil, en su despliegue territorial; y segunda, que el nivel profesional y humano de los Comisarios no sería muy alto cuando simples Guardias Segundos podían hacerse cargo de las Comisarias.

En realidad, los artículos reseñados en el párrafo anterior tienen un contenido muy escaso y ambiguo como para poder desarrollar en la práctica la repetida dependencia de la Guardia Civil respecto de los Comisarios; no podía ser de otro modo cuando los decretos no los mencionan siquiera. Aguado (37) relata cómo el Comisario de Getafe citó en su domicilio a la fuerza del Cuerpo para ser por él revistada, lo cual no sólo no fue cumplimentado, sino que, además, le costó el cargo al Comisario. De otra parte, la "Cartilla", complemento y desarrollo del Reglamento para el Servicio, apenas se refiere a ellos. La relación entre el Ramo de Protección y Seguridad Pública y la Guardia Civil, más teórica que real, terminaría legalmente con el nuevo Reglamento para el Servicio de 1852.

La característica común a los decretos refe-

ridos, la de su cortedad, que requería la ampliación de cada norma a través de la siguiente, se va a traducir en el contenido de la Cartilla de 20 de diciembre de 1845 (buena parte de su contenido había sido aplicado con anterioridad según una circular del Duque de Ahumada de fecha 16 de enero de 1845), cuyos objetivos primordiales fueron:

- * Completar la normativa recogida en los reglamentos Militar, y del Servicio, de cara a cada una de las misiones peculiares del Instituto.
- * Imprimir "carácter" al Cuerpo, mediante el establecimiento de reglas morales, a cuyo cumplimiento se dedicarían los mandos con especial atención. Aquí dejaría huella imborrable su autor, el Duque de Ahumada.

La importancia de la Cartilla será fundamental, tanto para el desarrollo de este trabajo, puesto que sus ciento cincuenta y ocho artículos contienen tanta normativa como todos los decretos y reglamentos reseñados hasta ahora, como para el devenir de la Guardia Civil, ya que su contenido sería integrado en el Reglamento para el Servicio de 1852, y muchas de sus normas, incluso literalmente, se mantendrían en el de 1942, último aprobado.

NOTAS

(1) *Las Fuerzas de Seguridad y Orden Público en la primera mitad del siglo XIX*. Cuadernos de Historia. Tomo IV. Madrid, 1973. Págs. 143-145.

(2) *La Guardia Civil*. Madrid, 1858. Págs. 553-566.

(3) Por esta breve reseña de la organización, deberes, atribuciones, y servicio de la Gendarmería francesa se ve la gran analogía que tiene con nuestra Guardia Civil; con la diferencia de que esta última Institución se halla en el período de su formación y desarrollo, y la Gendarmería francesa en todo lo que va del presente siglo se ha desarrollado completamente "... La Institución de la Guardia Civil, tanto en su organización como en su índole y objeto, tiene muchos puntos de contacto y analogía con la Gendarmería francesa, no lo negamos, pero tampoco debe creerse que sea una copia de ella; ha sido organizada e instruida atendiendo solamente a las necesidades y el carácter y circunstancias especiales de la nación, como puede verse por los artículos de la Cartilla y las circulares y demás documentos de que ya hemos hablado. Esa semejanza, esos puntos de contacto provienen, más bien que de haber querido imitar a la Gendarmería en todos sus detalles, de la división de poderes y de la mayor o menor semejanza y analogía que tienen entre sí los sistemas de gobierno por que se rigen en

la época actual todas las naciones de Europa. Por otra parte.... La Guardia Civil tiene muchos puntos de analogía y semejanza con las Capitanías de la Santa Hermandad, la primera Institución de seguridad pública en Europa en la Edad Media...". QUEVEDO Y SIDRO, *op. cit.*, págs. 564, 565.

(4) *La Guardia Civil*. Madrid, 1907. Pág. 582.

(5) *Historia de la Guardia Civil*. Ediciones Historicas. S. A. Madrid, 1983. Tomo 1, Págs. 192-193.

(6) La redacción de este apartado está basada, fundamentalmente, en la obra "Gendarmerie Nationale, tradition et modernisme", editado por el Servicio de Relaciones Públicas de la Dirección General de la Gendarmería Nacional. Págs. 3 a 23.

(7) La aceptación de esta paternidad lejana por parte de la actual Gendarmería nacional viene significativamente expresada en el título de la obra citada que se refiere a la historia de la Institución: *11uit siècles d'histoire*.

(8) En 1760 se las llamará de "Caballeros"; y en 1791 de "Gendarmes", debido a que usaron el distintivo de la Gendarmería de la Casa Real: el correaje blanco.

(9) Tres eran los Ministerios que podían cursar órdenes a la *Maréchaussée*: Guerra, Interior, y Justicia, a través de los Jefes del Ejército, Intendentes y Magistrados, respectivamente.

(10) La fuerza de cada Departamento, al mando de un Teniente Coronel, contaba con dos Compañías, y, cada una de éstas, tres Tenencias constituidas por tres o cuatro Brigadas. La inspección de estas Unidades estaba confiada a Coroneles de la Gendarmería que, mandando una División, supervisaban la fuerza de tres Departamentos, existiendo en total veintiocho Divisiones.

(11) *Op. cit.*, pág. 582.

(12) En este año se produjo el asesinato del Duque de Berry, sobrino del rey, e hijo de su sucesor, por un extremista revolucionario. Este es también el año en que el Marqués de las Amarillas, padre del futuro Duque de Ahumada, presenta en las liberales Cortes españolas su proyecto de "Legión de Salvaguardias Nacionales".

(13) El hecho de que la vigencia de la Ordenanza de 1820 se mantuviera íntegra tras la Revolución de julio de 1830, y aún seis años después de la de 1848, es una prueba más del acierto de sus autores.

(14) Para obtener un conocimiento más completo de las Hermandades, puede consultarse a FRANCISCO AGUADO, *op. cit.*, págs. 15-84.

(15) *Vid.* nota num. 3.

(16) *Vid.* ENRIQUE MARTINEZ RUIZ, *op. cit.*, págs. 111-120.

(17) *Idem*, págs. 154-155.

(18) *Idem*, págs. 123-159.

(19) *Síntesis de Historia de la Policía*. Madrid, 1984. Páginas 7-8.

(20) Para un mejor conocimiento de estas unidades, *vid.* JUAN MERCADER RIBA: *José Bonaparte Rey de España, 1808-1813. Historia externa del reinado*. Madrid, 1971. FRANCISCO AGUADO, *op. cit.*, págs. 149-159. ENRIQUE MARTINEZ RUIZ, *op. cit.*, pág. 135.

(21) Sobre la Milicia Nacional puede verse, JUAN SISI-NIO PEREZ GARZON: *Milicia Nacional y Revolución Burguesa*. Madrid, 1978.

(22) 1820-1823; 1834, con los nombres sucesivos de "Milicia Urbana", "Milicia Cívica", "Gendarmería Nacional", y, de nuevo, en 1854-1856, Milicia Nacional; en 1868, "Voluntarios de la Libertad", y, ante el regreso del rey, "Voluntarios de la Monarquía Constitucional", en 1875, lo que no impidió su definitiva disolución en este mismo año.

(23) "...no tiene la sociedad ni el Gobierno más apoyo ni escudo que la Milicia Nacional o el Ejército, inadecuados para llenar este objeto cumplidamente y sin perjuicios. La Milicia Nacional que por su índole carece de una existencia continua, se dirige a la conservación del orden, tomada esta

voz en la acepción relativa a la defensa de las leyes y el sosiego general dentro de las poblaciones: de donde resulta que su obligación es local y su servicio transitorio... No puede tampoco el Ejército llenar esta necesidad, porque su objeto peculiar es defender el Estado, y en último extremo auxiliar a la Milicia en la conservación del reposo público; porque su organización le pone fuera del alcance; porque sus elementos constitutivos no se amoldan al desempeño de comisiones de cierto carácter discrecional y porque el rigor de la disciplina militar se resentía de la frecuente diseminación de las tropas en pequeñas partidas independientes de la vigilancia y de la acción de los jefes superiores. Por otro lado, ni el Ejército, ni la Milicia Nacional desempeñaban con la fe necesaria el enojoso servicio de Policía, que miraban con cierto desvío por las preocupaciones vulgares que sólo se presentaban a sus ojos como una obligación pasajera accesoria y extraña al primordial objeto de su respectivo instituto."

(24) Vid. PEDRO AGUSTIN GIRON, MARQUES DE LAS AMARILLAS: *Recuerdos (1778-1837)*. Editado por EUNSA, Pamplona, 1979.

(25) Sobre los Voluntarios Realistas, véase FEDERICO SUAREZ: *Los Cuerpos de Voluntarios Realistas*, Madrid, 1956.

(26) Vid. *op. cit.*, pg. 120.

(27) Vid. página 8 de este trabajo.

(28) En la exposición de motivos del Real Decreto, al justificar la importancia que tenía la elección de los componentes del Cuerpo, se exponía: "...No correspondería el nuevo Cuerpo a la esperanza que justamente prometían sus efectos en otras naciones si...".

(29) Vid. *op. cit.*, págs. 194, 195.

(30) ANTONIO MORALES VILLANUEVA: *Las Fuerzas de Orden Público*, Madrid, 1980. Pág. 89.

(31) Vid. *op. cit.*, pág. 194.

(32) EUGENIO DE LA IGLESIA CARNICERO: *Reseña histórica de la Guardia Civil*, Madrid, 1898.

(33) "...En esta nueva disposición (decreto del 13 de mayo) se observa todavía una mercediana influencia del modelo realizado en Francia para su Gendarmería. No era, desde luego, una ascendencia tan notoria como la existente en el primer decreto...". MIGUEL LOPEZ CORRAL: *La Guardia Civil Española* (varios autores), Madrid, 1989. Páginas 21-22.

(34) *Op. cit.*, págs. 223-224; "...En resumen, el Reglamento Militar no fue sino la versión ahumadana largamente meditada del ya conocido decreto de 13 de mayo,

mientras que el del Servicio fue la interpretación aventurada del aludido decreto de 28 de marzo, inspirado, a su vez, en textos foráneos...".

(35) "...Sin desconocer el valor ni desaprovechar el auxilio de extraños ejemplos, dignos por cierto de atención y de estudio, el que suscribe, absteniéndose muy cuidadosamente de todo espíritu de ciega imitación, ha procurado evitar las aplicaciones impracticables o aventuradas y amoldar las disposiciones del Reglamento al actual estado de nuestra nación, a las circunstancias locales de nuestros pueblos y a la natural inexperiencia de los individuos que constituyen esta nueva fuerza de protección y seguridad...".

(36) *Op. cit.*, pág. 41.

(37) *Op. cit.*, pág. 225.

ABREVIATURAS

En este estudio se han utilizado frecuentemente abreviaturas para referirse a los textos en los que se recogió la normativa de la Gendarmería francesa y la Guardia Civil en la época fundacional de este último Cuerpo. Son las siguientes, expuestas en orden alfabético:

CA.... Cartilla del Guardia Civil de 20 de diciembre de 1845.

DA.... Real Decreto de 12 de abril de 1844.

DM.... Real Decreto de 28 de marzo de 1844.

DY.... Real Decreto de 13 de mayo de 1844.

OG.... Ordenanza Real, sobre la Gendarmería, de 29 de octubre de 1820.

RM.... Reglamento Militar de 15 de octubre de 1844.

RS.... Reglamento para el Servicio de 9 de octubre de 1844.

BIBLIOGRAFIA Y DOCUMENTACION

- AIZPIRI, J. J., y otros (1993). *Habilidades en Salud Mental para Médicos Generales*. Smithkline Beecham, S. A., Madrid.
- ALEGRE AVILA, J. M. "El artículo 21 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana" (una nota sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales). *Revista Vasca de Administración Pública* número 36, mayo-agosto de 1993.
- ALONSO PEREZ, F. "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana". *Cuadernos de la Guardia Civil* número 8, 1992.
- ALONSO PEREZ, F. "La Policía Judicial". *Revista Española de Derecho Militar* números 59-60, enero-junio y julio-diciembre de 1992.
- ASENCIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y preconstituída*. Madrid, 1982.
- AYUSO, J. L. (1973). Actitudes hacia la psiquiatría de los médicos de un hospital general. En *Actas Luso-Españolas de Neur., Psiq. Y C. Af.*, 2.
- BALLBE MALLOL, M. "Modelos policiales comparados". Ponencia contenida en el libro "Seminario Duque de Ahumada: Seguridad y Estado autonómico". Ministerio de Justicia e Interior, 1996.
- BARAHONA Y ALCALDE MORAÑO, E. "La identificación y la detención. En relación con el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana". *Ciencia Policial* número 22, julio-septiembre de 1993.
- BARCELONA LLOP, Javier. *Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad. (A partir de la Sentencia del T.E.D.H. sobre el "Caso Malone".)* *Revista Administración Pública* núm. 112, enero-abril 1987.
- BARCELONA LLOP, J. "Seguridad y policía en la Constitución española". Ponencia contenida en el libro "VII Seminario Duque de Ahumada: Seguridad y Estado autonómico". Ministerio de Justicia e Interior, 1996.
- BERRIATUA SAN SEBASTIAN J. "Aproximación al concepto de seguridad ciudadana". *Revista Vasca de Administración Pública* número 41, enero-abril de 1995.
- BOCCAHFUNSO, Patrice. "Les carrieres de L'armée et de la police" *Paris L'etudiant*, 1987 248 páginas, 22 cm.
- BOULOT, Bernard. *Chronique Législative*. *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, janvier-mars 1992.
- CARNWATH, T., y MILLER, D. (1989). *Psicoterapia conductual en asistencia primaria Manual práctico*. Martínez Roca. Barcelona.

- CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J. L. "Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública". *Revista Vasca Administración Pública* núm. 27, mayo-agosto de 1990, págs. 9-26.
- CEREZO MIR, J. "Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea". *Actualidad Penal* número 14, abril de 1993.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. *Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida*. Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal. Madrid, 1993.
- CONDE DIAZ, Alipio. *Naturaleza Jurídica de la red de telecomunicaciones*. Revista La Ley núm. 3357, de 28 de septiembre de 1993.
- CHAMBON, Pierre. *Analyse et commentaire de la Loi núm. 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*. Actualité Législative DALLOZ núm. 22/1991, 26 décembre 1991.
- DAS, D. K. Universidad de Western Illinois, "¿Puede existir una relación sociopolicial?: Una revisión a las Policías francesas" (a partir de numerosas entrevistas, entre 1990-1992, a personal de Policía Nacional y Gendarmería), Revista *La Gazete*, noviembre 1994.
- DAVIDSON, A. F. (1977). Clinical psychology and general practice: A preliminary enquiry. *Bullehn of the British Psychological Society*, 30: 337-338.
- DENOEL, X. "La libre circulación de los ciudadanos extracomunitarios antes y después del Tratado de Maastricht: perspectiva comunitaria e intergubernamental". *Actualidad Administrativa* número 47, diciembre de 1994.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY (1977). *The Role of Psychologists in the Health Services: Report of the sub-committee*. HMSO. Londres.
- DE LLERA SUAREZ-BARCENA, E. *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*. Poder Judicial núm. 3, 1986.
- DE VICENTE REMESAL, Javier. *Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos*. Poder Judicial núm. 17, año 1990.
- DIEU, François. "Gendarmerie et Modernité", Edit. Monchrestien, Paris, 1991.
- DIEU, François. "A propósito de la tercera Fuerza: Gendarmería y mantenimiento del orden. Contribución al estudio de la especificidad del mantenimiento del orden gendármico", Cuadernos de la Guardia Civil, núm. 8, 1992.
- ESPADA RAMOS, M. "Asilo e Inmigración en la Unión Europea". *Revista de Estudios Políticos* número 86, octubre-diciembre de 1994.
- ESPAÑA (Leyes, etc., de asilo y refugio). Derecho de asilo y de la condición de refugiado. Madrid: Dirección General de Acción Social, D.L. 1985, 56 páginas, 17 cm.

- ESPAÑA (Leyes, etc., armas y explosivos). Legislación sobre armas y explosivos. Madrid, Civitas, 1993, 545 páginas, 16 cm.
- FAIREN GUILLEN, V. "Sobre las Policías judiciales españolas" (I). Revista de Derecho Procesal número 1, 1995.
- FERNANDEZ-ESPINAR, Gonzalo. *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y de aseguramiento en el proceso penal*.
- FERNANDEZ-ESPINAR, Gonzalo. *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*. Poder Judicial, 2ª época, núm. 32. Diciembre 1993.
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. "Intervenciones telefónicas". Memoria Año 1995. págs. 1263 y siguientes.
- GARCIA FRAILE-GASCON, A. "El problema del terrorismo y el narcotráfico en la UE". Cuadernos de la Guardia Civil número 14, 1995.
- GARCIA SORIANO, M. V. "Derecho al secreto de las comunicaciones (intervención telefónica judicial, requisitos) y derecho a la presunción de inocencia (prueba indiciaria, valoración junto con otras obtenidas ilegalmente). Comentario a la STC 85/1994 de 14 de marzo (Ponente D. F. García Mon). Revista General de Derecho número 608, mayo de 1995.
- GARCIA VALTUEÑA, Eduardo. *El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. XXIX. Madrid, 1993.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del T.C. y T.S.* Estudios de Jurisprudencia. Año II, núm. 12, septiembre-octubre de 1994.
- GLEIZAL, J. J. "La problemática policial en Francia", en la obra colectiva POLICIA Y SEGURIDAD: ANALISIS JURIDICO-PUBLICO, Edit. HAEE/IVAP, Oñati, 1990.
- GLEIZAL, J. J. *La police en France*. Paris Presses Universitaires de France. D.L. 1993, 127 páginas, 18 cm.
- GLEIZAL, J. J. "La ley Pasqua dans le contexte de la evolution des conceptions mondiales de la securité", Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé, núm. 4, octubre-diciembre de 1995.
- GOLDBERG, D. P., y HUXLEY, P. (1980). *Mental Illness in the community: the Pathway to Psychiatric Care*. Tavistock, Londres.
- GOMA TORRES, J. "La cooperación policial en la UE, especial referencia Acuerdo Schengen y a su convenio de aplicación". Cuadernos de la Guardia Civil número 14, 1995.
- GOMEZ COLOMER, J. L. "La Policía Judicial en España, aspectos orgánicos y procesales penales". Justicia 93, número III, 1993.
- GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid, 1990.

- GONZALEZ GUITIAN, Luis. *Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VII. Madrid, 1986.
- GONZALEZ GUITIAN, Luis. *Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VII. Madrid, 1986.
- GONZALEZ GUITIAN, Luis. *Algunas notas sobre la tipificación penal de las escuchas clandestinas*. Poder Judicial, número 6, 1987.
- GORDILLO ALVAREZ-VALDES, Ignacio. "Legislación antiterrorista y derechos humanos". Actualidad Penal núm. 21, 1989.
- HERNANDEZ HERNANDEZ, Roberto. *Las escuchas telefónicas: medio probatorio en el proceso penal (I y II)*. Actualidad Penal núms. 32 y 33 de 1992.
- HERRERO HERRERO, C. "Defensa Nacional. Exigencias de coordinación entre FAS y CC de Seguridad del Estado". Revista Española de Derecho Militar número 61, enero-junio de 1993.
- HIGUERA GUIMERA, J. F. *Los delitos de colocación ilegal de escuchas telefónicas en el Código Penal Español (I y II)*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia núms. 1414 y 1415 de 1986.
- HURTADO ADRIAN, Angel. *El teléfono como medio de investigación en el proceso penal*. Actualidad Penal núms. 9, 28 de febrero-6 de marzo de 1994.
- IZU BELLOSO, Miguel José. "Los conceptos de seguridad ciudadana y orden público tras la Constitución de 1978". Civitas, 1988.
- JIMENEZ CAMPO, Javier. *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo VI. Madrid, 1986.
- LECLERC, Henri. *Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France*. Revue de science criminelle et de droit penal comparé, janvier-mars 1992.
- LOPEZ ARAUJO, J. F. "Algunas reflexiones sobre la normativa que regula la Policía Judicial". Cuadernos de la Guardia Civil número 11, 1994.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, 1989.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas*. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 88, de 11 de febrero de 1993.
- LOPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid, 1991.
- LOPEZ NIETO Y MALLO, Francisco. "Seguridad ciudadana y orden público". Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1992, 966 páginas, 24 cm.
- LLERA JUAREZ-BARCENA, E. "La policía judicial y la seguridad ciudadana". Poder Judicial número 31, septiembre de 1993.

- MAISL, Herbert. *Communications mobiles, secret des correspondances et protection des données personnelles*. (Mobile communications, secrecy for exchanges of correspondance and protection of personal data). *Revue de Droit de l'informatique et des télécommunications* núm. 2 (1995).
- MARKS, I. M. (1979). Cure and care of neurosis. *Psychological Medicine*, 9: 629-660.
- MARQUEZ, I. (1994). Opinión y actitudes ante la Salud Mental de los Médicos de Atención Primaria. *Psiquis*, 15 (9): 433-437.
- MARTIN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, 1995.
- MAZA MARTIN, José Manuel. *Algunos apuntes a propósito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas*. *Revista La Ley*, 18 de enero de 1996.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. "Tratados multilaterales de cooperación jurídica internacional". Madrid, Centro de Publicaciones M. J. 1988, 664 páginas.
- MONJARDET, Dominique. "Le modèle français de Police", *Cahiers de la Sécurité Interieure*, núm. 13, mayo-julio 1993.
- MONTON REDONDO, Alberto. *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*. *Revista La Ley*, 21 de noviembre de 1995.
- MORAN BLANCO, S. "España y Francia contra E.T.A." *Cuadernos de la Guardia Civil*, número 11, 1994.
- MORENO CATENA, Victor. *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*. *Revista Poder Judicial* número especial II. 1987.
- MORENO, P. (1995). *Manual de Protocolos en Salud Mental para Atención Primaria*. Systeco. Madrid.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio. *Escuchas telefónicas: Alcance constitucional y procesal*. *Revista del Ministerio Fiscal* número 1, enero-junio de 1995.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio. *Escuchas telefónicas: Alcance constitucional y procesal*. *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 1, enero-junio de 1995, Ministerio de Justicia e Interior.
- PARADA VAZQUEZ, R. "Modelos de función pública y fuerzas de seguridad". Ponencia contenida en el libro "VII Seminario Duque de Ahumada: Seguridad y Estado autonómico". Ministerio de Justicia e Interior, 1996.
- PAZ RUBIO, José María. *Intervenciones Telefónicas*. La prueba en el proceso penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*. C.G.P.J., Madrid, 1992, págs. 187 y siguientes.
- PEÑA BENITO, Eduardo. *Comentario a la colocación ilegal de escuchas telefónicas y el consentimiento expreso o tácito de uno de los interlocutores*. *Doctrina científica*. *Jurisprudencia constitucional*. *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 211, 7 de septiembre de 1995.

- PEREZ CONEJO, L. "El uso de las armas de fuego por los agentes públicos, articulación de responsabilidades". Revista Vasca de Administración Pública número 38, enero-abril de 1994.
- PETTITI, Louis-Edmond. *Les écoutes téléphoniques et le droit français*. L'Actualité juridique. Droit administrative, 20 janvier 1992.
- RAFOLS LLACH, Juan. *Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado*. Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. C.G.P.J., Madrid, 1992.
- RAMON CHORNET, Consuelo. "Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional". Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, 341 páginas, 20 cm.
- REINARES, F. "Estado, democracia liberal y terrorismo político". Revista del Centro de Estudios Constitucionales número 16, septiembre-diciembre de 1993.
- RODRIGUEZ MARIN, Fernando. *Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales núm. 43 de 1990.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis. *Intervenciones telefónicas*. La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J., Madrid, 1992.
- ROSAL BLASCO, B del. "De la Constitución a la Ley de Seguridad Ciudadana, reflexiones sobre tres lustros de política criminal oficial". Cuadernos de Política Criminal número 53, 1994.
- RUIZ VADILLO, Enrique. *La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales: Intervenciones telefónicas*. Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal. C.G.P.J. Madrid, 1992.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I. "La Unión Europea y su política exterior y de seguridad". Revista de Instituciones Europeas, vol, 20, número 3, septiembre-diciembre de 1993.
- SOTO NIETO, Francisco. *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas*. Revista La Ley núm. 3783, de 19 de mayo de 1995.
- SUAREZ ROBLEDANO, J. M. *La salvaguardia y el control judicial de la inviolabilidad de domicilio, del control de la intervención de las comunicaciones y del secuestro de las publicaciones*. Actualidad Penal núm. 36, 28 de septiembre-4 de octubre de 1987.
- VALLEJO, J. (1985). *Introducción a la psicopatología y a la psiquiatría*. Salvat. Barcelona.
- VAN OTRIVE, L. "Schengen, Europol y la colaboración policial internacional: un desafío para la democracia". Cuadernos de la Guardia Civil número 14, 1995.
- VELASCO NUÑEZ, Eloy. *Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema*. Actualidad Penal, núm. 18, 3-9 de mayo de 1993.

- VILA MAYO, J. E. "Seguridad ciudadana: necesidad de penas alternativas y proceso de consensus". La Ley número 3290, 25 de junio de 1993.
- VOGEL, M. "*Les Polices de villes entre local et national*", tesis doctoral presentada en la Universidad de Grenoble II, 1993.
- ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. "Libertad personal y seguridad ciudadana". Estudio del tipo del injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público. Barcelona. PPU, 1993, 338 páginas, 34 cm.

OPINIÓN Y ACTITUDES ANTE LA SALUD MENTAL DE LOS MÉDICOS DE ATENCIÓN PRIMARIA DE LA GUARDIA CIVIL

LUIS RICO PARDO

Sargento de la Guardia Civil

Licenciado en Psicología

Máster en Salud Mental y Técnicas Psicoterapéuticas

IMPORTANCIA DE LA SALUD MENTAL EN MEDICINA GENERAL: ALGUNOS DATOS OBJETIVOS REFERIDOS A LA POBLA- CION GENERAL

Quizá el mayor descubrimiento en lo que a investigación sobre Salud Mental se refiere en los últimos años sea la prueba de que el 95 por 100 de los individuos que sufren trastornos mentales significativos acuden a su médico de cabecera en algún momento dado de los mismos (Goldberg y Huxley, 1980).

Se ha verificado que aproximadamente un 10 por 100 de la población general sufre enfermedades psiquiátricas diagnosticables, mientras que de un 20 a un 30 por 100 sufre desarreglos mentales susceptibles de interferir con su vida normal (Carnwath y Miller, 1989).

La mayoría de las estimaciones concuerdan a "grosso modo" en que un tercio de la práctica en medicina general se dedica a pacientes con problemas psicológicos o psiquiátricos (Marks, 1979). Hay autores que incluso encuentran porcentajes más altos, afirmando que los problemas psiquiátricos suponen aproximadamente entre un 20-50 por 100 del total de las consultas vistas por el médico (Moreno, 1995). En términos generales se puede afirmar que al menos una de cada cinco consultas que efectúa un médico general se realiza por un enfermo portador de patología psiquiátrica.

Los datos apuntados han permitido afirmar que la enfermedad psiquiátrica es, sin lugar a dudas, la más común de las enfermedades humanas de causa no infecciosa (Aizpiri, J. J. y otros, 1993).

Resumiendo, los médicos generales se encuentran con que cada día cobra mayor importancia la Salud Mental en su quehacer diario. Un alto porcentaje de las consultas, como queda señalado, tiene por objeto problemas de Salud Mental y buena parte del resto de la problemática atendida presenta un componente psíquico que la condiciona.

LA SALUD MENTAL EN LA GUARDIA CIVIL. OBJETIVO DE ESTE TRABAJO

El trabajo que tienen en sus manos pretende suponer un paso más en el proceso de mejora de la atención psíquica al Guardia Civil puesto en marcha por la Dirección General del Cuerpo. Y pretende hacerlo aportando luz y facilitando información que permita conocer más y mejor cuál es el estado actual y cuáles serían las necesidades que habría que plantearse en un futuro para que la Institución pueda cumplir de forma eficaz con el deber de supervisión que, desde el punto de vista de la Salud Mental, ha de ejercer sobre las personas que pertenecen al colectivo.

Vayamos por partes. Hablamos de "mejora de la atención psíquica" porque se debe perseguir un acercamiento al concepto de Salud establecido por la OMS como "Un estado de completo bienestar físico, MENTAL y social, y que no consiste sólo en una ausencia de enfermedad". Limitándolo al concepto de Salud Mental en concreto, la Federación Mundial de Salud Mental prefiere utilizar la expresión de "Salud Mental óptima", que no alude a un valor ideal y absoluto de salud, sino al mejor estado posible dentro de las condiciones existentes (Vallejo, 1985). La preocupación por mejorar la Salud Mental debe ser predominante, máxime si tenemos en cuenta que probablemente sea la enfermedad psíquica una de las afecciones del hombre

que genera un mayor sufrimiento tanto a nivel personal como familiar y social.

Pero también se ha mencionado el "deber de supervisión" que la Institución ha de ejercer sobre los Guardias Civiles. La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, en su preámbulo habla de "... una adecuada selección que garantice el equilibrio psicológico de la persona". Parece lógico que este equilibrio psicológico no debe preocupar sólo durante el proceso selectivo, sino que deberá garantizarse durante toda la vida profesional del Guardia Civil tanto a través de una supervisión preventiva que permita una detección lo más precoz posible de las psicopatologías, como de las intervenciones terapéuticas oportunas.

Si en todo caso es cierto que cuando la enfermedad afecta al hombre, no le afecta sólo a él, sino a todo el tejido social en que se desarrolla su existencia; esto es más obvio en un colectivo como el nuestro que se encuentra al servicio de la sociedad. Si un Guardia Civil padece una alteración psíquica, ésta debe ser rápidamente detectada con el fin de evitar que tengan lugar comportamientos, dentro o fuera del servicio, que puedan acarrear graves perjuicios tanto al personal como a la propia Institución y a la sociedad a la que sirven. De aquí se deriva la obligación de conocer en todo momento el estado mental de los Guardias Civiles y la de obrar en consecuencia.

El momento elegido para llevar a cabo el presente estudio me parece adecuado, ya que desde la Dirección General de la Guardia Civil se están estableciendo y estimulando servicios específicos para atender a aquellos profesionales que muestran problemas de tipo psíquico. Se ha incrementado la preocupación del Mando por el cuidado de la Salud Mental del personal perteneciente al Cuerpo y así, en los últimos años, se está estimulando la participación de la Psicología tanto a través de la potenciación del Servicio de Psicología —que ha visto incrementados sus efectivos de forma notable—, como por medio de la descentralización práctica de los servicios prestados que, iniciada en 1990, continúa en la actualidad.

Hasta el inicio de la descentralización del Servicio de Psicología del Cuerpo e incluso actualmente en las Unidades donde no se dispone de ningún representante del mismo, es el Servicio Médico el que interviene de forma exclusiva en las enfermedades psíquicas. Por otra parte, debido a la reseñada descentralización, los psicólogos comienzan a llegar a las Unidades en las que tradicionalmente son los médicos los que llevan años desempeñando tareas relacionadas con la Salud Mental. Por ello, parece interesante estudiar **cuáles son las opiniones y las actitudes que, ante la Salud Mental y la Psicología, tienen los médicos de atención primaria que desarrollan su actividad en el ámbito concreto de la Guardia Civil.**

¿Qué aceptación tendrá la presencia del psicólogo por parte de los Servicios Médicos?, ¿observan necesidades de asistencia psicológica en las Unidades?, ¿qué importancia conceden a los factores psicológicos en la etiología y evolución de los trastornos que presentan sus pacientes?, ¿qué importancia dan a la Psicología Clínica a la hora de enfocar problemas de Salud Mental?, ¿qué grado de eficacia otorgan a los tratamientos psicoterapéuticos? ¿cuál es la demanda de atención psíquica que hay en la Guardia Civil?, ¿cuáles son las necesidades que presentan nuestros enfermos por causa psíquica? Estas son algunas de las preguntas que tratamos de responder con el estudio llevado a cabo y que se expone a continuación.

MATERIAL Y METODO

RECOGIDA DE INFORMACION

Se elaboró un Cuestionario con diez preguntas al que hemos denominado OMS-MAP y que está basado en los empleados por Ayuso (1973) y Márquez (1994), incluyendo las oportunas modificaciones.

Este Cuestionario fue enviado por correo durante el segundo semestre de 1995 a las 66 Unidades del Cuerpo donde, según la Jefatura del Servicio de Sanidad, existen Servicios Médicos en funcionamiento. Si tenemos en cuenta que un mismo facultativo es titular en ocasiones de dos y hasta tres Unidades simultáneamente, podemos concluir que el Cuestionario fue devuelto cumplimentado por el 71 por 100 de los encuestados.

DESCRIPCION DE LA MUESTRA

De los 59 facultativos titulares que recibieron el Cuestionario OMS-MAP, 42 lo devolvieron cumplimentado, constituyéndose, por tanto, en muestra del estudio. Las **características de esta muestra** son las siguientes:

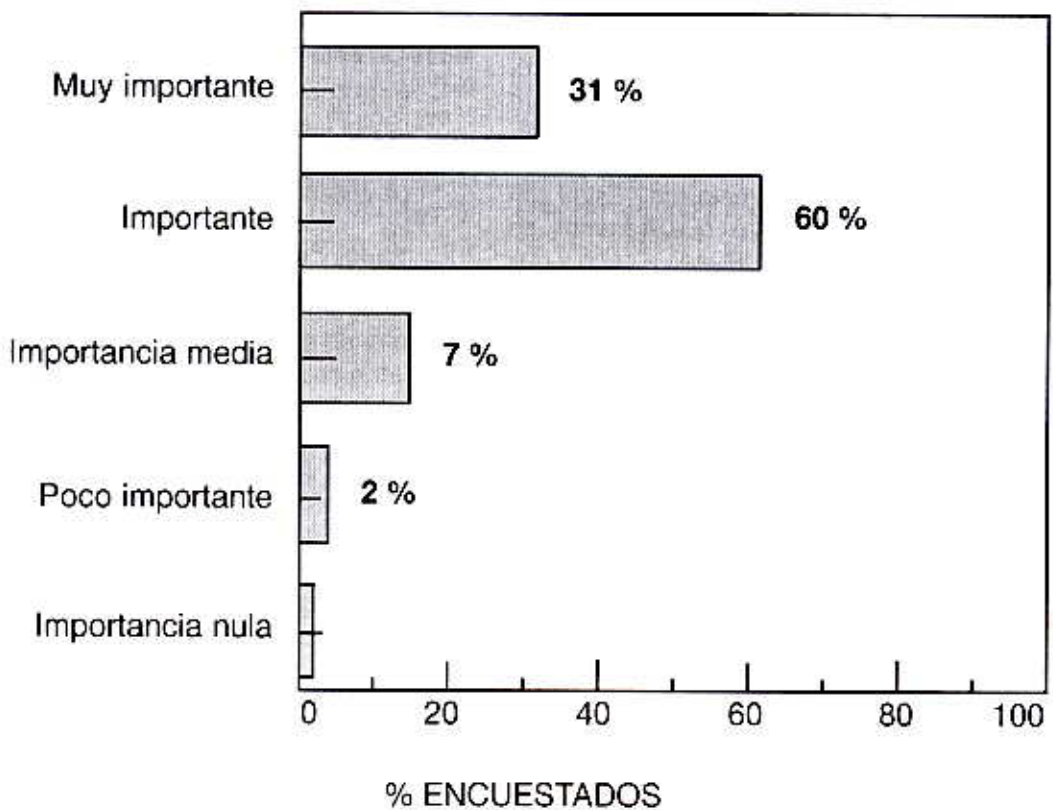
- Sexo/género: 6 (14%) mujeres y 36 (86%) hombres.
- Edad media: 38 años. Entre 36 y 40 años se encuentran el 51 por 100 de la muestra.
- Tiempo medio de trabajo en Atención Primaria: 9,6 años.

ANALISIS DE LOS RESULTADOS

1. La pregunta sobre la **importancia que los médicos dan a la Psicología Clínica** como disciplina que permite enfocar los problemas de Salud Mental dio como resultado:

1. <i>Disciplina muy importante</i>	→	13 (31 %)
2. <i>Disciplina importante</i>	→	25 (60 %)
3. <i>Disciplina de importancia media</i>	→	3 (7 %)
4. <i>Disciplina poco importante</i>	→	1 (2 %)
5. <i>Disciplina de importancia nula</i>	→	0

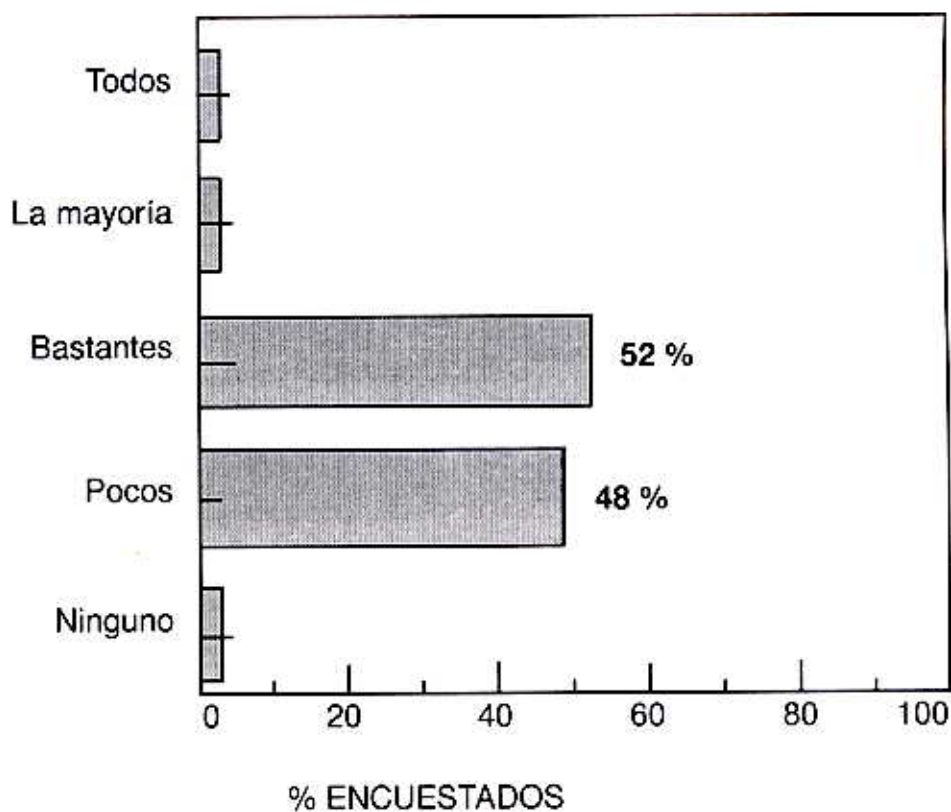
IMPORTANCIA DE LA PSICOLOGIA CLINICA



2. La necesidad de **asistencia psicológica** a los pacientes que acuden a los Servicios Médicos ubicados en las diferentes Unidades del Cuerpo se valora preguntando cuantos de ellos presisarían dicha asistencia.

1. <i>Todos mis pacientes</i>	—————→	0
2. <i>La mayoría de mis pacientes</i>	—————→	0
3. <i>Bastantes de mis pacientes</i>	—————→	22 (52 %)
4. <i>Pocos de mis pacientes</i>	—————→	20 (48 %)
5. <i>Ninguno de mis pacientes</i>	—————→	0

NECESIDAD DE ASISTENCIA PSICOLOGICA

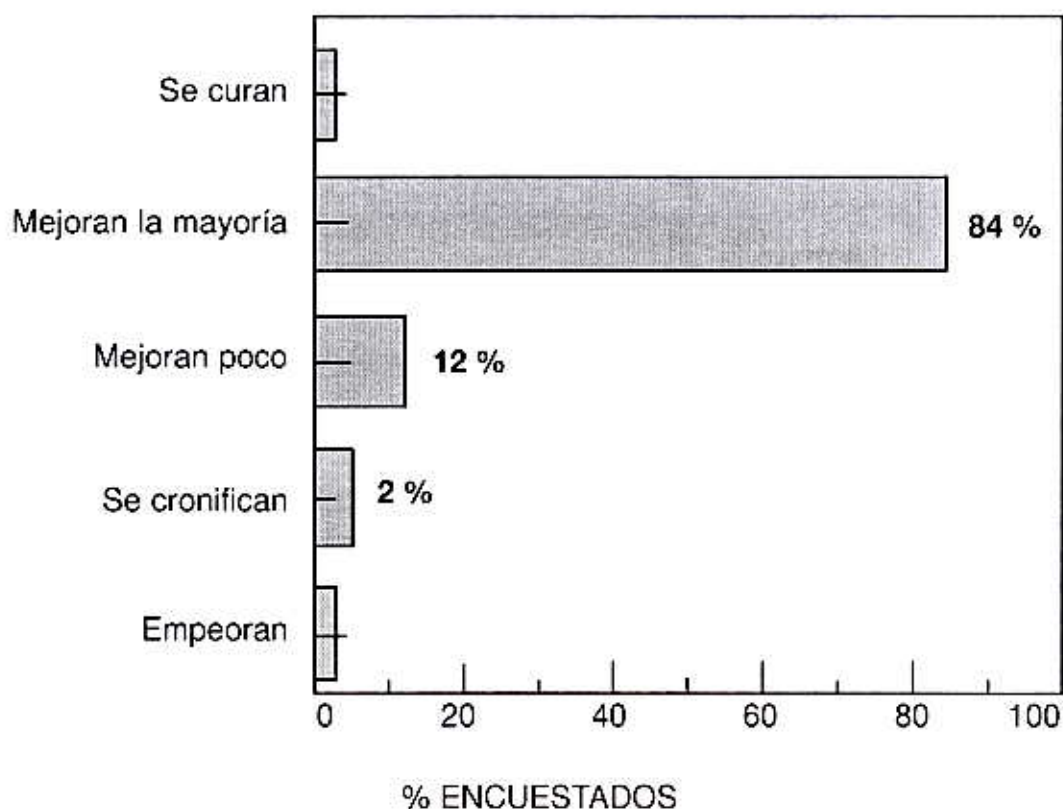


3. Respecto al grado de eficacia otorgado al tratamiento psicoterapéutico por nuestros médicos:

- | | | |
|---|---|-----------|
| 1. <i>Los enfermos mentales tratados se curan</i> | → | 0 |
| 2. <i>Mejoran en su mayoría</i> | → | 35 (84 %) |
| 3. <i>Mejoran poco</i> | → | 5 (12 %) |
| 4. <i>Se cronifican</i> | → | 1 (2 %) |
| 5. <i>Empeoran</i> | → | 0 |

Un titular de un Servicio Médico contesta: "depende del tratamiento y del terapeuta".

EFICACIA DEL TRATAMIENTO PSICOTERAPEUTICO

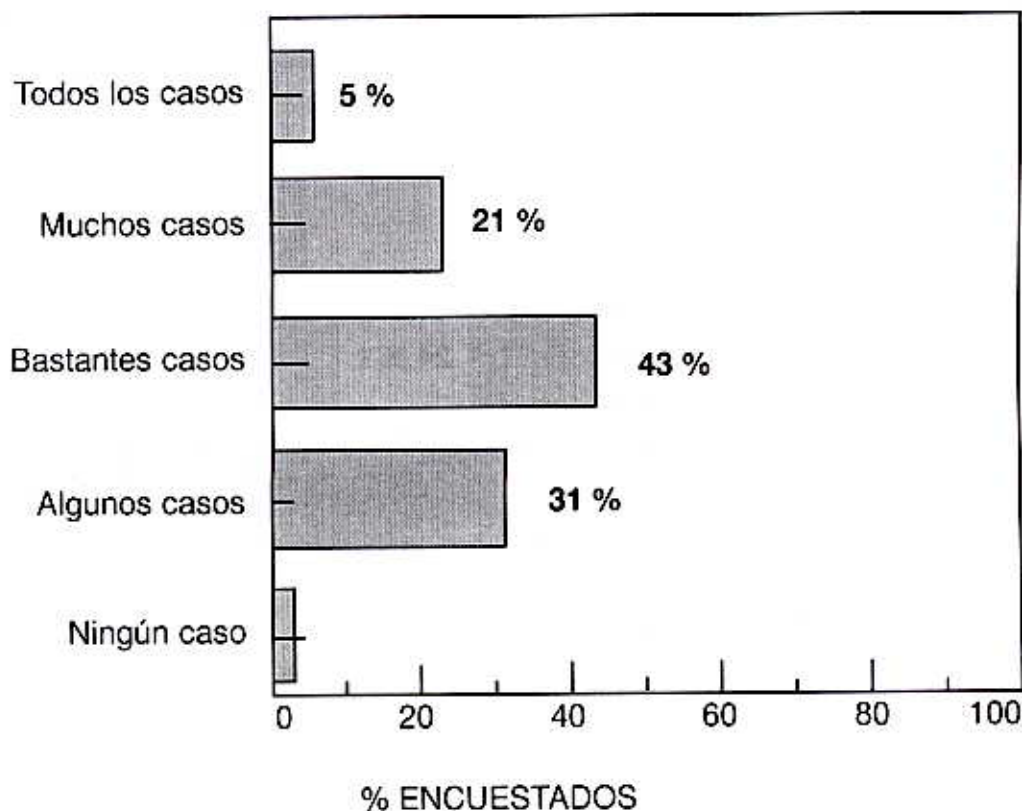


4. Se pregunta sobre la cantidad de enfermos que en su etiología o evolución clínica posterior intervienen **factores psicológicos** de forma evidenciable:

1. <i>En todos los casos</i>	→	2 (5 %)
2. <i>En muchos casos</i>	→	9 (21 %)
3. <i>En bastantes casos</i>	→	18 (43 %)
4. <i>En algunos casos</i>	→	13 (31 %)
5. <i>En ningún caso</i>	→	0

Los médicos observan con frecuencia que los factores psicológicos son causa o condicionan la evolución clínica de un importante número de casos.

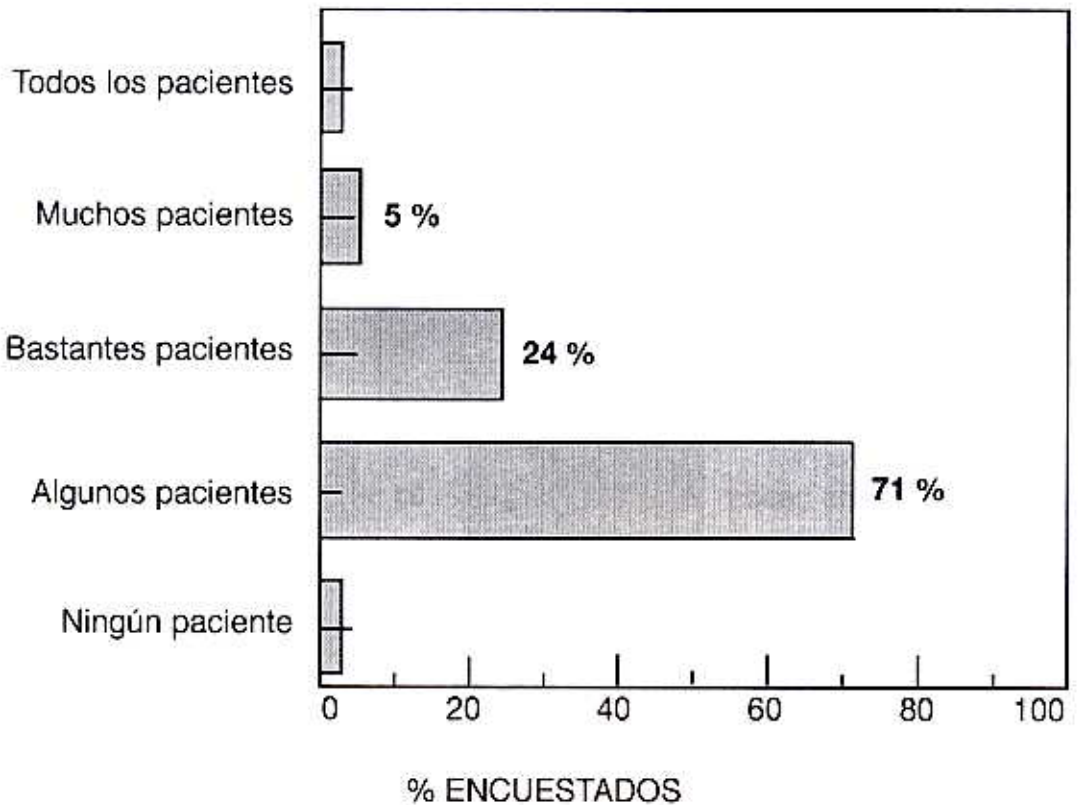
FACTORES PSICOLOGICOS (Intervención)



5. Ahondando en el contenido anterior se interroga sobre la cantidad de pacientes de cada médico en los que los **factores psicológicos** son considerados como la **única causa o causa más importante** de enfermedad. Las respuestas fueron:

- | | | |
|---|---|-----------|
| 1. <i>En todos mis pacientes</i> | → | 0 |
| 2. <i>En muchos de mis pacientes</i> | → | 2 (5 %) |
| 3. <i>En bastantes de mis pacientes</i> | → | 10 (24 %) |
| 4. <i>En alguno de mis pacientes</i> | → | 30 (71 %) |
| 5. <i>En ninguno de mis pacientes</i> | → | 0 |

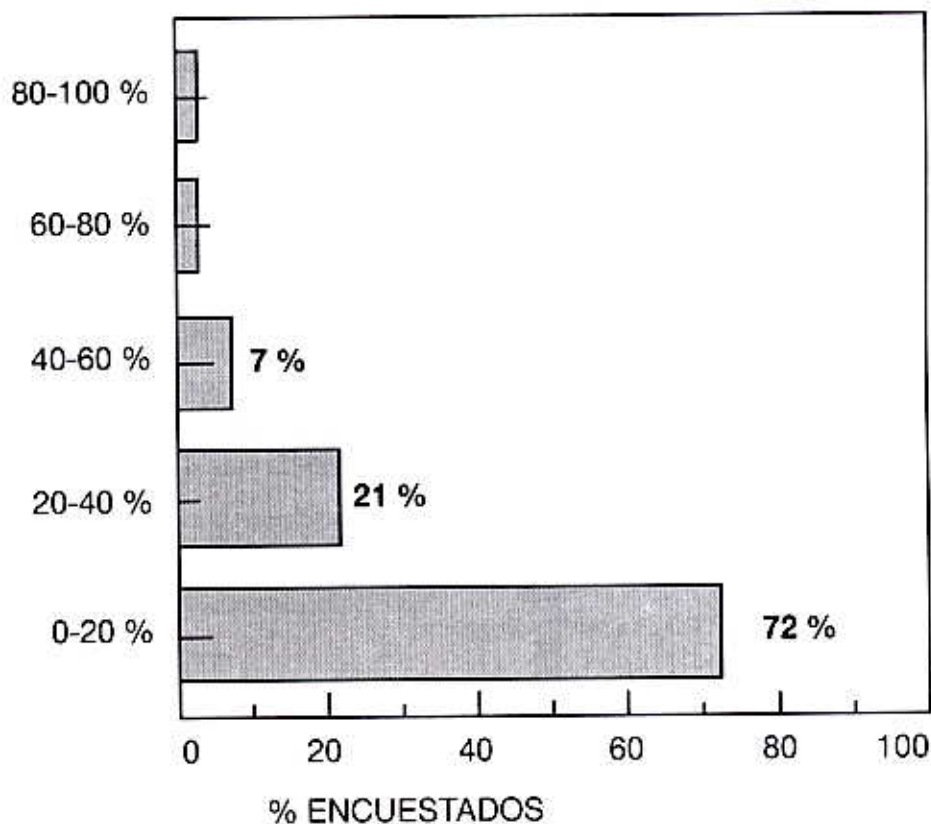
FACTORES PSICOLOGICOS (Causa única o más importante)



6. Para cuantificar la **demanda de atención psíquica** que hay en los Servicios Médicos de la Guardia Civil se pregunta qué porcentaje suponen los pacientes psíquicos sobre el total de los que atiende el médico en su práctica diaria:

1. 80-100 %	→	0
2. 60-80 %	→	0
3. 40-60 %	→	3 (7 %)
4. 20-40 %	→	9 (21 %)
5. 0-20 %	→	30 (72 %)

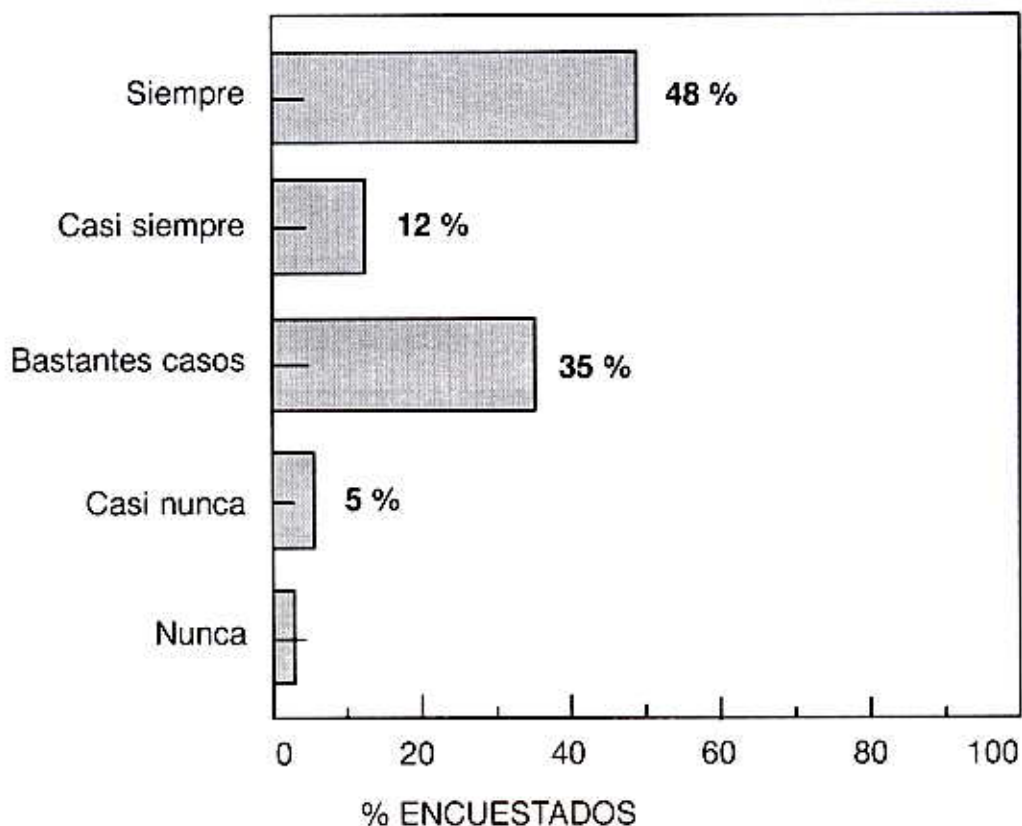
DEMANDA DE ATENCION PSICOLOGICA



7. Se solicita a los Médicos de Atención Primaria que definan la frecuencia con que recurrirían a la **solicitud de Evaluación Psicológica** (caso de poder solicitarla) antes de tomar una decisión tan importante como es la de proponer la retirada del armamento –o su devolución– a componentes del Cuerpo cuya situación psíquica pudiera demandarlo. Las opiniones fueron:

1. Siempre	→	20 (48 %)
2. Casi siempre	→	5 (12 %)
3. Bastantes casos	→	15 (35 %)
4. Casi nunca	→	2 (5 %)
5. Nunca	→	0

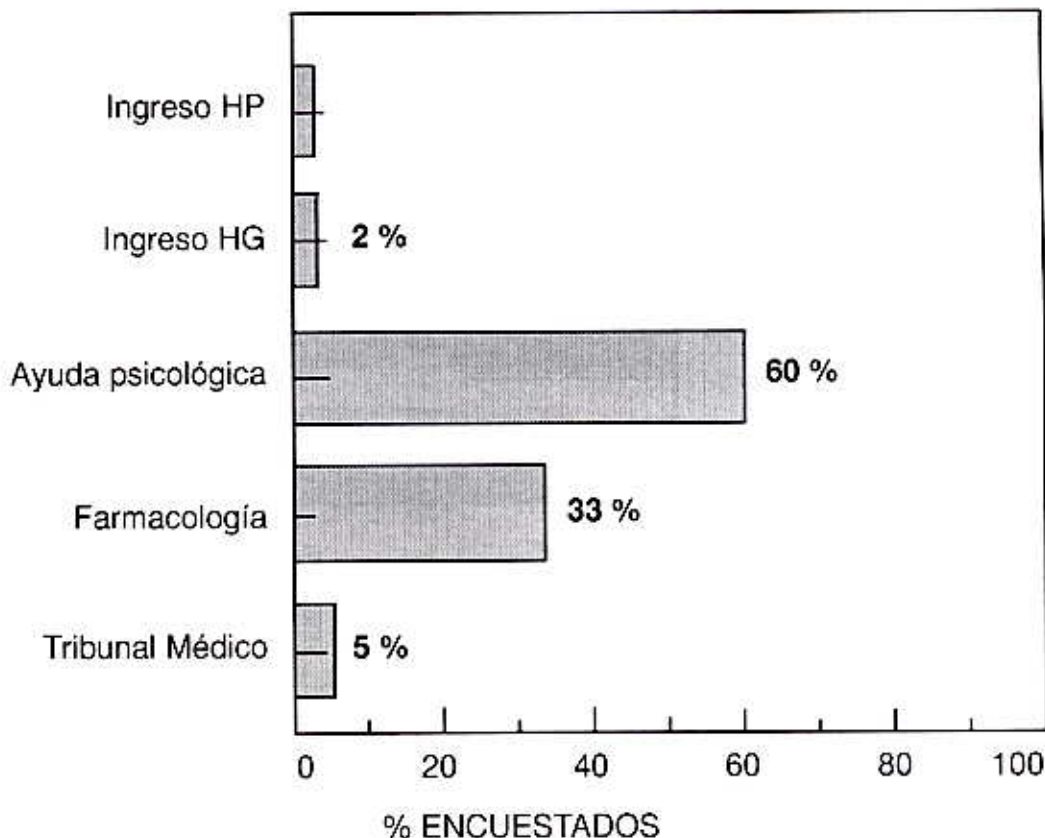
SOLICITUD DE EVALUACION PSICOLOGICA (En un caso concreto)



8. Con el fin de valorar las **necesidades más frecuentemente** observadas entre los enfermos que precisan baja por motivos psicológicos, se pide a los médicos que, centrándose en los pacientes que reciben habitualmente y suponiendo que todas las posibilidades que se señalan fueran factibles, definan cuál de ellas adoptarían con más frecuencia cuando observasen la necesidad de baja psíquica. Sus actitudes son las siguientes:

- | | | |
|--|---|-----------|
| 1. La mayoría precisarían ingreso en Hospital Psiquiátrico | → | 0 |
| 2. La mayoría deberían ingresar en un Hospital General con Servicio en Psiquiatría | → | 1 (2 %) |
| 3. La mayoría deberían recibir ayuda psicológica | → | 25 (60 %) |
| 4. La mayoría precisarían tratamiento psicofarmacológico | → | 14 (33 %) |
| 5. La mayoría deberían ser enviados a un Tribunal Médico Militar | → | 2 (5 %) |

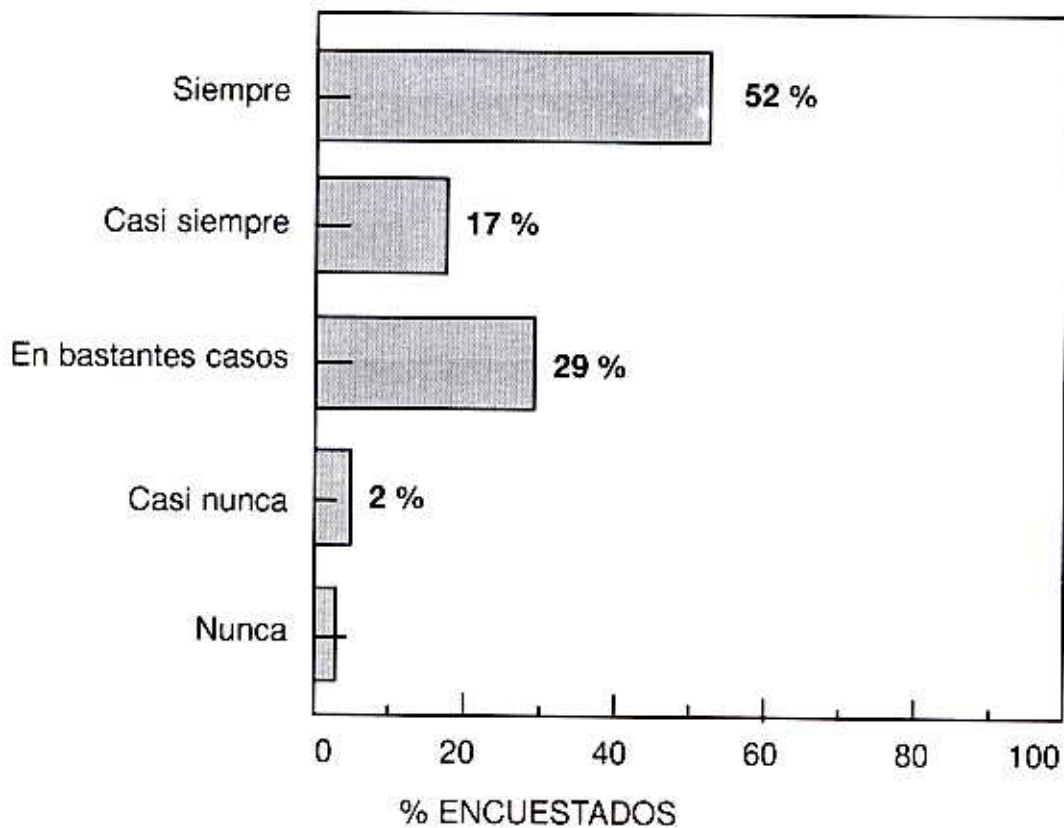
NECESIDADES OBSERVADAS



9. La **aceptación que tendría la presencia del psicólogo** por parte de los Titulares de los Servicios Médicos se evalúa preguntando con qué frecuencia requerirían éstos la intervención del psicólogo clínico en los casos en que observan factores psíquicos (suponiendo que contasen con un psicólogo en la misma Unidad en la que prestan sus servicios).

1. Siempre	→	22 (52 %)
2. Casi siempre	→	7 (17 %)
3. En bastantes casos	→	12 (29 %)
4. Casi nunca	→	1 (2 %)
5. Nunca	→	0

INTERVENCION DEL PSICOLOGO CLINICO

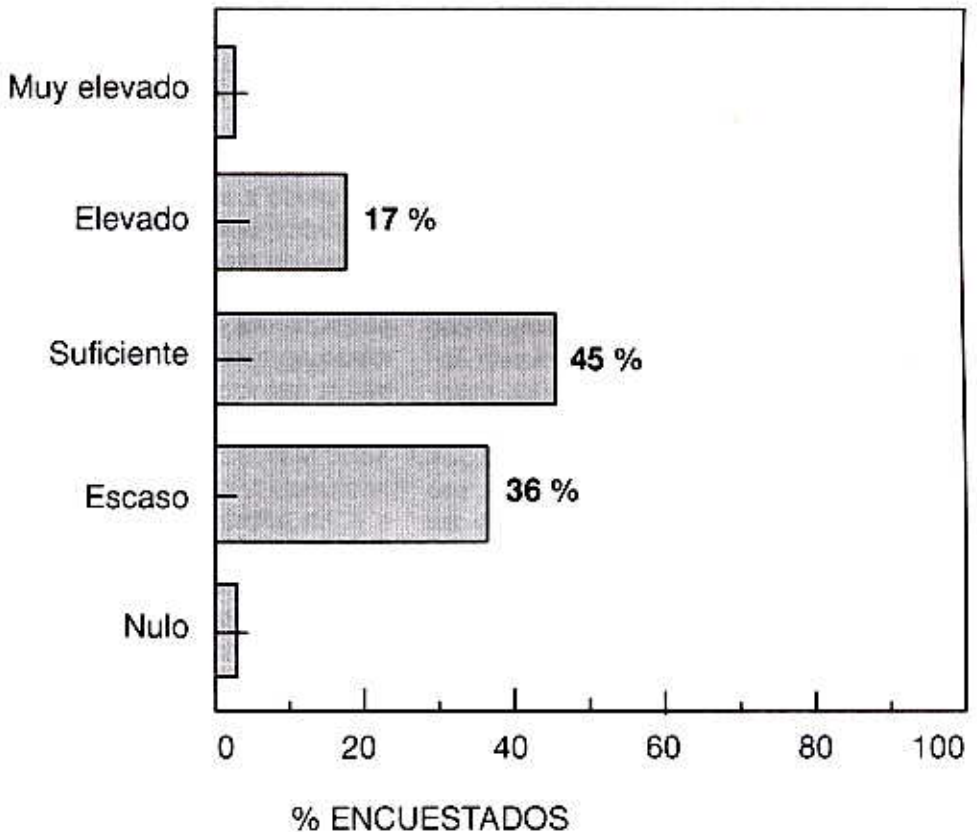


10. En la última pregunta me intereso por el **nivel de formación** que, en términos generales y según opinión de los mismos, tienen los Médicos de Atención Primaria para afrontar temas relacionados con la Salud Mental.

1. <i>Muy elevado</i>	—————→	0
2. <i>Elevado</i>	—————→	7 (17 %)
3. <i>Suficiente</i>	—————→	19 (45 %)
4. <i>Escaso</i>	—————→	15 (36 %)
5. <i>Nulo</i>	—————→	0

Un médico contesta que el nivel de formación en relación con la Salud Mental es "muy variable".

NIVEL DE FORMACION DEL MEDICO (En Salud Mental)



CONCLUSIONES

1. Los Médicos de Atención Primaria que desarrollan su actividad en el ámbito de la Guardia Civil consideran a la Psicología Clínica como una disciplina "importante" o "muy importante" a la hora de enfocar los problemas de Salud Mental.

2. Más de la mitad de los encuestados cree que bastantes de sus pacientes precisarían de asistencia psicológica profesional.

3. Los médicos generales consideran eficaz al psicólogo en base a los resultados que puede obtener con un tratamiento psicoterapéutico en pacientes con algún grado de psicopatología (el 84 por 100 considera que estos enfermos "mejoran en su mayoría" con un tratamiento de este tipo).

4. Los médicos conceden una alta importancia a la intervención de los factores psicológicos en la etiología y en la evolución clínica de los trastornos que presentan sus pacientes.

5. Profundizando en la importancia otorgada a los factores psicológicos, todos los médicos encuestados afirman conocer casos en los que dichos factores son incluso considerados como la única causa o la causa más importante del problema que presentan sus pacientes.

6. Parece importante la atención que los médicos que atienden al personal del Cuerpo tienen que dedicar a los pacientes psíquicos, ya que éstos suponen entre un 20 y un 60 por 100 de las consultas que realizan diariamente. Estos resultados coinciden con los hallados en diversos estudios realizados con otras poblaciones, en los que se ha encontrado que al menos una de cada cinco consultas que efectúa un médico general se realiza por un enfermo de patología psíquica.

7. En casos de decisión sobre la retirada o devolución del armamento a miembros del Cuerpo, la mayoría de los médicos son partidarios de buscar apoyo en el nivel especializado a través de la solicitud de Evaluaciones Psicológicas.

8. La necesidad más frecuente observada entre los enfermos que precisan baja por motivos psíquicos es la de "recibir ayuda psi-

cológica". Los médicos señalan esta conveniencia incluso muy por encima de la prescripción de tratamientos psicofarmacológicos.

9. En perfecta concordancia con lo anterior, los Titulares de los Servicios Médicos ponen de manifiesto un alto grado de aceptación de la figura del psicólogo, ya que más de la mitad de los que contestaron al Cuestionario consideran oportuno requerir su intervención "siempre" que observen la presencia de factores psíquicos y prácticamente todos el 98 por 100 lo haría "en bastantes casos" si contasen con psicólogo clínico en su misma Unidad.

10. Un 45 por 100 de los encuestados opina que el nivel de formación que tienen los médicos para afrontar temas relacionados con la Salud Mental es "suficiente". Entre los demás encuestados encontramos que por cada médico que piensa que el nivel de formación podría considerarse "elevado", hay dos que califican de "escaso" el bagaje de conocimientos del Médico de Atención Primaria en ese ámbito, suponiendo estos últimos más de un tercio del total.

REFLEXION

Si la mayoría de los enfermos con dificultades acude a su médico de atención primaria en un momento u otro, parece lógico que sea éste quien tenga que hacer frente a los problemas que surgen. Pero, llegados a este punto, hemos de mencionar una serie de factores que condicionan las posibilidades reales de atención que el Médico de Atención Primaria puede prestar a los problemas de Salud Mental:

- **La naturaleza de la práctica en atención primaria** obliga a que la mayoría de los contactos con pacientes sea breve. El trabajo en atención primaria está condicionado por la masificación de la demanda que conlleva escasez de tiempo y de medios auxiliares. Existe una desproporción entre una elevada capacidad de detección y unas menores posibilidades de diagnóstico y de tratamiento.

- **La formación del Médico de Atención Primaria.** Las enseñanzas en psiquiatría y

psicología que el estudiante de medicina recibe en las Facultades son muchas veces inadecuadas para el ejercicio profesional al que se enfrentará en el futuro. Este hecho explica que, aunque haya algunos médicos que están especializados en intervenciones psicoterapéuticas con sus pacientes, muchos otros no estén suficientemente preparados para tratar los problemas psicológicos.

– **Los problemas de Salud Mental suponen una situación especial para el médico general** debido a:

- Mayor inseguridad del médico en el manejo del enfermo psíquico.
- Mayor peso de factores familiares, sociales y culturales.
- Necesidad de individualización de cada caso.

Es importante contemplar los problemas de Salud Mental en atención primaria desde la situación y condicionantes con que los mismos se presentan, ayudar a encauzarlos etiológicamente y sobre todo a su manejo, pronto y efectivo, en las condiciones reales de ejercicio. En este sentido ser conscientes de los límites del propio trabajo no significa ser pesimista o derrotista, sino que es la mejor forma de hacer eficaz el esfuerzo.

Actualmente los conocimientos médicos son tan extensos que no es posible concebir una mente humana capaz de dominarlos. Ante la imposibilidad manifiesta de abarcarlo todo se ha tendido hacia la especialización en los conocimientos. No obstante, pienso que la competencia del médico general debe ser suficiente para permitirle el reconocimiento de aquellos pacientes que deben ser derivados al especialista en Salud Mental (psicólogo o psiquiatra), en el supuesto de que sus intereses o circunstancias le impidan intervenir directamente en tratamientos psicológicos. En los casos en que los tratamientos indicados no puedan ser puestos fácilmente en práctica, se espera que una mínima toma de conciencia sobre el problema psicológico y las posibilidades de tratamiento den como resultado la derivación a profesionales competentes.

El estudio que presentamos en este traba-

jo deja claro que el personal de los Servicios Médicos no es ajeno al cambio de mentalidad y actitud que ha tenido lugar en los últimos años en lo relativo a la Salud Mental. La sensibilización y toma de conciencia de que la presión social sobre el ser humano, cada día más aislado e indefenso, provoca síntomas somáticos de origen psíquico, unido a que hay una mejor concienciación del personal sanitario ante este tipo de problemas, explican, en parte, que los problemas, psicológicos vayan en aumento en las consultas de nuestros Servicios Médicos. Ha sido precisamente esta mayor toma de conciencia y el consiguiente incremento de la demanda, también en la población general, lo que ha propiciado que la Salud Mental sea contemplada explícitamente en nuestra Ley General de Sanidad y que la propia Sociedad Española de Medicina General haya considerado este área prioritaria en cuanto a la necesidad de realización de actividades formativas específicas de esta materia.

PROPUESTAS

1. **Mantener y fortalecer**, dotando de medios humanos y materiales, **los servicios dedicados a la atención de los problemas de tipo psíquico** que puedan afectar al personal del Cuerpo, bien sea por causas personales o familiares.

2. **Creación de los equipos interdisciplinarios de Salud Laboral**. La vieja dicotomía de salud física –Salud Mental ha quedado superada al conocerse, cada vez con mayor exactitud, la interdependencia entre la psique y el cuerpo. El reconocimiento del componente biopsicosocial de la enfermedad hace necesaria la creación de los equipos interdisciplinarios en todos los campos sanitarios como mejor forma de abordar la enfermedad.

A la vista de lo expuesto en este trabajo, y sobre todo en base a las conclusiones del estudio realizado entre los titulares de nuestros Servicios Médicos, quiero hacer hincapié en la conveniencia de una relación más estrecha entre los médicos generales y los psicólogos clínicos y de la Salud; relación aconseja-

da por el Trethowan Committee (Departamento de Salud y Seguridad Social, 1977) y apoyada por las investigaciones de Davidson (1977). Esta relación, ya establecida en el ámbito de la V Zona de la Guardia Civil, debería oficializarse a través de la creación de los "Equipos de Salud Laboral" compuestos como mínimo por el siguiente personal: un médico, un psicólogo clínico, un ATS y los oficinistas que se consideren necesarios.

Las ventajas que ofrecería el Equipo serían obvias ya que éste, a través de su pluri-profesionalidad, intentaría abarcar un amplio abanico de posibilidades técnicas que se le pueden ofrecer a los pacientes.

Algunas funciones del psicólogo dentro del Equipo

La función esencial del psicólogo consistiría en prestar ayuda a nivel de Salud Mental, como componente del equipo, encuadrándose su trabajo dentro de un abordaje multidisciplinar. En general, las tareas más importantes en las que participaría serían las de evaluación, tratamiento y el seguimiento de las alteraciones psicológicas, sin olvidar la prevención de las mismas. El psicólogo ayudaría al establecimiento de un diagnóstico del paciente, mediante el uso de tests objetivos destinados a estimar la relación existente entre el nivel intelectual del paciente y sus dificultades psicológicas actuales. A través del

examen psicológico se pueden poner de relieve signos tempranos de deterioro de la personalidad, actitudes, mecanismos mentales y fantasías que frecuentemente no aparecen en la entrevista clínica habitual y que pueden ser detectadas antes de que sean clínicamente visibles, cumpliéndose así la importantísima **faceta preventiva** en el ámbito policial.

Además de esa **función exploratoria y diagnóstica**, el psicólogo puede seguir el estado del enfermo a lo largo de su proceso, mediante el empleo de técnicas psicométricas, efectuando de esta forma una **valoración del curso de la enfermedad**. Al actuar como especialistas en psicometría, en ocasiones, puede detectar trastornos de adaptación y cuadros psicopatológicos susceptibles de mejorar con psicoterapia. Junto con el Equipo de Salud en el que se encuadra, sería la persona indicada para **efectuar una acción psicoterápica** bien sea individual o de grupo. Con seguridad es el psicólogo la persona mejor entrenada para desarrollar eficazmente esta función.

Gracias a sus conocimientos de estadística y metodología experimental, el psicólogo se halla también capacitado para **realizar investigaciones** en el campo clínico: estudios epidemiológicos, estudios de higiene mental, factores periantorales, etc.

Por último, con otros miembros del Equipo de Salud podría desempeñar **funciones docentes** en las áreas para las que está especialmente dotado.

