LA GIUSTIZIA D'ECCEZIONE DURANTE IL FASCISMO IN ITALIA (1926-1943)[1]

Stefano Vinci
Universidad Aldo Moro, de Bari

1. I provvedimenti per la difesa dello Stato del 1926

Nel corso di un recente convegno tenutosi a Macerata sul tema *Giustizia, politica, repressione durante il fascismo*[2] è stata posta in rilievo l'importanza degli studi sulle sentenze del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, quale organo creato dal regime fascista per attuare la sua politica totalitaria rivolta – scrive Mario Sbriccoli – all'annientamento di ogni forma di opposizione[3]. Infatti, l'introduzione di tale organo giudiziario straordinario costituì uno degli interventi normativi attuati nel 1926 che consentirono a

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

[2] Al Convegno – organizzato dall'Università di Macerata nell'ambito del PRIN 2009 "La giustizia penale e la politica. Modelli processuali, profili dottrinali, forme di responsabilità giuridica nella esperienza italiana tra Otto e Novecento" – tenutosi a Jesi, nei giorni 20-21 settembre 2013, hanno partecipato Patrick Cavaliere, Stephen Skinner, Antonella Meniconi, Floriana Colao, Leonardo D'Alessandro, Claudia Storti Storchi, Alessandra Bassani, Ambra Cantoni, Camilla Poesio, Monica Stronati, Thomas Vormbaum, Giuseppe Speciale, Toni Rovatti.

[3] SBRICCOLI, M., *Il problema penale*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, p. 688.

Mussolini di infliggere l'ultimo colpo a quel poco che rimaneva del vecchio stato liberal-democratico[4], scosso dall'omicidio Matteotti. Il pretesto per attuare misure eccezionali di governo "per la difesa dello Stato" derivò da ben tre attentati contro la persona del duce che si erano verificati in quello stesso anno: il 7 aprile 1926 a Roma una anziana e squilibrata signorina inglese, Violet Gibson, aveva sparato un colpo di rivoltella contro Mussolini mentre usciva dal Campidoglio, ferendolo al naso[5]; l'11 settembre sempre a Roma, mentre Mussolini si recava in macchina a Palazzo Chigi, l'anarchico Gino Lucetti gli aveva lanciato contro una bomba che "dopo aver urtato contro la parte superiore dello sportello di destra, cadeva per terra esplodendo" e feriva otto passanti[6]; il 31 ottobre a Bologna, mentre Mussolini si recava in automobile verso la stazione, il sedicenne Anteo Zamboni aveva sparato un colpo di rivoltella che sfiorò il bersaglio, lacerando la fascia dell'ordine mauriziano che il duce portava al petto[7].

---

[4] Cfr. DE FELICE, R., *Mussolini il fascista. L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino 1968, p. 210.

[5] CANDELORO, G., *Storia dell'Italia moderna. Il fascismo e le sue guerre*, Milano[9], 2002, p. 133: "Si trattò per quanto si sa di un atto individuale, perché non fu scoperto alcun complice. Federzoni propose a Mussolini di sostituire il capo della polizia Crispo Moncada e offrì le sue dimissioni da ministro dell'interno, ma per il momento nessuna di queste proposte fu accolta". Sull'attentato cfr. Archivio Centrale dello Stato, *Segreteria particolare del Duce, Carteggio riservato (1922-1943)*, fasc. 377/R.

[6] Insieme a Lucetti furono arrestati e poi condannati Leandro Sorio e Stefano Vatteroni, due presunti complici. Anche se si trattò di un atto individuale, opera di poche persone, Mussolini decise di sostituire Crispo Moncada col prefetto Arturo Bocchini, che rimase direttore generale della pubblica sicurezza fino alla sua morte, avvenuta nel 1940 e che fece della polizia uno dei più efficaci strumenti della dittatura mussoliniana. *Ibidem.*

[7] Secondo la versione ufficiale, sancita anche dalla sentenza del Tribunale speciale, l'attentato sarebbe stato realizzato da Zamboni, subito linciato ed ucciso a colpi di pugnale da alcuni fascisti presenti sul posto. I contorni della vicenda non sono certi. Cfr. LORENZETTO A., "Il Processo Zamboni", in *Il ponte*, ottobre 1945, pp. 629 ss.

Quest'ultimo attentato – quarto della serie se si considera anche quello organizzato dall'onorevole Tito Zaniboni il 4 novembre 1925[8] – offrì l'occasione per attuare una serie di provvedimenti contro gli antifascisti su cui si stava già lavorando da tempo[9]. I progetti di legge elaborati dal ministro dell'Interno Luigi Federzoni e dal guardasigilli Alfredo Rocco furono portati al Consiglio dei ministri il 5 novembre 1926 e presentati quali misure indispensabili per la difesa dell'ordine nazionale dello Stato[10]. Federzoni propose sei provvedimenti amministrativi – tutti approvati dal Consiglio – aventi ad oggetto la revisione di tutti i passaporti per l'estero e l'annullamento di quelli già rilasciati; la determinazione di severe sanzioni per chi avesse tentato di espatriare clandestinamente e per chi desse loro aiuto e obbligo di far uso delle armi contro chi tentasse di passare la frontiera in zone non autorizzate; la soppressione di tutta la stampa di opposizione; lo scioglimento di tutti i partiti fatta eccezione per quello fascista; l'istituzione del confino di polizia per i sovversivi; l'istituzione del servizio di investigazione politica[11].

[8] Cfr. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, pp. 139 ss.

[9] Secondo TRENTIN, S., *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia: dall'istituzione del Tribunale speciale alla proclamazione dell'Impero*, 1926-1936, Roma, 1975, p. 133, "[…] il fascismo avrebbe rischiato di compromettere la solidità della sua struttura dittatoriale se avesse trascurato di porre al vertice della sua gerarchia un guardiano vigilante alla sua sicurezza, un esecutore delle sue alte opere, sempre all'erta. E per questo che nel mese di novembre 1926, quando Mussolini decise di cambiare tattica rivelando le sue vere intenzioni, l'assillo più pressante fu di istituire senza indugio, approfittando dell'atmosfera creata dall'attentato di Bologna, il Tribunale speciale per la difesa dello Stato".

[10] "Riunione del Consiglio dei ministri del 5 novembre 1926", in SUSMEL, E. – SUSMEL, D. (a cura di), *Opera Omnia di Benito Mussolini*, vol. XXII, Firenze 1957, p. 254.

[11] Archivio Centrale dello Stato, *Presidenza del Consiglio dei ministri. Verbali*, sedute del 5 novembre 1926. Cfr. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, p. 211.

Seguì la discussione del disegno di legge concernente "provvedimenti per la difesa dello Stato" presentato dal guardasigilli Rocco[12] ed avente ad oggetto una serie di misure eccezionali di straordinaria gravità inizialmente stabilite per la durata di 5 anni[13]. Tra queste si prevedeva l'introduzione della pena di morte per chi avesse attentato alla vita o alla libertà personale dei sovrani (re, regina, reggente, principe ereditario), del capo del governo o per coloro i quali avessero commesso i delitti di rivelazione dei segreti ad uno Stato estero, di promozione di sollevazione popolare in armi o atti di devastazione, saccheggio o strage[14], il reato di "concerto"[15], istigazione ed apologia alla commissione dei delitti sopra richiamati, punito con la reclusione da 5 a 15 anni con aggravio di pena per i capi, promotori ed organizzatori; la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni per i fuoriusciti che avessero fatto all'estero propaganda

[12] Il testo integrale del Disegno di legge concernente provvedimenti per la difesa dello Stato si trova pubblicato in SUSMEL, *Opera Omnia di Benito Mussolini*, vol. XXII, pp. 255 ss.

[13] In realtà la vita del Tribunale fu molto più lunga. Infatti, fu prorogato per altre due volte per 5 anni, nel 1931 (legge 4 giugno n. 674) e nel 1936 (DL 15 dicembre, n. 2136). Nel 1941 fu, infine, prorogato a tempo indeterminato (DL 9 dicembre n. 1386, convertito in legge 7 maggio 1942, n. 560). L'ultima proroga emanata in piena guerra assegnava al TSDS altre competenze su reati previsti dai nuovi codici penali di pace e di guerra emanati nel 1941, quali il tradimento, lo spionaggio, la frode e l'inadempienza in forniture militari, o reati politici come l'associazione sovversiva o la propaganda sovversiva o antinazionale commessi da militari. Tra il 1927 e il 1929, il fascismo aveva provveduto a estendere le competenze del TSDS anche ai possedimenti coloniali: la Libia (RD 2 giugno 1927 n. 1050 e RD 17 giugno 1929, n. 1200) e l'Eritrea e la Somalia (RD 27 giugno 1929, n. 1308).

[14] Si trattava dei delitti contro la sicurezza dello Stato previsti dagli articoli 104, 107, 108, 120 e 252 del codice penale Zanardelli.

[15] La punizione prevista per il solo "concerto" portò ad esempio alla condanna a morte dell'anarchico Michele Schirru, fucilato il 29 maggio del 1931, perché colpevole di avere avuto l'intenzione di attentare alla vita di Mussolini.

contro il regime, ed infine l'istituzione di un tribunale speciale competente a giudicare i reati che andavano sotto il titolo dei "Delitti contro la sicurezza dello Stato" del Codice penale del 1889 oltre a quelli, introdotti dalla stessa legge per la difesa dello Stato[16]:

> "*La competenza, per i delitti preveduti dalla presente legge, è devoluta a tribunali speciali, costituiti da un presidente, scelto fra gli ufficiali generali del regio Esercito, della regia Marina, della regia Aeronautica e della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale, aventi grado di console tanto in servizio attivo permanente, quanto in congedo. La costituzione di tali tribunali è ordinata dal ministro della guerra, che ne determina il numero, la sede e la composizione. Nei procedimenti per delitti preveduti dalla presente legge, si applicano le norme del Codice Penale per l'esercito sulla procedura penale in tempo di guerra. Tutte le facoltà spettanti a termini del detto Codice al comandante in capo, sono conferite al ministro della Guerra. I procedimenti pei delitti preveduti dalla presente legge in corso al giorno della sua attuazione, sono devoluti, nello stato in cui si trovano, alla competenza dei tribunali speciali* […]"[17].

I provvedimenti proposti dal guardasigilli furono approvati dal Consiglio dei ministri senza difficoltà o ritocchi. Dal verbale della seduta mattutina risulta solo che Mussolini definì il disegno di legge Rocco "irrilevante" ai fini della sua personale tutela e "forse nocivo",

[16] Cfr. DE CRISTOFARO, E., "Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello stato" in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36 (2007), p. 1045; LATINI, C., *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Ottocento e Novecento*, Firenze 2010, pp. 327-333.

[17] *Disegno di legge concernente provvedimenti per la difesa dello Stato*, cit., art. 8.

ma tuttavia necessario "ai fini dello Stato e della tranquillità nazionale"[18]. Nonostante la eccessiva gravità delle norme approvate dal Consiglio dei ministri, queste non trovarono nessun ostacolo nell'approvazione del Parlamento in virtù della ritenuta preoccupazione di non negare, a chi aveva in pericolo la vita, la difesa da lui reputata necessaria[19]. Il disegno di legge "per la difesa dello Stato" passò, infatti, il vaglio delle Camere senza troppe difficoltà: il 9 novembre Alfredo Rocco presentava la sua legge ai deputati, mettendo in evidenza nella sua relazione le "necessità supreme" dell'approvazione di quella radicale riforma della legislazione derivante dallo stato di continua agitazione del popolo italiano[20]. Con tali provvedimenti il governo intendeva creare "un nuovo ordine giuridico, atto a rafforzare l'autorità dello Stato e a difendere contro tutti i tentativi di sopraffazione degli individui, dei gruppi, delle classi, dei partiti"[21]. Di fronte agli attentati che avevano minato la vita del capo del governo, Rocco riteneva si dovesse procedere senza indugio a riformare la legislazione vigente che si era dimostrata inadatta non solo a prevenire i crimini, ma anche a soddisfare l'opinione pubblica con una rapida e severa punizione dei crimini già commessi. La soluzione proposta era, pertanto, quella di utilizzare il rimedio della legislazione eccezionale temporanea – per la durata di 5 anni – che colpisse "non solo severamente, ma rapidamente", in modo che la

[18] In quella occasione Mussolini si pronunciò contro la retroattività della pena di morte e tenne a rendere nota tale opposizione. Cfr. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, p. 212.

[19] A. GIOVANNINI, *Il rifiuto dell'Aventino: l'opposizione al fascismo in parlamento nella memoria di un deputato liberale*, Bologna, 1966, p. 543; AQUARONE, A., *L'organizzazione dello stato totalitario*, Torino, 2003, p. 99.

[20] "Relazione alla Camera dei deputati presentata il 9 novemnre 1926 dal Capo del Governo, Primo Ministro Segretario di Stato, Ministro della Guerra Mussolini, e dal Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto Rocco", in ROCCO, A., *La trasformazione dello Stato: dallo stato liberale allo stato fascista*, Roma, 1927, p. 99.

[21] Ivi, p. 100.

funzione di prevenzione generale e quella satisfattoria della legge penale potessero realizzarsi col massimo della efficacia[22]. Con riferimento al tribunale speciale, unico per tutto il Regno, ma divisibile in sezioni con la possibilità di tenere le sue udienze tanto nella sede assegnatagli quanto in qualunque comune del Regno, Rocco spiegava trattarsi di un tribunale militare che avrebbe seguito le norme della procedura penale militare ed in particolare del Codice penale per l'esercito per il tempo di guerra, per cui le sentenze non sarebbero state suscettibili "di ricorso, né di alcun altro mezzo di impugnativa, salva la revisione". La scelta, secondo il guardasigilli, doveva considerarsi naturale, in quanto la lotta intrapresa dallo Stato contro i suoi nemici doveva ritenersi simile a quella che esso avrebbe sostenuto in tempo di guerra: "uguale la necessità di una procedura rapidissima, uguale quella di una severità esemplare"[23]. Sulla scorta di tali considerazioni, il disegno di legge ricevette l'approvazione della Camera dei Deputati con solo 12 voti contrari[24].

In Senato, la legge incontrò invece qualche maggiore resistenza: discussa nella seduta del 20 novembre 1926, la votazione del progetto fu preceduta dalla presentazione di Alfredo Rocco, il quale si soffermò sulla ragione politica delle leggi penali e di polizia di cui si chiedeva l'approvazione, ritenute necessarie per contrastare la lotta

[22] Rocco ricordava ai deputati che lo strumento della legge eccezionale rispondeva ad una antica tradizione dello Stato italiano, risalenti ai primi tempi dell'Unità: "Dopo il 1860 si creò in Italia una situazione per qualche rispetto simile alla presente; contro il nuovo regime gruppi di avversari irriducibili rifugiatisi fuori dei confini dello Stato ordivano congiure organizzando il brigantaggio. Ebbene gli uomini di Governo di quel tempo, che pur si professavano liberali, non peritarono di far approvare dal Parlamento quella legge Pica, che costituì lo strumento più efficace della vittoria che il nuovo Stato riportò contro la reazione borbonica". *Ibidem*.

[23] Ivi, p. 119.

[24] I 12 voti contrari furono quelli dei deputati Bavaro, Fazio, Gasparotto, Giovannini, Lanza di Trabia, Musotto, Pasqualino-Vassallo, Pivano, Poggi, Scotti, Soleti e Viola. DE FELICE, *Mussolini il fascista*, p. 214.

contro il regime che dal terreno politico si era ripiegata sul terreno della criminalità[25]. Gli episodi di violenze ed attentati verificatisi nei mesi precedenti avevano determinato, infatti, un turbamento dello spirito del popolo con inevitabili reazioni e rappresaglie che non si potevano evitare se non offrendo agli italiani la sensazione netta che "lo Stato fosse sufficientemente forte ed armato per prevenire e per reprimere i crimini", che la pena sarebbe stata "adeguata al delitto e tale da soddisfare il sentimento popolare" ed applicata "prontamente con inesorabile energia"[26]. Per quanto concerneva il tribunale speciale, Rocco precisava che la costituzione di tale organo straordinario non violava il principio statutario secondo cui nessuno poteva essere distolto dai suoi giudici naturali e garantiva la serenità di giudizio dovuta al fatto che, avendo sede unica a Roma, avrebbe eliminato ogni influenza dagli ambienti provinciali. Infine non doveva preoccupare il fatto che fossero stati chiamati a far parte del tribunale ufficiali della Milizia Volontaria di grado elevato, in quanto essa doveva considerarsi una delle forze armate dello Stato e non certo una milizia di parte, secondo una vecchia accusa degli oppositori del fascismo[27]. Sulla base di queste considerazioni, Rocco concludeva il suo appello ai senatori ribadendo che la eccezionalità delle leggi proposte rispondeva alla insufficienza della legislazione vigente che diminuiva la forza dello Stato e limitava l'esercizio della sua sovranità: "Il nostro voto è che, riformate le leggi normali, possa venir meno una delle eccezionali ragioni di questo eccezionale provvedimento. Il quale è si, nei suoi mezzi, una legge di lotta e di difesa, ma nei suoi fini è provvedimento di restaurazione dell'ordine sociale e di pacificazione

[25] "Discorso al Senato pronunciato nella seduta del 20 novembre 1926", in ROCCO, *La trasformazione dello Stato*, p. 120.
[26] Ivi, p. 123.
[27] Ivi, p. 124: "Ma nessuna difficoltà può esservi ad accogliere il voto dell'Ufficio centrale, che per maggior garanzia, siano chiamati a far parte del tribunale speciale consoli, che abbiano rivestito nel Regio esercito o nella Regia marina, grado di ufficiale superiore, o che siano forniti di laurea in legge".

nazionale"[28]. Nonostante le opposizioni dei senatori Wollemborg, Di Campello, Bergamini, Ruffini e Stoppato, la legge fu approvata dal Senato con 49 voti contrari[29], nella convinzione indotta da Mussolini che "le leggi eccezionali transitorie erano una difesa dei galantuomini contro le esagerazioni delle teste calde del partito"[30].

Superato il vaglio del Parlamento, la legge per la difesa dello Stato fu emanata il 25 novembre 1926 (RD n. 2008) ed entrò in vigore il 6 dicembre dello stesso anno. L'8 dicembre del 1926 Alfredo Rocco presentò al Consiglio dei ministri le norme di attuazione – confluite nel R.D. 12 dicembre 1926 n. 2062 – che prevedevano disposizioni più dettagliate in ordine alla composizione del tribunale, cui sarebbero stati devoluti tutti i procedimenti per i reati previsti dalla legge in corso presso la magistratura ordinaria. In particolare stabiliva che presso il tribunale vi sarebbero stati uno o più giudici istruttori, scelti fra gli ufficiali del regio esercito, della regia marina, della regia aeronautica o della milizia volontaria per la sicurezza nazionale e nominati con decreto del ministro della guerra e che il pubblico ministero doveva essere rappresentato dal regio avvocato generale militare, rappresentato da un avvocato militare con uno o più vice avvocati o sostituiti[31].

[28] *Ibidem*.

[29] Sul dibattito al Senato della legge per la difesa dello Stato cfr. TESSITORE, G., *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, pp. 141 ss.

[30] FERRERO, L., *Diario di un privilegiato sotto il fascismo*, Torino, 1946, p. 48. Secondo DE FELICE, *Mussolini il fascista*, p. 215, il favore del Parlamento verso una legge di così severa portata trova ragione nel fatto che l'opinione pubblica era profondamente scossa dagli attentati verificatisi e, grazie al martellamento della stampa e della propaganda, era arrivata a considerare perturbatori dell'ordine pubblico gli antifascisti e non più i fascisti.

[31] RD. 12 dicembre 1926 n. 2062, art. 6.

2. Composizione, struttura e funzioni del tribunale speciale

La costituzione del tribunale speciale – "dimostrazione dell'imponenza dell'apparato di repressione messo in piedi dal regime, e indizio delle sue insicurezze"[32] – fu demandata al Ministro della guerra, che con decreto del 4 gennaio 1927 nominò il primo collegio giudicante. La presidenza fu conferita al generale di corpo d'armata Carlo Sanna, comandante della Brigata Sassari durante la prima guerra mondiale[33], la vicepresidenza al generale di divisione Orlando Freri, comandante dell'accademia militare[34], mentre la carica di giudici titolari fu attribuita ai consoli della Milizia Volontaria per la Sicurezza Nazionale Cau Lussorio, tenente colonnello dei carabinieri[35], Guido Cristini, avvocato e deputato del PNF (divenuto presidente del Tribunale speciale nel 1928 alla morte di Sanna)[36],

[32] NEPPI MODONA, G. – PELISSERO, M., "La politica criminale durante il fascismo", in *Storia d'Italia*. *Annali*, vol. 12, Torino, 1997, p. 769.

[33] Su Carlo Sanna (Cuglieri, 1859 – Roma, 1928), cfr. *La Sardegna in onore del generale Carlo Sanna*, Cagliari, 1926; *In memoria del tenete generale Carlo Sanna nel primo anniversario della morte*, Roma, 1929.

[34] Orlando Freri (Crema, 1869 – Milano, 1945) fu autore di numerosi saggi e conferenze sulla cultura militare e le esperienze della guerra. Tra questi: *Il metodo nello svolgimento delle manovre con i quadri reggimentali*, Torino, 1909; *Il metodo nella compilazione degli ordini per lo svolgimento dei temi tattici*, Torino, 1910; *Questioni balcaniche e Dodecaneso*, Modena, 1922; *I risultati dell'esperienza di Guerra*, Modena, 1924; *Napoleone in lotta con i nemici interni ed esterni nel 1814-1815: le conseguenze delle discordie interne*, Torino, 1932; *Le colonie: loro genesi e loro importanza per l'Italia*, Milano, 1935; *Giulio Cesare dittatore perpetuo, condottiero, educatore*, Genova, 1937; *Cultura militare*, Milano 1938; *Dizionario storico italiano*, Milano 1940; *Assedi e battaglie*, Milano 1941.

[35] Su Cau Lussorio (Borore, 1867 – Castelbuono, 1961) cfr. DI MARTINO, M., *Lussorio Cau: due isole per un eroe*, Cagliari, 2006; ID., *Lussorio Cau. L'eroe di Morgogliai*, Sassari, 2009.

[36] Su Guido Cristini, avvocato civilista, artefice della fondazione dei Fasci nella Maiella e attivo nella Marcia su Roma, deputato a soli 28 anni e riconfermato per quattro legislature, cfr. LONGHITANO, C., "Il Tribunali di

Alberto Garamini, tenente colonnello di Stato Maggiore, Giulio Mucci, colonnello di fanteria, e Antonino Tringali Casanuova, capitano di fanteria (poi presidente del Tribunale speciale dal 1933 al 1943 e ministro della Giustizia nella Repubblica di Salò)[37]. Giudici supplenti furono nominati i consoli della Milizia Alfredo Alfaro, Vittorio De Martini e Alberto Ventura[38].

La composizione dei membri del Tribunale – di provenienza esclusiva dai ranghi militari senza che fosse comprovata la loro competenza giuridica né tantomeno la loro conoscenza del diritto[39], salva la previsione, a titolo consultivo, di un magistrato appartenente al personale dei tribunali militari[40] – avrebbe garantito, nell'ottica del legislatore fascista, la dipendenza dei giudici dalle direttive politiche dell'esecutivo, rendendolo un organo di giustizia politica che seguiva le regole della procedura penale in tempo di guerra, secondo un rito inquisitorio con ridotte garanzie difensive: una fase istruttoria segreta senza patrocinio dell'avvocato, una fase predibattimentale con possibile segretazione degli atti processuali, obbligo del mandato di cattura ed impossibilità di concedere la libertà provvisoria, sentenze non suscettibili di ricorso in Cassazione, né di alcun altro mezzo di impugnazione, ad eccezione della revisione, affidata peraltro a un

---

Mussolini. Storia del Tribunale Speciale 1926-1943", in *Quaderni dell'Anppia,* n. 20, s.d; GALZERANO, G., *Il tribunale speciale fascista. I processi di Roma*, Casal Velino 1992, p. 30.

[37] Su Antonino Tringali Casanuova (Cecina, 1888 – Cremona, 1943), avvocato, combattente e decorato, organizzatore dei fasci in Toscana, poi sindaco e podestà a Castagneto Carducci, cfr. SAVINO, E., *La nazione operante. Albo d'oro del fascismo. Profili e figure*, Novara, 1937, p. 97.

[38] AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, p. 102.

[39] La sola qualità che si pretendeva da loro era di essere membri del partito e di godere della fiducia assoluta dei loro capi. TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, p. 137.

[40] Questo magistrato aveva una esclusiva funzione di «illuminare coi suoi consigli» il collegio a nome del quale la sentenza era pronunciata: avrebbe pertanto vigilato sull'istruttoria, redatto e firmato l'atto di accusa, assistito ai dibattiti pubblici pur non avendo diritto di voto. Ivi, p. 140.

consiglio di revisione composto da membri anch'essi scelti tra gli ufficiali dell'esercito e della milizia volontaria e presieduto dallo stesso presidente del collegio di primo grado[41].

Sulla scorta delle regole di procedura disciplinate dal *Codice penale per l'esercito del Regno d'Italia*[42], una volta accertato che il reato rientrava tra quello previsti dalla legge eccezionale ed era perciò di competenza del Tribunale speciale, partiva l'inchiesta diretta ad accertare responsabilità e complicità, affidata agli agenti dell'OVRA, dotati di mezzi tecnici e finanziari che permettevano loro di raggiungere risultati considerevoli, come è dimostrato dalla percentuale altissima dei "rivoluzionari di professione" caduti nella rete della giustizia[43]. Alla fine delle indagini, la cui durata poteva essere di poche settimane oppure di anni a seconda della complessità del caso, il Pubblico ministero inviava gli atti al giudice unico istruttore o alla commissione istruttoria presso il Tribunale speciale a seconda della gravità del reato: dei casi di lieve entità si occupava il giudice istruttore il quale, basandosi sulle conclusioni del Pubblico

[41] DE MAURO, G.B, "Tribunale speciale per la difesa dello Stato" in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, parte II, Torino 1976, p. 489; NEPPI MODONA – PELISSERO, "La politica criminale durante il fascismo", cit., p. 769.

[42] Il Codice penale per l'esercito del Regno d'Italia fu adottato con legge n. 5366 del 28 novembre 1869 ed entrò in vigore il 15 febbraio 1870. Esso riproduceva il precedente codice penale militare per il Regno di Sardegna del 1 ottobre 1859 e fu emanato solo per effetto della considerazione politica in base alla quale la giustizia militare applicabile al nuovo esercito nazionale avrebbe dovuto essere regolamentata da un codice diverso rispetto a quello che stato emanato per i sudditi del Regno di Sardegna. Sull'argomento cfr. SANTANGELO CORDANI, A., *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008, pp. 161 ss.

[43] DAL PONT, A. – CAROLINI, S., *L'Italia dissidente e antifascista*, Milano, 1980, p. 2. Osservano gli autori che inchiesta era portata avanti in modo più approfondito rispetto ai soliti "questurini" mal pagati, ereditati dal vecchio Stato liberale.

ministero, ma talvolta in difformità con esse, emetteva la propria decisione con ordinanza. I reati più gravi erano invece affidati alla competenza della Commissione istruttoria.

Le garanzie concesse all'imputato in tale fase istruttoria erano molto ridotte, se si considera che era consentito avvalersi della difesa di un avvocato (uno soltanto, scelto tra gli ufficiali in servizio presso il tribunale o tra gli avvocati esercitanti la professione) solo dopo il rinvio a giudizio[44]. Mentre i poteri concessi al giudice istruttore erano davvero ampi, secondo quanto prescritto dagli artt. 373 e seguenti del *Codice penale per l'esercito* che disciplinava la c.d. *Istruzione formale* del processo: interrogatorio dell'imputato sulle generalità e circostanze del reato, presentazione del corpo del reato e riconoscimento di oggetti sequestrati, ricognizioni, raccolta dei mezzi di prova, citazione ed esame dei testimoni e dei periti. Atti non coperti da alcuna garanzia difensiva, la cui esecuzione ricordava modalità di antico regime: interrogatori improvvisi di lunga durata, ai quali veniva sottoposto l'imputato a digiuno e nelle ore notturne. Silvio Trentin ricorda le vicissitudini della militante comunista Gina Morandotti sospetta di dedicarsi alla propaganda nell'interesse di un partito disciolto: arrestata nel 1927 a Bardonecchia dalla polizia di frontiera, dopo essere stata tradotta al commissariato e sottoposta a sevizie da parte di agenti "specializzati", fu trasferita per alcuni giorni nel carcere giudiziario di Milano per poi essere affidata al giudice istruttore del Tribunale speciale che "si affrettò ad impegnare nei suoi confronti sistemi inquisitori tali che, allo scadere di una settimana, dovette essere internata, in preda alla follia, al manicomio di Mombello". Per queste ragioni non poté presenziare al suo processo celebrato dinanzi al Tribunale speciale, nel corso del quale il presidente Ciacci, generale di armata, giustificò l'assenza dell'imputata poiché "le sue condizioni di salute avevano reso necessario l'internamento in manicomio"[45]. Testimonianze sui metodi

[44] RD. 12 dicembre 1926 n. 2062, art. 7.
[45] TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, p. 160.

di inquisizione utilizzati attraverso gli ufficiali della Milizia possono rinvenirsi nelle pagine delle memorie di Emilio Lussu, Francesco Fausto Nitti, Cesare Rossi[46] che ricordano alcuni episodi di crudeltà nei quali, per "sciogliere la lingua" degli imputati, si adoperarono veri e propri mezzi di tortura, consistiti – solo per citarne alcuni – in minacce con armi; percosse con calci, pugni, bastonate e spranghe di ferro; massaggi a pressione progressiva dalle due parti delle mascelle eseguiti col pugno chiuso per non causare lesioni esterne visibili; simulazione di preparativi di una esecuzione capitale con un plotone di militi con le armi pronte al fuoco; somministrazione di stupefacenti; digiuno per 20 giorni[47], aghi piantati sotto le unghie delle mani, immersione dei piedi nell'acqua bollente.

La fase istruttoria rivestiva, quindi, un momento fondamentale del processo, in quanto da quel giudice unico dipendeva il rinvio a giudizio al Tribunale speciale – salva l'ipotesi di proscioglimento, rinvio alla magistratura ordinaria o militare – con la conseguente trasmissione di tutti gli atti istruttori già confezionati in totale assenza del difensore. Ma dai dati raccolti, risulta che i rinvii a giudizio furono inferiori rispetto ai proscioglimenti: basti pensare che nel primo anno di attività del Tribunale speciale, le ordinanze emesse dal giudice unico istruttore (al cui ufficio si alternarono Renato Marconi, Giuseppe Segala, Salvatore Curatola e Carlo Cagiati, tutti provenienti

[46] LUSSU, E., *La catena*, Parigi, 1930; NITTI, F.F., *Le nostre prigioni e la nostra evasione*, Napoli, 1946; ROSSI, C., *Il Tribunale speciale: storia documentata*, Milano, 1952.

[47] Fu il caso di Antonio Minafò di 53 anni, accusato di essere affiliato al movimento Giustizia e Libertà, che nel novembre 1932 fu picchiato selvaggiamente per tre giorni consecutivi, drogato con stupefacenti, tenuto a digiuno per 19 giorni e sottoposto infine al supplizio orientale dello scarafaggio, consistente nel mettere sul petto dell'imputato uno scarafaggio sotto una campana di vetro che, nell'impossibilità di uscire, cerca di aprirsi una strada rodendo la carne. TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, p. 171.

dai ranghi militari[48]) furono 143 e riguardarono 304 imputati identificati e per la maggior parte in stato di detenzione: una cifra ragguardevole, superiore al numero dei 255 processati nel 1927 dal Tribunale speciale[49]. Tale rapporto si spiega nel fatto che i reati di cui si occupava il giudice istruttore comportavano pene detentive relativamente brevi che l'inquisito finiva per scontare come carcere preventivo, anche nei frequenti casi di assoluzione. Ciò rendeva il giudice unico un organo di repressione anticipata – la cui attività fu particolarmente intesa soprattutto negli anni 1927-1929, quando occorreva dare maggiore stabilità al regime – le cui modalità inquisitorie si prefiggevano lo scopo principale di incutere paura ad una fascia di oppositori generici o giovani, che avrebbero inutilmente affollato le carceri riservate ai detenuti politici, sempre che le torture non avessero sfinito a morte gli imputati[50].

Diverso approccio ebbe, invece, la commissione istruttoria (composta da un presidente e due giudici, proveniente dai ranghi militari o dalla milizia volontaria, e da un realtore scelto tra magistrati

[48] Dal 1927 al 1943 si alternarono nell'ufficio di giudice istruttore Salvatore Curatola (1927-35); Carlo Cagiati (1927-29); Renato Marconi e Giuseppe Segala (1927-28); Antonio Scerni (1928-37); Pietro Quinto Guerri (1928-33); Giuseppe Montalto (1928-32); Francesco Mazzarelli (1930-34); Ettore Rocca (1931-33); Saul Gioachino Giacosa (1933-35); Nicola Mojo (1933); Antonio Giudici (1934-36); Mario Pelamatti (1934-35); Lando Fantini (1935-42); Pasquale Spoleti (1936-43); Fernando Verra (1937-42); Umberto De Rienzi (1939-43); Demetrio Forlenza (1940-43); Luberto Ramacci (1941-43); Renato Lerz (1943). *Enciclopedia dell'antifascismo e della Resistenza*, vol. VI, Milano, 1989, p. 139.

[49] Il numero è ancora superiore se si tiene conto del fatto che 51 ordinanze su 143 furono pronunciate contro ignoti senza la possibilità di identificare gli autori. *Ibidem.*

[50] Numerosi furono i casi di "vittime delle prigioni" per non aver sopportato i metodi inquisitori. Sull'argomento cfr. TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, pp. 173-181.

di carriera di comprovata fede fascista[51]) che riceveva dal pubblico ministero gli atti di accusa riguardanti i reati più gravi e procedeva a compiere le stesse attività istruttorie del giudice unico, potendo alla fine prosciogliere o rinviare alla magistratura competente[52]: il rigore da essa usato fu maggiore in considerazione della più incisiva dimensione politica dei casi trattati, risultante dalla motivazione delle sentenze. Tra l'altro, toccò alla commissione istruttoria formalizzare, nella sentenza n. 122 del 13 giugno 1927, l'assurdo giuridico della retroattività della legge per la difesa dello Stato: dovendo giudicare 277 comunisti imolesi, ne rinviò a giudizio 19 per fatti commessi prima dell'1 novembre 1926, data del loro arresto, affermando che fossero punibili anche "tutti i reati commessi successivamente all'amnistia del 31 luglio 1925"[53].

[51] In realtà il peso svolto dal magistrato di carriera nelle decisioni della commissione istruttoria fu poco rilevante, essendogli affidato il semplice compito di stendere le sentenze dettate da esigenze politiche e spesso precostituite e dettata dal governo. DAL PONT – CAROLINI, *L'Italia dissidente e antifascista*, vol. I, p. 9.

[52] I presidenti della commissione istruttoria furono: Achille Muscarà (1927-33), Giulio Mucci (1932-36), Filippo Gauttieri (1936-41), Mario Griffini (1938-41), Federico Bevilacqua (1941-1943) e Giuseppe Corticelli (1942-43). I giudici furono: Giuseppe De Rosis (1927-1933), Claudio Pessani (1927- 32), Renato Pasqualucci e Alberto Negro (1927-28), Mario Griffini (1929-27, poi presidente), Michele Calia (1933-36), Giovanni Gangemi (1934), Enrico Quagliata (1935), Eugenio Jannone (1936-43), Aldo Borri (1938-42), Antonio Acqua (1938-42), Pietro Caputi (1938), Giuseppe Zampi (1939-43), Carlo Bernamaschi (1939-1940) e Pietro Mossi (1942-43). I relatori, che erano magistrati di carriera ed avevano il compito di redigere le sentenze, furono: Pietro Lanari (1927-43), Giacomo Buccafurri (1927-36), Giovanni Presti (1928-43), Gioacchino Milazzo (1939-43) e Gavino Masala (1942-43).

[53] Ivi, p. 140. Se si calcola che il Tribunale speciale giudicò 5.619 imputati, si può dedurre che in ben 1300 casi fu saltata la fase istruttoria regolamentare.

Se è vero che la norma processuale prevedeva che tutte le istruttorie sarebbero dovute passare tramite il vaglio della commissione, è altrettanto vero che a partire dal 1930 molti processi furono trattati direttamente dal Tribunale speciale sulla base di istruttorie compiute dal pubblico ministero o dalla magistratura ordinaria. Nonostante una mole di lavoro non di molto maggiore, nel complesso le sentenze emesse senza l'istruttoria della commissione superarono quelle regolari, scegliendo la strada di una procedura ancora più sbrigativa che faceva a meno del filtro del livello inquirente intermedio. Dal 1927 al 1943, fra giudice istruttore e commissione istruttoria furono esaminate in totale 12.192 richieste di rinvio a giudizio: 4.319 imputati (36%) furono rinviati al Tribunale speciale, per 4971 (41%) si dichiarò non luogo a procedere; per 2231 (18%) fu deciso che se ne occupasse la magistratura ordinaria o quella militare: per gli altri 671 imputati (5%) fu richiesto un supplemento di istruttoria o (trattandosi di latitanti) la posizione fu stralciata[54].

Nel caso in cui il giudice unico o la commissione istruttoria avessero disposto il rinvio a giudizio dinanzi al Tribunale speciale, i termini di notifica della data di inizio del processo all'imputato e al suo difensore (che entrava in scena solo in questa fase) erano di "almeno" 24 ore prima dell'inizio del dibattimento, ma potevano essere ridotti per decisione discrezionale del presidente[55]. Inoltre, al difensore erano concessi solo 8 giorni per conoscere il fascicolo di accusa durante gli atti preliminari al dibattimento, salvo divieto espresso dal presidente del Tribunale di prendere visione dei documenti e delle cose sequestrate, dalla cui conoscenza avrebbe potuto derivare pubblico nocumento[56]. Si trattava di regole stringenti che comprimevano eccessivamente il diritto di difesa: basti l'esempio del processo celebrato contro il cittadino svizzero Hofmeier, arrestato a Milano il 18 novembre 1927 e condannato dal Tribunale speciale a 15 anni di reclusione per propaganda comunista, il quale, in una

[54] *Ibidem.*
[55] *Codice penale militare per l'esercito*, artt. 435, 437 e 439.
[56] RD. 12 dicembre 1926 n. 2062, art. 7.

lettera pubblicata sul giornale *La libera stampa di Lugano* il 6 giugno 1931, ricordava che "dopo 16 mesi di detenzione preventiva, aveva saputo solo il 28 febbraio 1929 che il suo processo avrebbe avuto luogo il 4 marzo seguente e che era stato impossibile, anche dopo la condanna, conoscere gli elementi principali su cui si era basato il procedimento contro di lui"[57].

Ma anche la partecipazione dell'avvocato – sulla cui scelta il presidente avrebbe potuto incidere, escludendo l'assistenza del difensore non militare per esigenze di pubblico interesse – non avrebbe offerto nessuna concreta garanzia all'imputato, il quale poteva essere assistito esclusivamente da avvocati iscritti al PNF. Infatti, l'iniziale concessione di poter affidare la difesa, su richiesta degli imputati, ad avvocati non iscritti al partito, scatenò l'indignazione della stampa, mobilita nel denunciare lo scandalo che "persone senza passato avevano avuto l'audacia, avvalendosi di una qualifica professionale non gli era riconosciuta che a titolo di elemosina, di mettersi al servizio dei peggiori nemici del regime, contrastando così impudentemente gli interessi e le pretese più legittime della corporazione fascista degli avvocati"[58]. Si leggeva sul giornale *Roma fascista* del 6 ottobre 1928:

> "*Il tribunale di una rivoluzione deve essere considerato come un vero tribunale di guerra. Durante la guerra, davanti ad una corte marziale un disertore o un nemico non erano difesi da un nemico, ma da un ufficiale italiano. Davanti al tribunale rivoluzionario fascista bisogna, per ragioni di ordine sostanzialmente politico, che solo gli avvocati fascisti siano ammessi a patrocinare*"[59].

[57] TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, p. 143.
[58] Ivi, p. 144.
[59] Il giornale *Roma fascista* fu fondato da I. Foschi e U. Guglielmotti a Roma il 19 luglio 1924, con l'obiettivo di "affermare l'unità inscindibile e saldissima della disciplina fascista, messa a dura prova dalle umiliazioni e dalle provocazioni di questo ultimo mese". Il nuovo foglio intraprese "una

Dietro tali pressioni, l'effetto fu quello di consentire il patrocinio degli imputati – tradotti dinanzi al Tribunale speciale con sempre maggiore frequenza da parte dell'OVRA – esclusivamente ad avvocati iscritti al PNF, con la conseguenza che l'esercizio del diritto di difesa si svuotò di ogni contenuto, come avvenne nel caso del c.d. "primo processo di Trieste" celebrato tra il 1 e il 5 settembre 1930 (presidente Guido Cristini, PM Massimo Dessy[60]) a carico di un gruppo di rivoluzionari sloveni, accusati di aver fatto esplodere una bomba all'interno di uno stabile occupato del giornale fascista *Il Popolo*, nel corso del quale uno dei difensori affermò che "ogni difesa appariva inutile, poiché la situazione degli accusati, disgraziatamente, non permetteva di invocare nell'interesse del suo cliente la minima circostanza attenuante" e concluse che "in fondo, il tribunale non avrebbe abusato dei suoi poteri se fosse stato costretto a pronunciare una condanna a morte"[61].

---

vigorosa difesa […] della situazione, magnificando […] le realizzazioni del primo periodo fascista, l'intelligenza del duce e le opere in corso o già programmate dalla rivoluzione delle camicie nere". MAJOLO MOLINARI, O., *La stampa periodica romana. Dal 1900 al 1926*, II, Roma, 1977, p. 713.

[60] Sull'avvocato Massimo Dessy, uno dei sostituti procuratori la cui carriera nel Tribunale speciale era iniziata un paio d'anni prima, quando era stato nominato pubblico ministero nel corso di un processo, svoltosi nell'ottobre del 1928, a carico dell'operaio comunista Michele Della Maggiora di Ponte Buggianese cfr. ROSSI, *Il Tribunale speciale: storia documentata*, p. 169; CAMINATI A. – ROSATI, C., *Il caso Della Maggiora: il primo condannato a morte dal Tribunale speciale fascista*, Pistoia, 1980, p. 73.

[61] *Corriere della sera*, 6 settembre 1930. Dopo la sentenza di condanna a morte degli imputati sloveni Ferdo Bidovec, Fran Marušič, Alojz Valenčič e Zvonimir Miloš (fucilati a Basovizza il 6 settembre 1930), l'avvocato richiese al padre del suo assistito la somma di 30.000 lire per le prestazioni professionali fornite. *Petit Parisien*, 11 settembre 1930.

Anche il pubblico dibattimento – salvo i frequenti casi in cui il processo si celebrava a porte chiuse[62] – era in realtà aperto esclusivamente ai fascisti che avevano accesso alle aule di udienza previa autorizzazione del presidente del Tribunale speciale accordata dietro la presentazione di referenze irrefutabili. Si legge nel *Manchester Guardian* del 22 luglio 1928:

> "*Il pubblico è costituito esclusivamente da membri noti del partito, ben riconoscibili dai loro vistosi distintivi, da avvocati e da procuratori assidui frequentatori dei corridoi, e da alcune rare persone munite di carte speciali col timbro del tribunale. È eccezionale, d'altronde, vedere qualcuno nello spazio riservato al pubblico, e di solito la lunga tavola che formalmente è messa a disposizione della stampa è deserta. Quando sui banchi degli accusati figurano anziani deputati o personalità ben note dell'opposizione, tutta la stampa fascista è assente e il resoconto dei processi che apparirà domani sui giornali è interamente redatto dall'agenzia governativa (agenzia Stefanì)*"[63].

3. Ordinanze e sentenze istruttorie

L'attività posta in essere dai giudici istruttori costituì un momento importante nella fase di avvio del Tribunale speciale che consentì di effettuare una grande scrematura nei numerosi arresti "alla cieca" che furono eseguiti dalla polizia nel tentativo di disorganizzare i centri della lotta clandestina, con l'effetto di pronunciare numerosi provvedimenti di proscioglimento, di rinvio alla magistratura ordinaria

[62] Osserva Cfr. TRENTIN, *Dieci anni di fascismo totalitario in Italia*, p. 148 che durante la guerra di Abissinia le sentenze del Tribunale speciale furono avvolte nel mistero: non solo a porte chiuse, ma senza nessuna forma di resoconto dei dibattimenti e delle sentenze sulla stampa.

[63] CANTOR, N., "Fascist Political Prisoners", in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 27 (1936), p. 177.

o militare e pochi rinvii al Tribunale speciale. La disamina delle loro ordinanze – che per argomentazione giuridica, padronanza di linguaggio tecnico ed indipendenza di giudizio risultano superiori rispetto alle sentenze del Tribunale speciale – consente di individuare il loro perimetro di azione circoscritto ai reati di lieve entità per i quali la pena prevista era già stata ampiamente scontata con il carcere preventivo, per cui nella maggior parte dei casi la scelta di adottare un provvedimento di clemenza fu quasi obbligata. Le imputazioni affidate alla trattazione dei giudici unici riguardarono, per la maggior parte, ipotesi di "ricostituzione di partiti disciolti" e "propaganda sovversiva" (come nel caso di discorsi sovversivi, esposizione di bandiere rosse o canti di partito, scritte murali, diffusione di volantini e giornali; circolazione di monete con l'incisione dell'emblema della falce e del martello), a cui si aggiungevano alcuni casi di "apologia di attentato" (ravvisabili in frasi pronunciate in pubblico a commento della notizia di un attentato a Mussolini, di rammarico per il fallimento o di solidarietà con l'attentatore) e "offese a Mussolini"[64]. Nella maggior parte dei casi (circa l'80% tra il 1927 e il 1930) il giudice ordinò il non luogo a procedere e la scarcerazione degli imputati, ritenendo ammonimento sufficiente il periodo di carcere preventivo scontato, motivando il proscioglimento con insufficienza di prove o di indizi, mancato accertamento di una reale intenzione di commettere un reato, perché il fatto non costituisce reato o per non aver commesso il fatto, evidenziando non di rado espresse critiche alle modalità delle indagini svolte ed alle conclusioni cui erano pervenuti gli accusatori. Valgano alcuni esempi: l'ordinanza emessa il 18 febbraio 1927 dal giudice istruttore Renato Marconi in favore del falegname marchigiano Luciano Zignani – accusato di apologia di attentato contro Mussolini per aver affermato "in modo da poter essere inteso da molti, che, era stato un peccato che non avevano ammazzato il Primo Ministro"– prosciolto perché il fatto non costituisce reato per mancanza dell'elemento costitutivo della pubblicità:

[64] Per il 1927 si registrano 126 casi di ricostituzione di partiti disciolti e propaganda sovversiva; 11 casi di apologia di attentato e 6 di offese a Mussolini. DAL PONT – CAROLINI, *L'Italia dissidente e antifascista*, p. 8.

> "*Invero, le parole pronunziate dal prevenuto furono dette nell'interno della casa di costui, secondo le stesse dichiarazioni dei denunzianti, e la frase stessa non potette essere udita da quelli che potevano trovarsi sulla strada né da altri coinquilini, e accidentalmente fu appresa, se pur detta dai coniugi Lopalco attraverso una porta di legno chiusa che divide gli alloggi, senza, quindi che lo Zignani potesse sospettare o conoscere la presenza dei detti suoi coinquilini*"[65].

Di tenore analogo fu l'ordinanza emessa dal giudice istruttore Carlo Cagiati il 1 giugno 1928 nel procedimento a carico del bracciante Giovanni Maniassi di Udine, accusato di aver fatto l'apologia dell'attentato al Re commesso a Milano il 12 aprile 1928, profferendo in un'osteria la frase "almeno avessero ammazzato anche l'altro". A seguito dell'istruttoria, il giudice istruttore dichiarò non doversi procedere nei confronti dell'imputato per insufficienza di indizi di reità, ritenuto che, da quanto esposto nello stesso verbale di denuncia, si rilevava che il Maniassi, alcolizzato e squilibrato di mente, "ebbe a pronunciare l'incriminata frase in un momento di manifesta ubriachezza, insieme ad altre parole insensate e sconclusionate e che, pertanto, sorgono forti e fondati dubbi sulla esistenza nella specie dell'elemento morale integratore del reato"[66]. Ed ancora l'ordinanza del G.I. Antonio Scerni dell'11 giugno 1928

[65] Ordinanza n. 2 del 18 febbraio 1927 emessa dal Giudice Istruttore Renato Marconi nel procedimento a carico di Zignani Luciano. Reg. Gen. n. 14. STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO – UFFICIO STORICO, *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1927*, Roma, 1980, p. 229.

[66] Ordinanza del 1 giugno 1928 emessa dal Giudice Istruttore Carlo Cagiati nel procedimento a carico di Maniassi Giovanni. Reg. Gen. n. 207/1928. STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO – UFFICIO STORICO, *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1928*, tomo III, Roma, 1981, p. 1208.

con la quale prosciolse il bracciante bolognese Enrico Rosa, accusato di propaganda sovversiva. L'accusa di essere stato trovato in possesso, a seguito di perquisizione domiciliare, di una cartolina con l'effigie di Matteotti e di frasi che lo esaltavano come vittima, nonché di un opuscolo dal titolo "Rosario" con la bibliografia apologetica dello stesso Matteotti, non poteva dirsi fondata in quanto dalle disposte indagini di polizia non risultò che quell'opuscolo fosse stato diffuso, né tantomeno che fosse stata comunque fatta propaganda delle idee che ivi si contenevano. La semplice detenzione delle pubblicazioni suindicate, senza altra risultanza specifica, poteva far sospettare ma non provare nessuna azione di propaganda o appartenenza al partito comunista[67]. Sempre dello stesso giudice è l'ordinanza del 5 aprile 1930 a carico del pugliese Giovanni D'Amato, detenuto dal 7 marzo 1930 nelle carceri mandamentali di Ruvo di Puglia, con la quale l'imputato fu prosciolto per difetto di dolo dall'accusa di pubblica istigazione alla commissione di attentati contro il capo del governo in quanto l'istruttoria aveva consentito di dimostrare che il D'Amato, ferito alla testa in guerra, era spesso vittima di esaltazioni e di accessi violenti durante i quali perdeva ogni controllo dei propri atti:

> "*Lo stesso maresciallo dei RR.CC., che procedette all'arresto ed alla denunzia, come l'ufficiale sanitario del Comune di Ruvo che visitò il D'Amato subito dopo l'arresto, hanno concordemente assicurato di aver avuto l'impressione che il D'Amato si trovava in condizioni di squilibrio mentale quando venne da loro interrogato e che anzi sembrò che dopo un periodo di smarrimento, rientrasse gradatamente in sé meravigliandosi di aver pronunziato le frasi incriminate. Risulta inoltre che il D'Amato, tornato di recente dalle Americhe, non si è mai interessato di politica, e si afferma attendibilmente che ciò può dirsi tanto in*

[67] Ordinanza del 11 giugno 1928 emessa dal giudice istruttore Antonio Scerni nel procedimento a carico di Rosa Enrico. Reg. Gen. n. 394/1928. Ivi, p. 1212.

relazione alla sua permanenza all'estero quanto alla permanenza in Italia. Questo doppio ordine di considerazioni e rilievi determina un serio motivo a ritenere che la sua escandescenza non sia stata accompagnata dalla coscienza dell'atto che compiva; e pertanto deve essere prosciolto per insufficienza di prove in ordine al dolo"[68].

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento all'attività posta in essere dalla Commissione istruttoria, che si dimostrò più rigida e più uniforme alle conclusioni del pubblico ministero con riferimento ai casi di maggiore gravità, i cui principali imputati furono sempre rinviati a giudizio dinanzi al Tribunale speciale, mentre per i fatti meno gravi non mancarono proscioglimenti (circa la metà dei giudicati dal 1927 al 1930) e di rinvio a giudizio alla magistratura ordinaria (circa un quarto nel 1927 e in percentuale bassissima negli anni successivi), giustificati da esigenze di opportunità politica e di ricerca del consenso[69] o dal fatto che la carcerazione preventiva per i reati minori era durata troppo tempo rispetto alla pena da infliggere[70].

[68] Ordinanza del 5 aprile 1930 emessa dal giudice istruttore Antonio Scerni nel procedimento a carico di D'Amato Giovanni. Reg. Gen. n. 67/1930. STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO – UFFICIO STORICO, *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1930*, Roma, 1984, p. 1208.

[69] Non era opportuno, ad esempio, che fossero tradotti dinanzi al Tribunale speciale tutti i casi di apologia di attentato, rendendo pubblico il fatto che un numero molto alto di cittadini si era pubblicamente augurato la prematura scomparsa del dittatore. Molto meglio distribuirli nelle varie preture ordinarie che avrebbero impartito le opportune lezioni ai malcapitati, senza che il fenomeno assumesse proporzioni troppo appariscenti sul piano nazionale. Ivi, p. 11.

[70] In ogni caso il proscioglimento rappresentava sempre una libertà condizionata, in quanto era accompagnato dall'esplicita raccomandazione agli organi di polizia di vigilare e di vedere se non fosse il caso di provvedere altrimenti, attraverso ammonizioni, diffide o confino.

La linea distintiva rispetto all'attività posta in essere dal giudice istruttore si ebbe pertanto con riferimento ai delitti politici come gli attentati a Mussolini che solo per il 1927 riguardarono ben 150 sentenze, molte delle quali per fatti avvenuti prima delle leggi eccezionali come il processo a carico di Violet Gibson, prosciolta perché ritenuta non punibile ed internata in un manicomio per totale infermità mentale per paranoia cronica accertata a seguito di numerosi interrogatori, escussioni testimoniali e perizia psichiatrica[71]; di Gino Lucetti e dei familiari di Anteo Zamboni, rinviati a giudizio davanti al Tribunale speciale[72]. A partire dal 1928 i comunisti, quali organizzatori della lotta clandestina contro la dittatura del paese, divennero i principali protagonisti delle pronunce della commissione istruttoria cui si aggiunsero, negli anni successivi, gruppi di anarchici, di socialisti, di repubblicani e soprattutto nuclei sempre più consistenti di appartenenti alle minoranze etniche slave della Venezia Giulia e dell'Istria[73]: tra queste, la sentenza istruttoria del 3 ottobre 1928 (che prelude alla prima condanna a morte del Tribunale speciale) a carico del comunista Michele Della Maggiora, accusato di strage ed attentato alla sicurezza dello Stato per avere reagito alle persecuzioni cui era sottoposto da anni uccidendo due dei suoi aguzzini, che, in quanto

[71] Sentenza n. 41 del 6 maggio 1927 emessa dalla Commissione istruttoria (presieduta da Achille Muscarà e composta da Giacomo Buccafurri, relatore, Claudio Pessani e Giuseppe De Rosis, giudici), a carico di Gibson Violetta Albina, detenuta dal 7 aprile 1926 e ricoverata nella casa di salute del Prof. Mendicini in Roma. Reg. Gen. n. 12. *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1927*, pp. 80-97.

[72] DAL PONT – CAROLINI, *L'Italia dissidente e antifascista*, vol. I, pp. 12-13.

[73] Le ragioni delle ostilità contro i cittadini italiani di lingua slovena e croata vanno colte nelle mire espansionistiche del regime verso l'Adriatico orientale: perciò consideravano gli italiani di lingua slava alla stregua di nemici da combattere con ogni mezzo. Cfr. OLIVA, G., *Foibe. Le stragi negate degli italiani della Venezia Giulia e dell'Istria*, Milano, 2002; PUPO, R. – SPAZZALI, R., *Foibe*, Milano, 2003; PUPO, R., *Il lungo esodo. Istria: le persecuzioni, le foibe, l'esilio*, Milano, 2005; Monzali, L., *Italiani di Dalmazia. 1914-1924*, Firenze, 2007.

fascisti, "erano esponenti e guarentigia dello Stato stesso"; le quattro sentenze del 23 gennaio 1929 a carico di 19 membri dell'organizzazione comunista lombarda, accusati di aver partecipato all'attentato contro il re avvenuto alla Fiera campionaria di Milano nell'aprile dell'anno precedente, i cui metodi di inquisizione utilizzati negli interrogatori furono particolarmente severi, al punto che Romolo Tranquilli avrebbe contratto una gravissima malattia a seguito della quale sarebbe morto nel carcere di Perugia qualche anno dopo, ed Antimo Boccalari sarebbe impazzito ed internato in un manicomio giudiziario[74]; la sentenza del 16 agosto 1930 a carico di 87 italiani di lingua slovena e croata accusati di ben 99 delitti – attentati dinamitardi, omicidi, incendi dolosi, associazione e propaganda sovversiva – tutti "miranti a provocare il distacco della regione Giulia dall'Italia", che comportò la trasferta del Tribunale speciale a Trieste con la condanna a morte di quattro imputati[75].

L'attività degli organi istruttori fin qui esaminata ricevette un sensibile scossone a partire dal 1931, data che avrebbe dovuto determinare lo scioglimento del Tribunale speciale, ma che, al contrario, celebrò il suo rinnovo per altri 5 anni. In particolare, dopo l'emanazione del nuovo codice penale, nel quale venivano trasfusi i reati previsti dalla legge Rocco per la difesa dello Stato, il 5 marzo del 1931 il Gran consiglio del fascismo deliberava che a far data dal primo luglio di quello stesso anno i reati politici contenuti nel nuovo Codice penale passassero alla competenza del Tribunale speciale per

[74] Tra gli altri imputati, Ettore Vacchieri, dopo un lungo periodo di detenzione, sarebbe espatriato clandestinante perdendo la vita nella lotta in difesa della Repubblica spagnola e il latitante Secondino Tranquilli, fratello di Romolo, avrebbe assunto negli anni a venire lo pseudonimo di Ignazio Silone. Il Tribunale non riuscì in alcun modo a provare la partecipazione dei comunisti all'attentato e fu costretto a far cadere questa imputazione, lasciando in piedi l'accusa di ricostituzione del partitot comunista e propaganda, il cui processo si sarebbe celebrato soltanto nel 1931. DAL PONT – CAROLINI, *L'Italia dissidente e antifascista*, vol. I, p. 34.
[75] Ivi, p. 391.

la difesa dello Stato (gli furono attribuiti 18 su 19 articoli del codice penale che comminavano la pena di morte), la cui durata veniva prolungata con legge n. 674 del 4 giugno 1931 fino al 31 dicembre 1936. Le ragioni che determinarono la sopravvivenza di tale organo di giustizia si ricollegavano – secondo la relazione del guardasigilli De Francisci del 7 maggio 1931 – "all'opportunità di stabilire un periodo di transizione e di prova per ciò che concerne la competenza e il procedimento rispetto ai più gravi delitti contro lo Stato"[76]. A tale esigenza si aggiungeva quella di "colpire nel modo più energico e più rapido" alcuni focolai di infezione criminale in alcune zone di frontiera, create ed alimentate da oltre confine: risultava quindi "sommamente utile" che fosse conservato il Tribunale speciale, il quale "all'esemplarità dei giudizi congiunge(va) la celerità dei procedimenti"[77].

Agli occhi del regime, l'organo di giustizia eccezionale offriva garanzie di difesa dello Stato contro gli attentati più gravi che le corti d'assise – riformate con Regio Decreto n. 249 del 23 marzo 1931 – non offrivano. Tanto vero che Guido Cristini arrivò a proporre a Mussolini che fosse sottratta alle corti di assise la competenza per i più gravi reati sia politici che comuni ed affidata al Tribunale speciale, quale suprema corte di giustizia, che avrebbe offerto una più completa unicità nel criterio di indagine e nella concezione repressiva[78]. La proposta di Cristini contemplava anche l'estensione al Tribunale

[76] *Atti del parlamento italiano*, Camera, Legislatura XXVIII, Sessione 1929-1934, *Disegni di legge e relazioni*, vol. XII, n. 950. Relazione ministeriale al disegno di legge prorogante la durata del Tribunale speciale. Pubblicata in AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, p. 433-434.

[77] *Ibidem*: "Ciò appare tanto più necessario in quanto la pace in quelle regioni interessa nel più alto grado, non solo la tranquillità della Nazione, ma la stessa pace europea".

[78] Secondo Cristini, le corti di assise non avevano dato buona prova e manifestavano numerosi e gravi sintomi di insufficienza funzionale, soprattutto in conseguenza del sistema dello scabinato e della disparità territoriale dei giudizi.

speciale dell'articolo 576 del codice penale che puniva l'omicidio aggravato (unico tra quelli che prevedevano la pena di morte escluso dalla sua competenza) con il trasferimento dei minori reati politici alla magistratura ordinaria, in considerazione della stabilità raggiunta dal regime[79].

La proposta del presidente Cristini – anche se caduta nel vuoto – evidenziava il mutamento della situazione politica del Paese, nel quale il crescente consenso verso il fascismo aveva fatto venir meno l'esigenza di affidare anche i delitti bagatellari al Tribunale speciale, la cui fisionomia assumeva sempre più i connotati di una magistratura superiore[80]. In assenza di una legge specifica, si consolidò la prassi giudiziaria di limitare sensibilmente l'esercizio dell'azione penale per i reati politici di minore gravità (con sensibile riduzione dei procedimenti affidati ai giudici istruttori) e di deferire, in maniera sempre più frequente, gli atti di accusa direttamente al Tribunale speciale senza passare dall'istruttoria della commissione, al fine di rispondere alle esigenze di maggiore celerità e di certezza punitiva (basti pensare che nel biennio 1936-37 le sentenze istruttorie sarebbero state solo 14 contro 76 sentenze in aula).

---

[79] Archivio Centrale dello Stato, *Segreteria particolare del Duce, Carteggio riservato, 1922-1943*, fasc. W/R: Cristini Guido, sottofasc. 4, relazione di Cristini a Mussolini, 8 giugno 1934. *Insufficienza delle Corti di Assise.* Cfr. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, p. 102.

[80] La sua stabilizzazione comportò che si definisse con decreto n. 461 del 29 marzo 1932 il suo organico completo (73 persone, che sarebbero divenute 95 nel 1940) e si inserisse nel bilancio dello Stato una voce per le sue spese: nel 1932 lo stanziamento fu di 200.000 lire, portate nel 1936 a 667.000 e nel 1940 a 850.000. RD. n. 461 del 29 marzo 1932. *Norme circa la formazione dell'organico del Tribunale Speciale per la difesa dello Stato, la destinazione ei giudici e dei funzionai ed il loro trattamento economico*. Fino al 1932 il problema finanziario non era mai stato affrontato tanto che solo alla fine del 1929, su pressione di Cristini, Mussolini aveva deciso che l'onorario del presidente del Tribunale speciale (2.500 lire al mese) fosse prelevato sui fondi a disposizione della polizia. *Enciclopedia dell'antifascismo e della resistenza*, p. 141.

Rimasero affidati ai giudici istruttori i reati di offese al capo del governo e vilipendio alle istituzioni di non particolare rilevanza politica, che avrebbero potuto facilmente transitare verso la magistratura ordinaria «per ragioni di convenienza»[81] – secondo quanto disposto dall'art. 5 Regio Decreto n. 313/1927 – o verso il proscioglimento. I rinvii alle preture riguardarono quei procedimenti per i quali le imputazioni principali si riferivano a reati comuni (abbinati a reati politici) per cui sarebbe stato inutile mantenere la competenza in seno al Tribunale speciale il cui ruolo era già fin troppo oberato. I proscioglimenti, invece, furono motivati da insufficienza di prove o da mancanza di dolo per tutte quelle ipotesi di delitti posti in essere da soggetti di modeste condizioni sociali e culturali, sganciati da qualsivoglia legame ai partiti politici, spesso denunciati da privati per rancori di natura personale. Si veda l'esempio del procedimento a carico del contadino di Trento Angelo Rizzi, accusato di vilipendio per aver profferito frasi ingiuriose contro la nazione italiana, prosciolto dal giudice istruttore Pietro Quinto Guerri per mancanza di prova della precisa volontà di commettere il reato e per assenza di dolo in considerazione dei buoni precedenti politici dell'imputato, della sua ignoranza e delle sue disagiate condizioni economiche derivate dal fallimento della sua azienda[82]. O ancora il caso del falegname milanese Enrico Bermagaschi, imputato di aver vilipeso il

[81] RD. n. 313 del 13 marzo 1927 recante *Ulteriori norme di attuazione della legge 25 novembre 1926 n. 2008, sui provvedimenti per la difesa dello Stato.* Art. 5: "Ferme rimanendo le disposizioni dell'art. 8 del R. Decreto 12.12.1926 n. 2062, nel caso di connessione fra reati di competenza del Tribunale speciale ed altri di competenza di autorità diverse, il Tribunale speciale e, durante l'istruttoria, il Giudice Istruttore o la Commissione Istruttoria possono, per ragioni di convenienza, rimettere al giudice competente secondo le norme ordinarie anche i procedimenti devoluti alla competenza del Tribunale speciale".

[82] Sentenza del 15 gennaio 1932 emessa dal giudice istruttore (Pietro Quinto Guerri) a carico di Rizzi Angelo. Reg. Gen. n. 811/1931. STATO MAGGIORE DELL'ESERCITO – UFFICIO STORICO, *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1932*, Roma, 2000, p. 494.

governo del Re pronunciando ad altra voce le parole «Vigliacco di un Governo, abbasso il Governo», prosciolto il 5 marzo 1932 dal giudice istruttore Giuseppe Montalto sulla base dell'assunto secondo cui "l'imputato avrebbe pronunziato tale parola in un momento di esasperazione, causata dalle sofferenze del lungo digiuno e dalle notti passate in mezzo alla strada. Appare quindi evidente che egli, in tale situazione, non avrebbe avuto quella cosciente volontà che costituisce l'intenzione criminosa e che è elemento indispensabile per la sussistenza del delitto"[83]. A questi proscioglimenti si aggiunsero le sentenze di non doversi procedere per l'applicazione dell'amnistia concessa dal governo nel 1932 in occasione del primo decennale dell'avvento del fascismo per tutti i reati per i quali la legge comminava una pena detentiva non superiore a cinque anni oppure una pena pecuniaria[84], fatta eccezione per coloro i quali fossero incorsi nei reati di ricostituzione di associazioni sovversive con ampia discrezionalità nell'applicazione del beneficio[85].

[83] Sentenza del 5 marzo 1932 emessa dal giudice istruttore (Giuseppe Montalto) a carico di Bergamaschi Enrico, detenuto dal 19 gennaio 1932. Reg. Gen. n. 101/1932. Ivi, p. 506.

[84] Il RD. N. 1403 del 5 novembre 1932 prevedeva anche la concessione dell'indulto per le pene detentive non superiori a tre anni e di riduzione ad anni cinque per le pene detentive inflitte in misura superiore a dieci anni. La posa in opera dell'amnistia e dell'indulto ebbe l'effetto di interrompere la celebrazione dei processi dinanzi al Tribunale speciale a partire dal giugno 1932.

[85] I margini di discrezionalità concessi ai giudici e ai commissari istruttori derivavano dalla difficoltà di stabilire il confine tra il ruolo di promotori o di semplici gregari di un'organizzazione clandestina. Spesso il giudizio fu espresso su parere della polizia che si basava sul comportamento tenuto in carcere dall'imputato. Ciò spiega perché molti processi del 1933 si svolsero dopo più di un anno dalla sentenza istruttoria. DAL PONT – CAROLINI, *L'Italia dissidente e antifascista*, vol. I, p. 559.

La commissione, invece, continuò a trattare i fascicoli processuali che richiedevano un approfondimento istruttorio, la maggior parte dei quali inerenti l'attività sovversiva, i cui colpevoli furono quasi sempre rinviati al Tribunale speciale. Basti considerare che dopo gli effetti del provvedimento di clemenza con il quale il governo aveva sperato di indurre i suoi oppositori ad abbandonare la lotta, si assistette ad una graduale ricostituzione di organizzazioni clandestine in varie parti del paese capeggiate da reduci dal carcere e dal confino, sempre più caratterizzate da infiltrazioni nelle aggregazioni fasciste (sindacati, dopolavoro, associazioni giovanili e nello stesso PNF): la pericolosità di tali condotte si trova spesso stigmatizzata nelle sentenze istruttorie, in cui è possibile rinvenire dettagli in ordine al materiale clandestino sequestrato frequentemente introdotto in Italia grazie alle valigie a doppiofondo[86].

Ulteriore proroga della durata di tale organo di giustizia definito ancora "eccezionale" si ebbe nel 1936, quando fu stabilito il prolungamento dell'attività giudiziaria fino al 31 dicembre 1941, con la previsione che il rinvio alla magistratura ordinaria «ove ne ravvisi la convenienza" fosse disposto, su richiesta del Pubblico ministero, direttamente dal tribunale speciale con sentenza in camera di consiglio e non più dai giudici o dai commissari istruttori[87]: si trattò di recepire un uso ormai consolidato che tendeva a ridurre sempre più il filtro dell'istruttoria anche per i reati politici connessi con le guerre di Etiopia e di Spagna oppure per i reati per frode annonaria o valutaria che, soprattutto a partire dal 1939, ingolfarono sempre di più il ruolo del tribunale, il cui giudizio voleva estendersi soprattutto ai reati più gravi, tanto vero che nel maggio 1942, avocò a se la competenza per

[86] Ivi, pp. 433 e 561. A partire dal 1932, la Commissione abbandonò il criterio seguito fino all'anno precedente di suddividere in vari gruppi gli imputati per uno stesso fatto con il risultato di avere un minor numero di sentenze.

[87] RD. n. 2136 del 15 dicembre 1936. *Proroga del termine stabilito per il funzionamento del Tribunale Speciale per la Difesa dello Stato.*

tutti i delitti contro la personalità dello Stato anche se commessi da militari.

4. Le sentenze del Tribunale speciale

Con i suoi 5.619 processati, 15 mila assegnati al confino, 150 mila vigilati e ammoniti, 42 condannati a morte (di cui 31 effettivamente giustiziati), il tribunale speciale rappresentò "un efficiente dispositivo schierato a guardia del regime" il che significava che "il fascismo per cancellare i suoi oppositori, non riteneva di poter contare sulla magistratura ordinaria, sulle corti d'assise e sul normale funzionamento del sistema processuale"[88]. Il sistema d'eccezione costituiva, infatti, un'efficace strumento attraverso il quale attuare il totalitarismo del regime annientando i nemici del fascismo attraverso processi privi di garanzie difensive, le cui sentenze e il loro apparato argomentativo costituiscono la testimonianza più viva di tale politica giudiziaria.

L'esposizione delle ragioni in fatto e in diritto delle motivazioni delle sentenze offrono, infatti, un dettagliato resoconto dell'attività istruttoria – svolta prima dal giudice unico o dai commissari e poi dal collegio nel dibattimento alla presenza dei difensori degli imputati – le cui risultanze vengono giuridicamente argomentate ai fini della sostenibilità della configurazione del reato contestato. Si veda l'esempio del c.d. "Processone" a carico dei dirigenti del partito comunista, tra i quali figurano i nomi di Antonio Gramsci e Umberto Terracini, accusati in via principale di aver concertato e stabilito di commettere fatti diretti a far sorgere in armi gli abitanti del Regno contro i poteri dello Stato per instaurare violentemente la Repubblica italiana dei Soviet a mezzo del c.d. esercito rivoluzionario, composto da operai e contadini aderenti al partito, segretamente organizzato con

[88] SBRICCOLI, M., "Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo", in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, p. 1019.

disponibilità di armi, munizioni e denaro proveniente dall'estero. La lunga sentenza di condanna emessa il 4 giugno 1928 ripercorreva tutte le fasi della vicenda iniziata grazie alle indagini svolte dalla Questura di Bologna ed in particolare a seguito dell'arresto di Gidoni e Stefanini, due corrieri del partito comunista, e del sequestro del materiale contenuto nelle loro valigie:

> "*Dalla corrispondenza contenuta nella borsa sequestrata al Gidoni si rilevava che essa proveniva dalla Centrale Comunista con sede a Roma e che era destinata ai Segretariati Interregionali comunisti della zona assegnata al corriere Gidoni, e cioè Torino, Milano, Venezia, Bologna. Tale corrispondenza doveva essere consegnata in un primo tempo al Segretariato di Milano il quale aveva l'incarico di smistarla e provvedere poi al recapito ai singoli segretari a mezzo dello stesso Gidoni il quale, all'atto della consegna, ritirava la corrispondenza dei Segretariati suddetti per consegnarla a sua volta, nei luoghi e nei giorni stabiliti, all'altro corriere di Roma*"[89].

Dalla corrispondenza sequestrata risultavano indicazioni convenzionali con firme ed indirizzi di persone indicate col cognome ed anche con pseudonimi: in questo modo si ricavava il coinvolgimento dei dirigenti del partito, la cui identificazione veniva accertata attraverso perquisizioni e sequestri effettuati nelle loro abitazioni. L'istruttoria dibattimentale consentiva l'acquisizione dei rapporti della P.S. e l'escussione dei testimoni Luciani, Chiarovallotti, Bellone, Nuvoloni, De Santis e Pastore (le cui dichiarazioni vengono

[89] Sentenza n. 54 del 4 giugno 1928 emessa dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato (presieduto da Alessandro Saporiti e composto da Giacomo Buccafurri, relatore, Antonio Tringali Casanova, Lussorio Cau, Giuseppe Rambaldi, Giovanni Sgarzi e Alberto Ventura, giudici), a carico di Alfani Luigi ed altri, detenuti. Reg. Gen. n. 9/1927. *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1928*, vol. 1, pp. 311 ss.

richiamate nel loro contenuto e riportate per stralci), da cui risultava che

> "*il Partito Comunista italiano era una sezione dell'Internazionale Comunista di Mosca […] si era costituito in una vasta e perfetta organizzazione con ferrea disciplina e con la massima segretezza, in modo da sfuggire al controllo dell'Autorità di P.S., riuscendo ad insinuarsi dappertutto per conoscere i segreti politici e militari dello Stato e per prevenire i provvedimenti delle autorità. Che la finalità ultima del Partito Comunista è la instaurazione del governo dei contadini e degli operai, a cui si vuole pervenire mediante la insurrezione armata contro i Poteri dello Stato ed il mutamento violento della Costituzione e della forma di Governo. Per il raggiungimento di tale scopo il Partito Comunistia esplicava la sua multiforme attività attraverso un complesso congegno di organi collegati in stretta gerarchia e subordinazione*"[90].

Grazie ai rapporti di polizia, ai documenti sequestrati ed alle concordi deposizioni dei testimoni, il Tribunale individuava nei dettagli nomi e ruoli dei membri di questa organizzazione coordinata da un comitato centrale e un comitato direttivo ed articolata in numerose sezioni: per tutti gli imputati vengono descritte in sentenza le condotte loro attribuite e le prove a loro carico, con indicazione dei loro precedenti politici e giudiziari, gli stralci delle dichiarazioni rese dai testimoni e dei documenti acquisiti agli atti attraverso i quali i giudici argomentarono la dimostrazione della loro responsabilità in ordine alle accuse. Seguiva l'analisi in diritto dei fatti addebitati, circoscritta ad un laconico richiamo ai requisiti richiesti dalla norma per la configurazione del delitto, senza nessuna disquisizione dottrinale o giurisprudenziale sulla materia. Ad esempio in ordine alla

[90] Ivi, p. 321.

configurabilità del delitto di cospirazione di cui all'art. 134 n. 2 c.p.[91], la sentenza si limita ad affermare che la norma richiede "necessariamente una pluralità di soggetti attivi, e comincia ad esistere dal momento in cui la risoluzione di agire è stata formata senza che ci sia bisogno di alcun atto di esecuzione, essendo esso reato di mero pericolo"[92]. Nel caso di specie il Tribunale riteneva non esservi dubbio della sussistenza di tale delitto considerato che si trattava di

> "[…] *un'organizzazione perfetta che agisce con la massima segretezza e circospezione e svolge la sua multiforme attività in modo coordinato che rivela il pieno accordo fra capi e gregari dando ciascuno un contributo personale all'attività generale per il raggiungimento delle comuni finalità. Quanto ai mezzi concertati e stabiliti, questi sono manifesti attraverso la multiforme attività che si esplica mediante una vasta e diffusa propaganda a mezzo della stampa incitante alla rivolta, all'odio di classe ed alla disobbedienza delle leggi, facendo sperare ai contadini la conquista delle terre, ed agli operai la conquista delle fabbriche. Inoltre mediante la costituzione di uffici militari, la formazione di squadre di azione e la raccolta di armi, munizioni ed esplosivi*"[93].

Analoghe considerazione venivano svolte con riferimento agli altri reati contestati per i quali lo sforzo motivazionale del Tribunale risulta concentrato sul fatto più che sul diritto: basti l'esempio dell'imputazione d'incitamento alla guerra civile di cui all'art. 252

[91] L'art. 134 n. 2 del codice penale Zanardelli puniva con la pena della detenzione da 4 a 12 anni la condotta di coloro i quali concertavano e stabilivano di commettere con determinati mezzi il delitto di eversione dell'ordine costituzionale di cui all'art. 118 e da 2 a 7 anni il delitto di insurrezione in armi di cui all'art. 120.
[92] Sentenza n. 54 del 4 giugno 1928, cit., p. 352.
[93] Ivi, p. 353.

c.p. con riferimento alla quale il collegio si limita ad osservare che "dal materiale di propaganda sequestrato e dai documenti ufficiali dello stesso Partito Comunista appare in modo evidente che la guerra civile era ritenuta, dal detto partito, il mezzo più immediato ed idoneo per abbattere la borghesia ed il Regime Fascista"[94].

Il richiamato esempio giudiziario che comportò severe condanne agli imputati[95] con soli quattro prosciolti per assenza di prove[96], dimostra la totale assenza di argomentazioni tese a contrastare gli assunti difensivi, dei quali non vi è assoluta traccia in motivazione. Tale struttura motivazionale sarà mantenuta negli anni seguenti. Si veda l'esempio della sentenza emessa a carico del muratore Riccardo Donati, imputato di appartenenza al Partito Comunista già disciolto e di omicidio volontario contro il marmista Silvagni Bruno[97]. Le

[94] Ivi, p. 357.

[95] Umberto Terracini fu condanno alla pena di anni 22, mesi 9 e giorni 5 di reclusione e lire 11.200 di multa; Antonio Gramsci, Giovanni Roveda e Mauro Scoccimarro furono condannati rispettivamente alla pena complessiva di anni 20, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 6.200 di multa; Igino Borin e Domenico Marchioro ciascuno alla complessiva pena di anni 17, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 6.200 di multa; Flecchia Vittorio, Battista Tettamanti, Orfeo Zamboni, Enrico Ferrari, Bonaventura Gidoni, Giovanni Stefanini e Giovanni Nicola, ciascuno alla pena complessiva di anni 15, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 6.200 di multa; Aladino Bibolotti alla pena di anni 18, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 11.200 di multa; Ezio Riboldi alla pena di anni 17, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 6.200 di multa; Rosolino Ferragni ad anni 16, mesi 4 e giorni 5 di reclusione e lire 11.200 di multa; Anita Maria Pusterla ad anni 9, mesi 8 e giorni 20 di reclusione e lire 4.000 di multa; Virgilio Fabbrucci ad anni 5, mesi 10 e giorni 15 di reclusione e lire 100 di multa, oltre pene accessorie e spese processuali.

[96] Furono assolti per non essersi provata la reità Luigi Alfani, Ernesto Caputto, Ilio Scali e Andrea Michellotti.

[97] Sentenza n. 16 del 8 aprile 1930 emessa dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato (presieduto da Guido Cristini e composto da Piero Lanari, relatore, Lussorio Cau, Alberto Ventura, Giuseppe Rambaldi, Alberto Piroli, Giuseppe Conticelli, giudici), a carico di Riccardo Donati e Maria Selvatici.

argomentazioni offerte in sentenza a sostegno della condanna all'ergastolo dell'imputato si fondavano sulle numerose contraddizioni in cui sarebbe incorso il Donati nel corso degli interrogatori, nei quali aveva tentato di sostenere che egli era stato vittima di una continuata persecuzione da parte del Silvagni e di avergli sparato "per difendersi da una supposta avversaria sopraffazione violenta a mano armata"[98]. Invero gli atti del processo – "pienamente confermati all'udienza" – avevano consentito di dimostrare che

> "*Il Donati Riccardo fosse un giovanissimo neutralista, un fattivo, un pericoloso, violento sovversivo schedato che, mal dovendo contenere il suo sentimento di pubblica ribellione al Regime fascista, agiva partecipando a movimenti antinazionali comunisti organizzati alla macchia. Che fu un pericoloso, temuto ardito del popolo nelle turbolenti giornate comuniste. Nel 1926 spavaldamente aveva fattto sapere «che voleva sorpassare il Bastoni», l'uccisore dei fascisti Ghinassi e Volterra. Nel 1929, parlando col Segretario del fascio Benedetti, si era espresso con le frasi minacciose «mio fratello è comunista ma non è capace di fare simili cose (di avere clandestinamente messo i manifestini sulle tombe dei fascisti caduti per la causa del Regime) e se gli avessero fatto del male (processandolo) ne avrebbe fatta una delle sue non importandogli né di essere ammazzato né di fare 30 anni di galera»*"[99].

Tali testimonianze miravano ad offrire un quadro dettagliato in ordine alla sua pericolosità desunta da condotte sovversive. Nel 1927, infatti, era stato proposto per il confino perché, notoriamente, continuava a svolgere opera antinazionale quale esponente del partito

---

Reg. Gen. n. 285/1929. *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1930*, pp. 25-33.

[98] Ivi, p. 27.

[99] *Ibidem.*

comunista (gli fu invece applicata, "per un senso di generosa clemenza", l'ammonizione di P.S., cessata pochi mesi prima del delitto). Nel 1929, nell'ambito di manifestazioni clandestine sovversive rilevate in Faenza, il Donati era stato assiduo frequentatore di "pericolosi compagni di fede anche del di fuori, ad esempio l'Alpi di Milano". Il Tribunale rilevava inoltre che la notte precedente a quella dell'omicidio, vicino alla porta del laboratorio del Silvagni, era stato impresso con stecca l'emblema comunista "falce e martello", presumibilmente riconducibile all'imputato, il quale da anni si era fatto tatuare sul braccio l'emblema comunista e teneva esposta in casa l'effige di uno dei capi della rivoluzione russa con due ritagli di giornali sovversivi. Contrariamente "alla architettata narrativa defensionale" attraverso la quale voleva far credere che i suoi vari tentativi per avvicinare l'ucciso e per parlargli prima del delitto non avevano nessuno scopo criminoso, le stesse sue dichiarazioni e le "concordi, chiare, precise, prove testimoniali nonché documentali" avevano consentito di dimostrare "da quale malvagità l'omicida fu spinto ad agire"[100]. Dall'istruttoria svolta era risultato, infatti, che a seguito dell'ennesima aggressione in danno del Silvagni con offese e minacce da parte del Donati, quest'ultimo era andato a casa ad armarsi per tornare alla bottega della vittima e sparargli più colpi a breve distanza, cercando con particolari movimenti del braccio di colpire organi essenzialmente vitali. La perizia medico-legale aveva confermato il decesso era stato assolutamente dovuto a ferita da arma da fuoco con proiettili di grosso calibro di rivoltella, escludendo così che vi fossero intervenute concause. L'esame obiettivo dell'intera vicenda consentiva al Tribunale di ritenere che l'imputato nel suo *iter criminis* avesse "freddamente e pacatamente attuato il suo divisamento criminoso", esulando ogni motivo di ingiusta provocazione subita[101].

[100] Ivi, p. 28.

[101] Ivi, p. 29: "Non esistendovi affatto quella emozione, a tal uopo necessaria a produrre modificazioni organiche eccitate e reattive ovvero depresse ed involutive determinanti un perturbamento fisio-psichico: e che avrebbe dovuto rappresentare qualche cosa di subitaneo e di straordinario derivante o

Il giudizio finale era quindi di colpevolezza per omicidio volontario qualificato dalla premeditazione, caratterizzato da tutte quelle circostanze che avevano preceduto, accompagnato, susseguito l'assassinio del Silvagni ossia "dal calcolo, dal proposito, dalla riflessione" che nei vari momenti e nelle varie azioni tennero da tempo fortemente occupata la mente dell'imputato.

> "*Il Donati volle vendicarsi ed agì per uccidere un nemico, un avversatio politico per il quale da lungo tempo nutriva rancore. Egli ha voluto esercitare una azione malvagiamente violenta contro il Silvagni, l'interventista della grande guerra, il combattente valoroso, lo squadrista della prima ora che visse e palpitò per le organizzazione e le manifestazioni patriottiche*"[102].

La durezza delle espressioni utilizzate in sentenza evidenzia il significato politico che si voleva trasmettere agli oppositori del regime, le cui condotte "sanguinarie, prepotenti e malvagie" denotavano – come nel caso del Donati – la loro particolare ferocia del "temperamento ribelle a fondo essenzialmente criminale"[103].

L'ergastolo comminato al muratore di Faenza – sottratto alla magistratura ordinaria, la cui sentenza di probabile pari gravità sarebbe stata priva di argomentazioni politiche – aveva quindi, come tanti altri casi, il chiaro ed evidente obiettivo propagandistico di

---

dalla offesa di un qualsiasi sentimento o dal controstimolo ad una passione che provoca l'impeto d'ira".

[102] Per tutti questi motivi il Tribunale condannò il Donati alla pena dell'ergastolo per i reati di omicidio, appartenenza al partito comunista disciolto e porto d'armi, con l'aumento di 3 anni del periodo della segregazione cellulare continua, rimanendo assorbite nella pena massima anche tutte le altre. Con la interdizione perpetua dai pubblici uffici; con le spese di giudizio e della tassa di sentenza. Ivi, p. 30.

[103] *Ibidem.*

screditare gli oppositori del regime dinanzi all'opinione pubblica. La svolta totalitaria degli anni Trenta concise, infatti, con una ossessiva ricerca del consenso da parte del regime che assunse una dimensione paternalistica e demagogica nei confronti degli italiani, piuttosto che immediatamente repressiva. Scrive De Felice: "Sul terreno della vera e propria coercizione materiale essa non comportò nulla di paragonabile con il ricorso al terrore di massa caratteristico dei regimi nazista e stalinista"[104]. Infatti, le sentenze emesse dal Tribunale speciale – dopo i picchi degli anni 1928 (636 condanne) e 1931 (519 condanne) – si ridussero sensibilmente nel numero e furono accompagnate da molti provvedimenti di clemenza adottati nel 1932 in occasione del decennale della marcia su Roma (in occasione del quale furono liberati 741 confinati); nel 1936 in occasione della nascita del principe Vittorio Emanuele (448 liberati), per il Natale (416 liberati) e per il riavvicinamento italo-jugoslavo (44 slavi liberati); nel 1938 in occasione del Natale (504 liberati) e nell'ottobre 1942 in occasione del secondo decennale (972 liberati)[105].

Dopo la fase del consolidamento del regime, l'attività del Tribunale speciale fu, quindi, rivolta alla educazione delle masse (con punizioni esemplari) piuttosto che alla loro repressione: ciò corrispondeva al mutato clima politico degli anni Trenta, quando l'antifascismo organizzato, democratico o comunista non costituiva un vero pericolo, nonostante una certa ripresa connessa alla guerra civile spagnola poteva procurare al regime ancora qualche difficoltà di routine, ma non poteva certo preoccupare veramente e tanto meno porsi concretamente come un'effettiva alternativa ad esso[106]. Anche

[104] DE FELICE, R., *Mussolini il duce. Lo Stato totalitario (1936-1940)*, Torino, 1981, p. 45.
[105] Ivi, p. 47.
[106] Ivi, p. 4: "In molti e vasti settori della società indubbiamente serpeggiava un notevole malumore, determinato, in primo luogo, dalla situazione economica e in particolare dal crescente aumento del costo reale della vita e, in secondo luogo, dalle preoccupazioni suscitate dalla politica – soprattutto estera – del fascismo. Questo malessere e queste preoccupazioni però non

molti di coloro che, in seno alle varie classi sociali, erano recisamente ostili a singoli aspetti della politica fascista, non per questo – osserva Aquarone – "erano necessariamente altrettanto avversi alla dittatura mussoliniana, come soluzione del problema del governo e del potere in Italia"[107].

Ciò significa che il Tribunale speciale se nei primi anni di attività aveva avuto un preciso scopo politico diretto all'annientamento delle organizzazioni clandestine ed alla prevenzione degli attentati al duce, a partire dagli anni Trenta assunse un ruolo diverso, non più quale organo attivo di repressione (sempre esercitata dall'OVRA), ma quale garante della stabilità del regime che grazie alla sua natura eccezionale sarebbe intervenuto per colpire adeguatamente qualunque focolaio di rivolta. Questo spiega il perché a partire dal 1936, l'anno dell'apogeo della dittatura fascista e del massimo consenso seguito alla vittoria della guerra etiopica, l'azione del Tribunale speciale fu più mirata e rivolta a punire con particolare severità gli instancabili militanti antifascisti che persistevano nella loro attività, tra cui molti degli scarcerati dai provvedimenti di clemenza. Significative furono le sentenze emesse contro i "giellisti" di Carrara, Torino e Milano; contro le agitazioni sindacali degli operai di Taranto, Savona e Poggibonsi; contro le minoranze allogene della

---

trovavano e, salvo rarissime eccezioni non cercavano né forme di aggregazione né canali di espressione: nella grande maggioranza dei vasi rimanevano ad uno stadio prepolitico; persino nell'ambiente operaio, il meno conquistato, specie tra gli anziani, dal fascismo, gli inviti comunisti ad un impegno della milizia e di lotta clandestina trovavano scarsissima risposta. In definitiva, se l'antifascismo attivo e i comunisti in particolare ottenevano qualche risultato positivo era soprattutto in acuni ambienti giovanili, studenteschi e intellettuali. Pur significativi che fossero, non erano però certo questi scacchi a mettere in forse la stabilità del regime".

[107] AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, p. 310.

Venezia Giulia e del Friuli e contro le manifestazioni di opposizione all'intervento fascista in Spagna[108].

Lo scoppio del secondo conflitto mondiale e l'alleanza dell'Italia con la Germania segnò l'inizio della fine del fascismo, il cui sfaldamento risulta ampiamente testimoniato dalle sentenze del Tribunale speciale che registrarono una esplicita opposizione alla guerra con condanne in tutte le parti d'Italia per reati di propaganda antinazionale fra i militari, istigazione a "non credere, non obbedire, non combattere", di offese al duce, di sabotaggio e di vilipendio del fascismo e delle forze armate, di penetrazione comunista nelle organizzazioni fasciste, di vivo malcontento fra gli operai nelle fabbriche[109]. Bastino gli esempi della sentenza del 24 gennaio 1941 con la quale furono inflitte 5 condanne per disfattismo, associazione sovversiva e offese al duce per aver tenuto discorsi sovversivi contro il fascismo e contro la guerra in locali pubblici di Albano e Castelgandolfo:

> "*È risultato invece in modo certo che in detto caffè Cardosello, nell'osteria Faleni e nel ristorante Boni di Castel Gandolfo, alcuni dei prevenuti e precisamente il Linari, il Mancini e il Papetti ripetutamente, facevano, senza che, peraltro, vi fosse tra loro una specifica intesa, discorsi contro la guerra e la nostra situazione a base di commenti e*

[108] L'agitazione antifascista fu rinvigorita dagli avvenimenti di Spagna, specialmente dopo la battaglia di Guadalajara del marzo 1936, terminata con la vittoria del Battaglione Garibaldi e la sconfitta delle truppe fasciste si Mussolini. In molte sentenze del Tribunale speciale del 1938 si parla di opera di disfattismo fra i soldati e di azione disgregatrice svolta con successo dai comunisti all'interno delle organizzazioni fasciste. DAL PONT, A. – LEONETTI, A. – MAIELLO P. – ZOCCHI L., *Aula IV: tutti i processi del Tribunale Speciale fascista*, Roma, 1961, p. 317.

[109] Tra i processati, alcuni militari accusati di aver cantato "bandiera rossa", altri soldati di aver intonato "prendi il fucile e gettalo per terra: vegliam la pace, abbasso la guerra". Ivi, p. 368.

false notizie atti a deprimere lo spirito pubblico e cioè che la guerra avrebbe portato un disastro commerciale anzi che tale disastro era già in atto; che i comunicati tacevano le nostre sconfitte; che la guerra avrebbe avuto una lunga durata; che se non ci fosse stato il fascismo la guerra non si sarebbe fatta; che si lamentavano le paghe degli operai, l'aggravio delle tasse per opere di guerra che la rovina della Nazione era il Fascismo ecc.; che l'Italia essendo un paese povero avrebbe certamente perduto la guerra, che l'Italia non avrebbe potuto far fronte all'Inghilterra, che i bombardieri tedeschi non recavano alcun danno perché l'Inghilterra ha stabilimenti di materiale bellico nel Canada e che a lungo andare l'Italia si sarebbe dovuta arrendere e la responsabilità era dei governi d'Italia e Germania, ecc.; che non si poteva più andare a vanti col Fascismo; che il Duce aveva impoverito la Nazioni"[110].

La motivazione della sentenza richiamata rappresenta un segno evidente di un malcontento nazionale alla vigilia dell'entrata in guerra dell'Italia che in molti casi riguardò direttamente il personale militare, come si legge nella sentenza di condanna del 4 febbraio 1941 a carico di un impiegato dell'Istituto superiore di guerra colpevole di disfattismo per aver scritto a degli amici che l'Italia era militarmente disorganizzata e che già erano iniziate le sconfitte[111]. Oltre alla

[110] Sentenza n. 14 del 24 gennaio 1941 emessa dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato (presieduto da Giuseppe Conticelli e composto da Giovanni Presti, relatore, Ferdinando Ciani, Aldo Palmentola, Mario Vedani, Gaspero Barbero, Renato Pasqualucci, giudici), a carico di Moronesi Ubaldo ed altri. Reg. Gen. n. 353/1940. *Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Decisioni emesse nel 1941*, Roma 1997, pp. 404-408. Furono inflitte condanne per 8 anni di reclusione a Vittorio Linari, 7 anni a Fausto Foschi, Marcello Mancini e Oreste Vanni e 5 anni ad Ezio Papetti.

[111] Sentenza n. 21 del 4 febbraio 1941 emessa dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato (presieduto Gaetano Le Metre e composto da Gioacchino

trattazione di tali reati, l'attività del Tribunale speciale si intensificò a partire dal 1940 per un'estensione dei delitti di sua competenza: la legge 28 luglio 1939 n. 1097 gli affidò la trattazione dei reati in materia di scambi, valute e commercio fraudolento dell'oro in danno dell'economia nazionale, mentre la legge 16 giugno 1940 n. 582 gli attribuì anche i delitti comuni (omicidi, rapine, violenze carnali, estorsioni e sequestro di persone) commessi in dipendenza dello stato di guerra.

Con l'intensificarsi dei bombardamenti e l'esodo di intere popolazioni, il malcontento degli italiani si fece sempre più acuto anche a causa delle restrizioni sui consumi, delle imposizioni belliche, dell'impudenza degli accaparratori, profittatori e speculatori contro i quali, nel giugno 1942, fu estesa la competenza del Tribunale speciale al nuovo genere di crimini annonari, con la previsione della pena di morte per i delitti più gravi di frode e di accaparramento delle derrate. La misura risultò però inefficace perché il fenomeno di corruzione era dilagante e i maggiori responsabili avevano dirette complicità nelle alte sfere del regime.

La caduta del regime segnò la fine del Tribunale speciale soppresso con Decreto Legge n. 668 del 29 luglio 1943, n. 668, con il trasferimento della competenza di tutti i reati politici e comuni ai tribunali militari che avrebbero dovuto procedere con rito di guerra. Il Tribunale speciale venne ricostituito nella Repubblica Sociale con decreto legislativo di Mussolini, 3 dicembre 1943 n. 794, i giudici appartenevano alla guardia nazionale repubblicana, la sede centrale era a Mantova e fu nominato presidente Mario Griffini. Nell'aprile del 1945, con la fine della Repubblica sociale, il Tribunale speciale scomparve come le altre istituzioni del fascismo.

Milazzo, relatore, Giovanni Gangemi, Renato Pasqualucci, Michele Calia, Aldo Palmentola, Mario Vedani) a carico di Angelo Rossi, condannato a 3 anni e 4 mesi di reclusione. Ivi, p. 409.

SPECIAL POWERS ACT (1922): EL USO DE JURISDICCIONES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN BRITÁNICA[1]

Leandro Martínez Peñas
Universidad Rey Juan Carlos

Erika Prado Rubio
IRG-CBM

1.- La *Special Powers Act*

"El relato de la violencia entre católicos y protestantes en Irlanda del Norte es también el relato de la respuesta legal a la violencia por el Reino Unido"[2] y, en este sentido, ninguna, norma fue tan importante para el desarrollo de los acontecimientos como la

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia. La mayor parte del trabajo de investigación se realizó durante una estancia de los autores, financiada por dicho proyecto, en el St. Mary´s University College, de la Queens University, en Belfast; los autores manifiestan su agradecimiento tanto al personal de dicha institución como a los responsables de su alojamiento durante esta estancia, Stephen y Jane Cordner (www.selfcateringaccommodationbelfast.com), que con su amabilidad y excelente trabajo hicieron más fácil el nuestro.

[2] MORGAN, A., "Northern Ireland Terrorism. The legal response", en DINGLEY, J., (coord.), *Combating Terrorism in Northern Ireland*. Oxon, 2009, p. 157.

Special Powers Act, una legislación de emergencia que creaba una jurisdicción especial y dotaba de amplios poderes a las autoridades civiles con la intención de restablecer el orden en la convulsa situación de Irlanda del Norte.

Al comienzo de los años veinte, la situación de seguridad en Irlanda había degenerado en una guerra abierta entre las tropas británicas y el IRA (*Irish Republicanic Army*), que pretendía expulsar al gobierno de Su Majestad de la isla y proclamar la independencia de Irlanda. La estrategia de insurgencia y terrorismo aplicada por el IRA, consciente de que no poseía capacidad suficiente para plantar cara en plano de igualdad a uno de los ejércitos más poderosos de su tiempo, puso contra las cuerdas al Reino Unido, que terminó por verse obligado a reconocer la independencia irlandesa, pero haciendo una salvedad en absoluto nimia: los seis condados situados al Norte de la isla, parte del Ulster, de mayoría protestante, permanecieron bajo gobierno del Reino Unido[3].

Esta partición de la isla fue aceptada, por razones prácticas, por el recién nacido gobierno irlandés, liderado por Eamon De Valera –único de los quince cabecillas del alzamiento de Pascua de 1916 que no fue ejecutado por su implicación en la sublevación-, pero no así por buena parte de la sociedad irlandesa y por el propio IRA, lo que dio lugar a la guerra civil irlandesa y a una prolongación de la violencia, tanto en el Sur independiente –"la República"-, como en el Norte, perteneciente a Reino Unido –"La Provincia"-.

[3] Sobre la violencia en estos años, puede consultarse HOLT, E., *Protest in arms. The Irish Troubles 1916-1923*. Londres, 1960. El Ulster es una de las cuatro provincias irlandesas, junto con Munster, Leinster y Connacht, y está formado por nueve condados: Down, Tyrone, Derry, Armagh, Fermanagh, Antrim, Cavan, Monaghan y Donegal. Al partirse la isla de Irlanda, Gran Bretaña retuvo los seis primeros, de mayoría protestante, mientras que los tres últimos se incorporaron a la República de Irlanda. Por ello, el uso del término "Ulster" para hacer referencia a Irlanda del Norte es inexacto.

Esta violencia provocó que el gobierno británico aprobara la *Special Powers Act*, concebida como una "medida de excepción en un tiempo de emergencia"[4], en un intento de dotarse de un instrumento legal que le permitiera luchar con eficacia contra el IRA en un escenario de guerra asimétrica, radicalmente diferente a lo experimentado en los años previos durante la Gran Guerra.

El nombre completo de la norma, aprobada el 7 de abril de 1922 y que entró en vigor el 22 de mayo[5], era *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* y, como dice su prefacio, su objetivo es convertirse en "*an Act to empower certain authorities of the Government of Northern Ireland to take steps for preserving the peace and maintaining order in Northern Ireland, and for purposes connected therewith*"[6].

Los poderes que daba el acta a las autoridades eran de una magnitud enorme, en tanto en cuanto abarcaban todo lo que tuviera que ver con el mantenimiento de la paz y el orden públicos:

> "*The civil authority shall have power, in respect of persons, matters and things within the jurisdiction of the Government of Northern Ireland, to take all such steps and issue all such orders as may be necessary for preserving the peace and maintaining order, according to and in the*

[4] MCGAUGHEY, J. G. V., "The language of sacrifice: masculinities in Northern Ireland and the consequences of the Great War", en *Patterns of prejudice*, nº 46, p. 313.

[5] MCGAUGHEY, "The language of sacrifice", p. 313.

[6] Prefacio de la Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland). Puede traducirse como "una ley para autorizar a las autoridades de Irlanda del Norte para dar las competencias necesarias para preservar la paz y mantener el orden en Irlanda del Norte, así como para los propósitos relacionados con ello". En adelante, nos referiremos a esta ley como *Special Powers Act*, como es conocida habitualmente.

> *execution of this Act and the regulations contained in the Schedule thereto, or such regulations as may be made in accordance with the provisions of this Act*"[7].

Quién era esa autoridad civil, sobre la que recaían tan amplios propósitos, quedaba fijado en el punto posterior: El ministro del Interior del gobierno de Irlanda del Norte, que, cabe recordar, es un gobierno regional dentro de la estructura territorial del Reino Unido. Sin embargo, lo que pone de manifiesto el verdadero alcance del texto legislativo es el hecho de que los poderes que la ley concede al ministro del Interior de Irlanda del Norte, analizados en párrafos posteriores, eran delegables por este en cualquier funcionario del gobierno de Irlanda del Norte, lo que, en la práctica, significaba que cualquier miembro del *Royal Ulster Constabulary* (RUC), el cuerpo de policía de Irlanda del Norte[8], pudiera ejercer, llegado el caso, las prerrogativas que la ley otorgaba al ministro[9].

Dentro de los delitos comprendidos en la ley, el legislador realizaba un malabarismo legal para ampliar al máximo el ámbito de aplicación: cualquier acción o conspiración para actuar contra la paz y el orden público en Irlanda del Norte que no estuviera tipificada dentro de los supuestos contenidos en la *Special Powers Act*, podía ser sancionado bajo como un delito de violación de la *Special Powers*

[7] *Special Powers Act*, artículo 1.1.

[8] Sobre el RUC, la obra de referencia es RYDER, Ch., *The RUC 1922-2000. A force under fire*. Londres, 2000.

[9] "*For the purposes of this Act the civil authority shall be the Minister of Home Affairs for Northern Ireland, but that Minister may delegate, either unconditionally or subject to such conditions as he thinks fit, all or any of his powers under this Act to any officer of police, and any such officer of police shall, to the extent of such delegation, be the civil authority as respects any part of Northern Ireland specified in such delegation*" (*Special Powers Act*, artículo 1.2).

Act[10], castigado de forma muy dura a través de las penas impuestas por una ley anterior, la *Criminal Evidence Act*, de 1898[11], donde la pena mínima era de dos años de prisión.

La *Special Powers Act* construía una verdadera jurisdicción especial para Irlanda del Norte, algo que establecía expresamente en el artículo 3.1: "A person alleged to be guilty of an offence against the regulations may be tried by a court of summary jurisdiction constituted in accordance with this section, and not otherwise". El artículo 3.1 quedaba completado al establecer el punto dos que los delitos incluidos en el ámbito de jurisdicción de la norma serían perseguidos tan solo por el fiscal para Irlanda del Norte, sustrayéndolos, también de forma expresa, de la competencia del fiscal general del Reino Unido[12], y aplicándoseles los procedimientos sumarios contenidos en la *Summary Jurisdiction (Ireland) Act*[13].

La ley creaba un nuevo sistema de tribunales civiles especiales para sustituir a los tribunales militares que, hasta entonces, en el contexto de la guerra de independencia de Irlanda –o guerra de los *tan and black*[14]-, habían ejercido la justicia en el Norte de la isla[15]. Los

[10] "*If any person does any act of such a nature as to be calculated to be prejudicial to the preservation of the peace or maintenance of order in Northern Ireland and not specifically provided for in the regulations, he shall be deemed to be guilty of an offence against the regulations*" (*Special Powers Act*, artículo 2.4). Además, la ley autorizaba a castigar con hasta dos años de prisión, que se acumulaban la pensa ordinaria por el delito en sí, a cualquier infracción contra el contenido de la Special Powers Act (*Special Powers Act*, artículo 4).

[11] *Special Powers Act*, artículo 2.7.

[12] "*An offence against the regulations shall not be prosecuted except by such officer or person as may be authorised in that behalf by the Attorney General for Northern Ireland, and in accordance with such directions as may be given by the said Attorney General*" (Artículo 3.2 de la *Special Powers Act*).

[13] *Special Powers Act*, artículo 3.3.

[14] El nombre hace referencia al color de los uniformes de determinadas unidades británicas que participaron en el conflicto, que, durante un breve

nuevos tribunales debían estar constituidos por dos o más magistrados, una garantía habitual en los tribunales británicos, pero que la propia ley truncaba a favor de la sumariedad al permitir que uno solo de los mismos pudiera juzgar cada caso[16].

La *Special Powers Act* ambién efectuaba recortes en las garantías procesales, al establecer, por ejemplo, que fuera válida la lectura del testimonio escrito de los testigos de un delito[17], en el caso de que fuera dificultosa su presencia en un tribunal. Esta disposición impedía el contrainterrogatorio por parte de la defensa. De hecho, este recorte de garantías comenzaba en el mismo momento en que se iniciaba la investigación sobre un asesinato, al establecerse que el ministro de Interior de Irlanda del Norte –y, por tanto, cualquier oficial en que este delegara- podía prohibir a los *coroners*, funcionarios encargados de realizar las indagaciones forenses, realizar una investigación sobre un caso concreto, e incluso podía prohibirse la conservación del cuerpo para investigaciones posteriores[18].

La justificación de esta medida era impedir dilaciones en la investigación y el proceso, a veces requeridas para la práctica de pruebas forenses, y limitar el número de testigos en un juicio, haciendo innecesaria o inútil la declaración de los *coroners*, abreviando y agilizando el ejercicio de la justicia. No obstante, este precepto se prestaba a todo tipo de abusos, en especial a la hora de enmascarar ejecuciones extrajudiciales, muertes de dudosa legalidad en incidentes con las fuerzas del orden o incluso dificultar la investigación de crímenes perpetrados por elementos próximos a las fuerzas de seguridad.

---

periodo de tiempo, usaron el negro y el caqui y, pese a lo breve de su uso, la denominación persistió tanto para las tropas como para el conflicto.

[15] DONOHUE, L., "Regulation Northern Ireland: The Special Powers Acts (1922-1972)", en *The Historical Journal*, vol. 41, 1998, p. 1090.

[16] *Special Powers Act*, artículo 3.4.

[17] *Special Powers Act*, artículo 9.

[18] *Special Powers Act*, artículo 10.

La especialidad de la jurisdicción creada por la *Special Powers Act* llegaba también al ámbito del cumplimiento de la sentencia, ya que fijaba, para una serie de delitos, la posibilidad de cumplimiento en aislamiento. Estos delitos eran:

- Las violaciones de la ley sobre sustancias explosivas de 1883.

- Las violaciones sobre la sección 18 de la ley de armas de fuego de 1920.

- Cualquier violación de la ley anterior que implicara tenencia, uso u ocultación de armas de fuego.

- Cualquier infracción que implicara el transporte, tenencia o almacenaje de armas, munición o explosivos que fueran considerados de uso militar.

- Las violaciones de la sección 30 del *Larceny Act* de 1916, consagrada a los robos con violencia o amenaza.

- Cualquier delito que las leyes británicas pudieran considerar como cometidos con la intención dolosa de causar daño[19].

[19] "*The crimes and offences to which this section applies are as follows:*
(1) Any crime under the Explosive Substances Act, 1883, as extended by section eighteen of the Firearms Act, 1920.
(2) Any offence against the Firearms Act, 1920, in relation to the having, keeping- or using of firearms.
(3) Any offence against the regulations in relation to the carrying, having or keeping of firearms, military arms, ammunition or explosive substances.
(4) Any offence against section thirty of the Larceny Act, 1916, (which relates to demanding with menaces, with intent to steal).
(5) Arson, whether by common law or by statute, and any offence punishable on indictment under the Malicious Damage Act, 1861. Provided that this section shall not be deemed to apply to any crime or offence

En el caso de asesinatos en los que se hubieran utilizado explosivos, la modificación de la sentencia era aún mayor: bajo las disposiciones de la ley, la cadena perpetua era sustituida por la pena de muerte[20]. Otros tipos de castigos físicos eran legales a tenor de la *Special Powers Act*. A modo de ejemplo, puede mencionarse que durante el primer año de aplicación de la norma, cuarenta y dos detenidos fueron sentenciados a penas de azotes[21].

2.- La sección específica sobre Irlanda del Norte

Las disposiciones específicas para Irlanda del Norte concedían una amplísima gama de poderes a las autoridades civiles, como la posibilidad de imponer el toque de queda:

> "*The civil authority may by order require every person within any area specified in the order to remain within doors between such hours as may be specified in the order, and in such ca se, if any person within that area is or remains out between such hours without a permit in writing from the civil authority or some person duly authorised by him, he shall be guilty of an offence against these regulations*"[22].

---

committed before the passing of this Act" (Artículo 5 de la *Special Powers Act*).

[20] *Special Powers Act*, Artículo 6.

[21] MCGAUGHEY, "The language of sacrifice", p. 314. Estas condenas solo se aplicaban a prisioneros varones.

[22] *Special Powers Act, Regulations for Peace And Order in Northern Ireland*, artículo 1. En adelante, aparecerá citada como *Special Powers Act (NI)*.

Incumplir el toque de queda, cuando las autoridades no hubieran dado un permiso escrito específico para ello, podía ser castigado con una pena de dos años de prisión. Como es lógico, del cumplimiento del toque de quedan quedaban exceptuados los miembros del Royal Ulster Constabulary y de cualquier otra fuerza policial.

Además de la prohibición de circular en determinadas zonas en los horarios nocturnos, las autoridades civiles podían efectuar otra serie de restricciones a comportamiento generalmente consentidos por la ley. Así, podía suspender el derecho de reunión, afectando incluso a ferias y marcados; podían prohibir la celebración de desfiles y procesiones en lugres púbicos, el uso y posesión de uniformes militares, policiales o que, simplemente, supusieran algún tipo de vinculación con las fuerzas del orden –algo habitual, por ejemplo, entre los veteranos de la Gran Guerra o de las guerras coloniales británicas-; el llevar armas en público, prohibición que podía hacerse extensiva a cualquier objeto susceptible de ser utilizado como tal, lo cual incluía la práctica totalidad de los útiles empleados en las labores agrícolas y ganaderas, étc. Las autoridades también podían limitar el uso de vehículos a motor, hasta el punto de que, si se creía oportuno, podía autorizarse su disponibilidad tan solo a los miembros de las fuerzas de seguridad; y no solo su uso, sino también su mera tenencia o posesión[23].

[23] "*The civil authority may make orders prohibiting or restricting in any area:*

- The holding of or taking part in meetings, assemblies (in eluding fairs and markets), or processions in public places;

- The use or wearing or possession of uniforms or badges of a naval, military or police character, or of uniforms or badges indicating membership of any association or body specified in the order;

- The carrying in public places of weapons of offence or articles capable of being used as such

- The carrying, having or keeping of firearms, military arms, ammunition or explosive substances; and

Estos poderes eran de corte principalmente civil, pero la norma daba a las autoridades, a cualquier agente de policía y a cualquier soldado británico también amplios poderes en el campo policial:

> *"- If he suspects that any firearms, military arms, motor or other cycles or motor cars, ammunition or explosive substances are, or are kept, in or upon any house, building, land, vehicle, vessel, or other premises in contravention of an order under this regulation, or otherwise unlawfully, may enter, if need be by force, the house, building, land, vehicle, vessel, or premises, at any time of the day or night and examine, search and inspect the same or any part thereof, and may seize any firearms, military arms, motor or other cycles or motor cars, ammunition or explosive substances found therein or thereon which he suspects to be, or to be kept, therein or thereon in contravention of the order, or otherwise unlawfully; and*
>
> *- If he suspects that any person is carrying any firearms, military arms, ammunition, or explosive substances in contravention of any such order, may stop that person and search him and*
>
> *- May seize any firearms, military arms, ammunition, explosive substances or other articles carried by any person in contravention of any such order, or otherwise unlawfully, or any motor or other cycle or motor car used by or in the possession or custody of any person in contravention of any such order*"[24].

- The having, keeping, or using of a motor or other cycle, or motor car by any person, other than a member of a police force, without a permit from the civil authority, or from the chief officer of the police in the district in which the person resides" (*Special Powers Act (NI)*, artículo 3.1).

[24] *Special Powers Act (NI)*, artículo 3.4.

Toda persona tenía la obligación de colaborar con las acciones de las fuerzas de seguridad, quedando tipificado como infracción el mero abstenerse de hacerlo –lo que podía llevar a la correspondiente sanción de dos años de prisión-. Las autoridades tenían el derecho a acceder a cualquier tierra o edificio, incluso contra la prohibición expresa de los propietarios de las mismas. La redacción de la ley no exigía que existiera un motivo específico o una causa relacionada con la seguridad, sino que, sencillamente, autorizaba a que se llevara a efecto la medida[25]. Esta posibilidad se veía completada con la autorización legal a confiscar y utilizar todo tipo de bienes muebles e inmuebles:

> *"It shall be lawful for the civil authority and any person duly authorised by him, where for the purposes of this Act it is necessary so to do:*
>
> *- To take possession of any land and to construct works, including roads, thereon, and to remove any trees, hedges, and fences therefrom;*
>
> *- To take possession of any buildings or other property, including works for the supply of gas, electricity or water, and of any sources of water supply;*
>
> *- To take such steps as may be necessary for placing any buildings or structures in a state of defence;*
>
> *- To cause any buildings or structures to be destroyed, or any property to be moved from one place to another, or to be destroyed;*

[25] *Special Powers Act (NI)*, artículo 6.

> *- To take possession of any arms, ammunition, explosive substances, equipment, or stores intended or liable to be used for purposes prejudicial to the preservation of the peace or the maintenance of order ; to take possession of any horses, vehicles or mechanically propelled vehicles, or other means of transport, or require them to be placed at the disposal of any Government Department or person specified by the Civil Authority in that behalf, either absolutely or by the way of hire, and either for immediate or future use.*
>
> *- To do any other act involving interference with private rights of property which is necessary for the purposes of this Act*"[26].

El artículo 10 prohibía a cualquier persona indagar y reunir información sobre los planes, operaciones, composición o maniobras de los cuerpos y fuerzas de seguridad, sin el permiso expreso y escrito de las autoridades. Este apartado, concebido con la idea de impedir la transmisión de información sobre el RUC y el ejército a los voluntarios del IRA, algo habitual entre la población local en las comunidades católicas de los seis condados, afectaba también, restringiendo notablemente, a la libertad de prensa, ya que no había excepción alguna a la prohibición, salvo que mediara el permiso de las autoridades. De la importancia que se daba en la legislación al flujo de la información, da idea el hecho de que el artículo 11 del texto legal prohibía el uso de cualquier dispositivo de transmisión de información por hilo –teléfono y telégrafo- o de cualquier sistema de señales, salvo, nuevamente, que existiera un permiso de las autoridades para su uso[27]. La mera posesión de un sistema criptográfico o de un mensaje

[26] *Special Powers Act (NI)*, artículo 8.

[27] "*No person without lawful authority shall injure, or tamper or interfere with, any wire or other apparatus for transmitting telegraphic or telephonic messages, or any apparatus or contrivance intended for or capable of being used for a signalling apparatus, either visual or otherwise, or prevent or*

cifrado o codificado mediante un sistema destinado a impedir su lectura por personas ajenas a su destinario se convertía en un delito bajo el artículo 12 de la *Special Powers Act (NI)*.

3.- El Internamiento

Sin duda, la medida contemplada en el *Special Powers Act (NI)* de mayor impacto a lo largo del conflicto norirlandés fue la posibilidad de internar a personas sin juicio ni garantías procesales, algo que contemplaba el artículo 23 de la norma que, por su interés, y pese a su extensión, se reproduce, a continuación, íntegramente:

> *"Any person authorised for the purpose by the civil authority, or any police constable, or member of any of His Majesty's forces on duty when the occasion for the arrest arises, may arrest without warrant any person whose behaviour is of such a nature as to give reasonable grounds for suspecting that he has acted or is acting or is about to act in a manner prejudicial to the preservation of the peace or maintenance of order, or upon whom may be found any article, book, letter, or other document, the possession of which gives ground for such a suspicion, or who is suspected of having committed an offence against these regulations, or of being in possession of any article or document which is being used or intended to be used for any purpose or in any way prejudicial to the preservation of the peace or maintenance of order, and anything found on any person so arrested which there is reason to suspect is being so used or*

---

obstruct or in any manner whatsoever interfere with the sending, conveyance or delivery of any communication by means of telegraph, telephone, or otherwise, or be in possession of any apparatus intended for or capable of being used for sending messages, or tapping messages sent, by wireless telegraphy or otherwise, and if any person contravenes the provisions of this regulation he shall be guilty of an offence against these regulations".

intended to be used may be seized, and the civil authority may order anything so seized to be destroyed or otherwise disposed of.

Any person so arrested may, on the order of the civil authority, be detained in any of His Majesty's prisons as a person committed to prison on remand, until he has been discharged by direction of the Attorney General or is brought before a court of summary jurisdiction. Any person to be brought before a court under this regulation shall receive at least twenty-four hours' notice in writing of the nature of the charge preferred against him.

On a person being taken into custody under this regulation he may apply to the civil authority for release on bail, and, if the civil authority so directs in writing, any resident magistrate may discharge the person so in custody upon his entering into a recognizance, with, or without, sureties, for a reasonable amount to appear at a time and place to be named in the recognizance.

If any person assists or connives at the escape of any person who may be in custody under this regulation, or knowingly harbours or assists any person who has so escaped, he shall be guilty of an offence against these regulations".

Los supuestos que permitían el uso de la medida eran tan amplios que suponía que podía usarse prácticamente contra cualquiera y en cualquier momento, si bien las autoridades británicas –y también las de la República de Irlanda, cuya legislación contemplaba una medida similar- usaron el *Internment* específicamente con la intención de combatir al IRA, lo cual hizo que, en Irlanda del Norte, se aplicara,

cuando se hizo, abrumadoramente sobre la población católica[28]. A esta amplitud se añadía el hecho de que la *Special Powers Act* autorizaba a las autoridades norirlandesas a implementar cualquier medida que consideraran legal para el mantenimiento del orden, lo que sirvió también para dar amparo legal al *Internment*[29].

El Internamiento fue usado por vez primera, al amparo de la norma de 1922, entre mayo de ese año y diciembre de 1924, produciéndose la detención de más de setecientos irlandeses católicos que las autoridades consideraron vinculados al republicanismo. Al cabo del tiempo, la mayoría de los detenidos hubo de ser puesto en libertad, ante la imposibilidad de demostrar ante un juez, ni siquiera bajo los preceptos de la legislación de emergencia, que hubieran cometido algún delito; sin embargo, lo cierto es que la violencia declinó durante ese periodo de tiempo, pasando de más de ochenta muertes en los meses previos al establecimiento de la ley a once muertos en los meses siguientes, aunque no es fácil evaluar hasta que punto fue debido a la aplicación de la norma y no a otras circunstancias[30].

Sin embargo, el momento en que la política de internamiento tuvo un mayor impacto sobre las circunstancias norirlandesas fue durante *The Troubles*, el periodo de violencia política que se extendió desde 1968 hasta la firma de los Acuerdos de Viernes Santo, en 1998. Los incidentes de agosto de 1969, incluyendo la llamada "batalla del Bogside"[31], y la aplicación del toque de queda –medida que autorizaba

[28] "Imparciality iS a stance that is perhaps unattainable in Northern Ireland" (FAY, M. T.; MORRISEY, M.; y SMYTH, M., *Northern Ireland´s troubles. The human cost*. Londres, 1999, p. 4).

[29] DONOHUE, "Regulation Northern Ireland", p. 1090.

[30] DONOHUE, "Regulation Northern Ireland", p. 1092.

[31] El Bogside era, junto a Creegan, el mayor barrio católico en Derry, la segunda ciudad en importancia de Irlanda del Norte. Sobre la violencia y el movimiento de derechos civiles en esa ciudad, ver O´DOCHARTAIGH, N.,

la *Special Powers Act*- durante el *Belfast curfew*, en 1970, dispararon el número de voluntarios que se enrolaron en las filas del IRA Provisional[32].

El elevado número de operativos supuso un aumento de la violencia en 1971, en cuyos seis primeros meses se produjeron trescientas cuatro explosiones y treinta y dos asesinatos. En agosto de ese año, el gobierno norirlandés, en contra de las recomendaciones del ejército británico, impuso el *Internment*, con la esperanza de detener a activistas y simpatizantes del IRA y provocar una disminución de la violencia. El secretario de interior del gobierno de Irlanda del Norte, Reginald Maudling, decretó el estado de guerra abierta entre el IRA y las fuerzas británicas y el 9 de agosto de 1971, cientos de soldados entraron en áreas católicas y arrestaron a decenas de personas para internarlos. La acción fue prematura, sin suficiente apoyo de inteligencia, y no dañó la estructura del IRA[33], que se anotó un triunfo en términos políticos, ya que el Internamiento radicalizó a la población católica en los dos lados de la frontera, puesto que, pese a que en esas fechas, la violencia lealista seguía aumentando, solo se aplicó el Internamiento a los republicanos, y no solo a los vinculados con el IRA, sino también a otros colectivos sin conexión con la

From civil rights to Armalites. Derry and the birth of the Irish Troubles. Corck, 1997.

[32] Sobre las otras ramas armadas del movimiento republicano puede verse HANLEY, B., y MILLAR, S., *The lost revolution. The story of the Official IRA and the Worker´s Party*. Dublín, 2009; y HOLLAND, J. y MCDONALD, H., *INLA: deadly divisions*, Dublín 1994.

[33] El IRA llevaba preparándose para una operación de ese estilo desde comienzos de 1971, para lo cual había creado una serie de unidades especiales, a las que llamó *Unknown* –"desconocidos"-, integradas por elementos sin pasado republicano ni antecedentes policiales, a los que se prohibió participar en acciones terroristas. Con ello, el IRA pretendía crear una red de operativos no detectados con la que reconstituirse en el caso de que el Internamiento desarticulara una parte significativa de su estructura (BISHOP, P., y MALLIE, E., *The Provisional IRA*. Londres, 1987, pp. 144-145).

violencia, como el caso de las organizaciones de estudiantes que luchaban por los derechos civiles. El primer ministro irlandés, Jack Lynch, hasta entonces de acuerdo en introducir medidas simultáneas con los norirlandeses para combatir el terrorismo, abandonó la idea tras la implantación del *Internment*, sobre el que el gobierno de Irlanda no había sido informado ni consultado[34].

Como habían predicho las autoridades militares, el Internamiento tuvo un efecto contrario al deseado, ya que aumentó el apoyo al IRA entre la población católica y radicalizó a parte de los que hasta entonces habían sido nacionalistas moderados. Todo ello se tradujo en un aumento exponencial de la violencia: en las setenta y dos horas posteriores a la aplicación de la legislación de internamiento, veintidós personas perdieron la vida, incluyendo ocho civiles católicos abatidos por el Ejército en diversos tiroteos ocurridos en el área de Ballymurphy, en la parte católica de Belfast[35]. En los cinco meses posteriores a la entrada en vigor de la medida, perdieron la vida 152 personas[36], y a lo largo del año siguiente, 1972, más de 450 serían asesinadas en lo que, a la postre, sería el año más sangriento del conflicto[37].

[34] MOLONEY, E., *A secret history of the IRA*. Londres, 2007, p. 101.

[35] Por otra parte, solo en el barrio católico de Ardoyne, en los días siguientes al 9 de agosto, un único regimiento británico, el Green Howard Regiment, perdió seis hombres en atentados y tiroteos con miembros del IRA (BISHOP y MALLIE, *The Provisional IRA*, p. 149.

[36] FAY, MORRISEY, y SMYTH, *Northern Ireland´s troubles*, p. 12.

[37] La obra de referencia sobre la violencia en Irlanda del Norte a lo largo de ese año es PARKINSON, A. F., *1972 and the Ulster Troubles. A very bad year*. Portland, 2010.

4.- Conclusiones

A la hora de entender el contexto en que apareció la *Special Powers Act* y los poderes que esta concedía a las autoridades, hay que recordar que fue la norma que transfirió el control administrativo de Irlanda del Norte del Ejército británico a las autoridades civiles norirlandesas[38], lo cual explica en parte la enorme amplitud de las competencias que otorga a estas, en aras del mantenimiento del orden público y la seguridad, quizá algo más comprensibles si entendemos que la forma previa de administración era estrictamente militar, amparada por la *Restoration of Order in Ireland Act*. De hecho, la *Special Power Act* no daba al gobierno norirlandés poder sobre las fuerzas militares, pero sí dotaba a la policía de un estatuto y de poderes muy similares al de un ejército en labores de seguridad[39], como bien demuestra el siguiente dato: Treinta y cinco de los artículos de la *Special Powers Act* estaban sacados directamente de la *Restoration of Order in Ireland Act*[40].

La aplicación de las medidas contempladas en la *Special Power Act* en los años 70, en un mundo que, medio siglo después de la concepción del texto legal, había cambiado de forma evidente, demostró ser un error estratégico de primera magnitud y contribuyó a reforzar el apoyo al IRA, en vez de debilitar a la organización. Dos ejemplos claro de ello fueron la política de internamiento y la

[38] MCGAUGHEY, "The language of sacrifice", p. 313.

[39] CAMPBELL, C., y CONNOLLY, I., "A Model for the `War Against Terrorism'? Military Intervention in Northern Ireland and the 1970 Falls Curfew", en *Journal of Law and Society*, vol. 30, nº 3, 2003, p. 352.

[40] DONOHUE, "Regulatin Northern Ireland", p. 1090. El acta de 1920, que regulaba el status de Irlanda del Norte dentro del Reino Unido, transfería al gobierno norirlandés las cuestiones de seguridad, tales como reclutar policía, el control de las prisiones, étc., y dotaba a las fuerzas de seguridad norirlandesas de un rol con una doble naturaleza, civil y militar (CUNNINGHAM, M. J., *British Goverment policy in Northern Ireland. 1969-89. Its nature and execution*. Nueva York, 1991, p. 6).

implantación del toque de queda en la zona de Falls Road, en Belfast, en 1970, que dio lugar al sangriento *Belfast curfew*, y que tuvo como consecuencia la ruptura definitiva entre la comunidad católica norirlandesa y el ejército británico, al que, en 1969, habían recibido como si de sus protectores se tratara[41].

La prolongación en el tiempo de una legislación de emergencia trató de ser contenida con las llamadas *sunset clauses* o claúsulas del atardecer, que obligaban a que la vigencia de la legislación fuera renovándose periódicamente, pero esto no impidió que, en todo o en parte, la *Special Powers Act* estuviera en vigor durante más de cincuenta años, cuando había sido concebida como una legislación temporal para afrontar una emergencia concreta, siguiendo en vigor muchos años después de que los disturbios que la generaron hubieran cesado[42], pese al uso de este tipo de cláusulas, que han seguido utilizándose en la legislación antiterrorista británica y en la de otras naciones occidentales[43].

[41] La aplicación del toque de queda como medida para restablecer el orden frente a enemigos insurgentes o terroristas había sido utilizada anteriormente en escenarios como Adén o Chipre (CAMPBELL y CONNOLLY, "A Model for the `War Against Terrorism'?", pp. 352-53). Respecto al recibimiento dispensado por la población católica a los soldados, la imagen de mujeres de Falls Road llevando té a los soldados es uno de los iconos visuales del conflicto (O´DOHERTY, M., *The Trouble with guns. Republican Strategy and the Provisional IRA*. Belfast, 1998, p. 63).

[42] DONOHUE, "Regulation Northern Ireland", p. 1090. Por ejemplo, entre 1926 y 1936 el IRA no realizó ninguna campaña armada contra las autoridades, pero la *Special Powers Act* siguió en vigor; lo mismo ocurrió desde el final de la II Guerra Mundial hasta 1956, fecha en la que comienza la Campaña de la Frontera (HANLEY, B., *The IRA 1926-1936*. Portland, 2002, p. 28).

[43] Respecto a la legislación antiterrorista en otros países puede verses FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "Respuesta legislativa de las democracias occidentales al terrorismo: los casos británico, italiano y alemán (1970-1990)", en MASFERRER, A., *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación*

En los años sesenta del siglo XX, la supresión de la *Special Powers Act* se convirtió en una de las principales demandas del movimiento por los derechos civiles en Irlanda del Norte, abanderado por el NICRA (*Northern Ireland Civil Rights Association*). Este movimiento exigía la supresión de los *B-Specials* –un cuerpo policial de carácter paramilitar al que se acusaba de perpetrar atrocidades contra la población católica[44]-, la reforma del sistema electoral de tal forma que se cumpliera la máxima de "un hombre, un voto", la reforma de la política de asignación de viviendas públicas –controlada íntegramente por la comunidad protestante- y la supresión, como se ha mencionado, de la *Special Powers Act*.

multidisciplinar histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica. Madrid, 2011; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., "La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal", en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 2, 2012, pp. 113 - 152."; y PUEBLA GONZÁLEZ, R., y MUÑOZ SÁNCHEZ, M., "La legislación antiterrorista tras el 11 de septiembre", en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., (coord.), *Las jurisdicciones especiales*. Madrid, 2015. Sobre el propio caso norirlandés puede verse MARTÍNEZ PEÑAS, L., y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, M., "Evolution of British law on terrorism: From Ulster to global terrorism (1970-2010)", en MASFERRER, A., *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Securtiy and Human Rights in Countering Terrorism*. Nueva York, 2012.

[44] Una orden ejecutiva de 1920 estableció la creación de los Ulster Special Constabulary, reclutados en gran número entre la ilegal Ulster Volunteer Force. Su estructura paramilitar la hizo la más controvertida de las fuerzas de seguridad. La Clase A eran empleados a tiempo completo, por un periodo seis meses, la B se reclutaba a tiempo parcial y la C era una reserva que solo era llamada en periodos de emergencia. En 1927, las clases A y C fueron suprimidas. La B permaneció bajo el mando del ministro de Interior de Irlanda del Norte. (CUNNINGHAM, *British Goverment policy in Northern Ireland*, p. 7).

Ante la creciente presión, el 22 de noviembre de 1968 el gobierno norirlandés, liderado por el primer ministro Terrence O´Neill, propuso un plan de reforma que contemplaba un nuevo sistema para la asignación de viviendas, la supresión del sistema electoral que otorgaba seis votos a quien fuera propietario de una empresa y la supresión de la vigencia de la *Special Powers Act* tan pronto como la situación de seguridad lo permitiera. Este último punto, ante el aumento constante de la violencia, no llegó a cumplirse[45].

El proceso de eliminación de la *Special Powers Act* del arsenal legislativo contra el terrorismo fue lento y se extendió a lo largo de la mayor parte de la década de los años setenta, ligado a la figura del Internamiento. En septiembre de 1972, ante lo que parecía un aumento incontenible de la violencia, se creó una comisión para valorar la implementación de nuevas medidas legales contra el terrorismo. El informe, publicado en diciembre, recomendaba publicar una nueva ley que reemplazara parcialmente a la *Special Powers Act*, lo cual se llevó a cabo con la publicación de la *Detention of Terrorist (Northern Ireland) Order*, el 11 de diciembre de 1972.

Esencialmente, la nueva norma sustituía el Internamiento por una nueva figura, la detención. El arrestado recibía una orden para permanecer bajo custodia y, si en los veintiocho días siguientes el caso no era llevado a juicio, era liberado. Aparecía la figura del comisionado, un oficial legal de alto rango que pretendía dotar a la detención del carácter judicial de que carecía el Internamiento, sin llegar a serlo, ya que el proceso era netamente ejecutivo. El comisionado podía alargar el periodo de detención si consideraba que el sospechoso había cometido, dirigido u organizado actividades terroristas. Al sospechoso se le informaba de qué delito era sospechoso, de modo que pudiera presentar una defensa ante el

[45] BEW, P., y GILLESPIE, G., *Northern Ireland. A Chronology of the Troubles 1968-1993*. Dublín, 1993, p. 7.

comisionado, elemento ausente en el Internamiento. Sin embargo, los datos acusatorios con frecuencia no podían ser escuchados por el sospechoso y su representante legal, dado que en un alto número procedían de informadores cuya identidad debía mantenerse oculta, por lo que solo los escuchaba el comisionado, en una audiencia a puerta cerrada. Si se decidía mantener la detención, podía apelarse la decisión del comisionado a un comité formado por tres personas. La detención derogaba las regulaciones 11 y 12 de la *Special Powers Act.*

Un segundo paso fue el informe Diplock, con el que se inició un proceso de rejudicialización de la lucha contra el terrorismo, desdibujando las diferencias entre este y el crimen ordinario, y reemplazando poco a poco a la detención. El informe sentó las bases de la *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973*. Diplock afirmó que era necesario un juicio público en un tribunal que reemplazara la detención, el problema era asegurar las condenas en un contexto de intimidación de los testigos, por lo que rechazó que hubiera más de un juez en cada tribunal, considerando que retrasaría los procesos. Pese a estos cambios, tras la ley de 1973, la *Special Powers Act* seguía en vigor excepto en lo derogado por la *Detention Act* de 1972, y daba al RUC amplios poderes, incluyendo la posibilidad de encerrar a alguien 48 horas con el único argumento de preservar el orden público, sin necesidad de procesarle después, norma que, por lo general, se utilizaba para detener a personas de cara a su interrogatorio.

Además, la justificación legal de la actuación del Ejército en diversos supuestos no era muy clara. Diplock sugirió al respecto que los soldados pudieran buscar en casas para localizar explosivos y personas, y que su poder para efectuar detenciones estuviera limitado a cuatro horas, incluso en los casos de terrorismo, para identificarlo e interrogarlo, sin poder ser usado ese tiempo para ningún otro fin. Si había indicios de la involucración en actividades ilegales, el arresto podía ser continuado por el RUC. Teniendo en cuenta que los soldados no solían estar familiarizados con los procedimientos legales,

Diplock indicó que el uso incorrecto del arresto de cuatro horas no fuera ilegal, para prevenir errores o falsedades en la justificación, que pudieran arruinar procesos judiciales posteriores. La implantación de esta política supuso el fin de la táctica de registros masivos, que se vinculaba directamente con el *Internment* y la *Special Powers Act*, por lo que ambos declinaron juntos y la legislación terminó siendo suprimida en su totalidad por una sucesión de leyes antiterroristas que se publicaron en rápida secuencia en los años posteriores.

APROXIMACIÓN AL MODELO JURÍDICO MARROQUÍ EN ÉPOCA COLONIAL: LEGITIMACIÓN DE LA AUTORIDADY JURISDICCIONES ESPECIALES[1]

Rocío Velasco de Castro[2]
Universidad de Extremadura

1.- Introducción

El artículo pretende trazar una panorámica de lo que fue la situación jurídica del país magrebí desde la implantación del régimen colonial hasta los primeros años de independencia, prestando especial atención a las jurisdicciones especiales. El principal objetivo es abordar el modelo marroquí, sus características y especificidades durante dicho período. Para ello, se parte de la situación jurídica previa a la implantación del protectorado hispano-francés yen qué medida el modelo colonial influyó en el funcionamiento de la justicia indígena. A continuación, se esboza el sistema jurídico vigente en el territoriogestionado por España, la zona jalifiana, señalando sus similitudes y diferencias respecto al de la zona francesa o sultaniana.

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es ―Evolucion de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden publico‖, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.
[2] rvelde@unex.es

En el último apartado previo a las conclusiones se aborda la herenciadel modelo colonial en la configuración y puesta en práctica del sistema jurídico establecido durante los primeros años de independencia, con especial atención al Código de Familia o *Mudawwana*[3] de 1957-58 y su convivencia con la Constitución de 1962.

2. La "dominación legítima" y su reflejo jurídico-religioso en época pre-colonial

Como señala Manuel Feria en su análisis sobre los conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos, el modelo jurídico marroquí está cimentado sobre la base de la legitimidad, entendida en un sentido positivo como "la justificación de la aceptación voluntaria de la autoridad"[4]. Su diagnóstico y reflexiones coinciden en gran medida con lo expuesto por el antropólogo AbdallahHammoudi en su estudio sobre la génesis del autoritarismo social y político en Marruecos[5], ya que ambos señalan el uso de la religión como elemento de legitimación de la autoridad y remontan la definición de su alcance y atribuciones a la edad moderna. Durante este período, en las sociedades islámicas, incluyendo la marroquí, se habían establecido dos formas principales de "dominación legítima": la *baraka* y el *'ilm*, a las que habría que sumar otras prácticas, algunas de carácter local

[3] Dado que el texto está dirigido a un lector no versado en lengua árabe,se ha prescindido del uso de la transcripción para los términos citados en el texto. En el caso de las referencias bibliográficas, se sigue el modelo de la revista *al-Andalus*.

[4] FERIA GARCÍA, C., "Conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos: el impacto del Protectorado", en *El Protectorado español en Marruecos: Gestión colonial e identidades*. Madrid, 2003, p. 37.

[5] HAMMOUDI, A., *Master and Disciple. The Cultural Foundations of MoroccanAuthoritarianism*. Chicago, 1997.

como el sistema de patronazgo, vinculadas en mayor o menor medida a las anteriores[6].

La *baraka* o carismasuele asociarse fundamentalmente a la *ahl al-bayt* (lit. "gente de la casa"), es decir, al Profeta y sus descendientes, los *chorfa* (plural de *cherife*, noble), aunque dicho parentesco también puede ser de tipo espiritual, como sucede en la comunidad islámica *chií*, en la que es considerada una "bendición o gracia divina"[7].En el caso de Marruecos, la *baraka*, que podría ser definida como "poder polimorfo asociado a la santidad"[8], adquirió una mayor dimensión y, lo que es más interesante aún, presentó una graninteracción entre sus distintos depositarios.

El padre Pareja señaló la estrecha vinculación de la *baraka*, además de con los *chorfa*,con el misticismo morabítico[9], es decir, con los ascetas. Por su parte, Bidwelly Burihab han subrayado el papel político y jurídico-religioso que tuvieronlas *tariqas*en época pre-colonial y colonial respectivamente. Los miembros de estascofradías sufíesque contaban con sedes o zagüías repartidas por el territorio, seguían a un líder, un morabitotradicionalmente investido de *baraka*[10]. Asimismo, para la religiosidad popular, la *baraka* erauna especie de poder mágico que situaba a quien lo detentaba en un estatus superior al resto de la sociedad.

---

[6] Para más información, FIERRO, M., "La legitimidad del poder en el Islam", en*Awrāq*, nº 15 1994), pp. 147-184.

[7] NASR, V., *TheShia Revival: HowConflictswithin Islam willshapetheFuture*. Nueva York, 2007, p. 55 y SCHIMMEL, A., *MysticalDimension of Islam*. Yakarta, 2013, p. 82.

[8] LAROUI, A., *Marruecos: Islam y Nacionalismo*. Madrid, 1994, p. 32.

[9] PAREJA, F.M., *La religiosidad musulmana*. Madrid, 1975, p. 105.

[10] BIDWELL, R., *MoroccoUnder Colonial Rule: French Administration of Tribal Areas (1912-1956)*. Londres, 2012, pp. 143-144 y BURIḤĀB, ʿA., "Al-zawāyāwa-l-ṭuruq al-ṣūfīyafīsiyāsa al-iqāma al-ʿamma (1950-1953)" ["Las zagüías y las *tariqas* sufíes en la política de la Residencia General (1950-1953)], en *Hesperis-Tamuda*, nº 39, 2011, pp. 75-87.

Este poder, en el sentido de conocimiento y acercamiento de la trascendenciaa la vida cotidiana,solía identificarse con las *madahib* o escuelas de interpretación del corpus de tradiciones religiosas que conforman la base de la jurisprudencia islámica (*fiqh*)[11]. En consecuencia, los compañeros del Profeta que instituyeron estas corrientes de pensamientoy sentaron las bases del derecho islámico[12], estarían investidos de autoridad en virtud de una *baraka* derivada de su cercanía al Enviado de Dios.

La estrecha vinculaciónentre la jurisprudencia y la religiónislámica adquiere continuidad en el segundo de los mecanismos de "dominación legítima": el de la autoridad tradicional o *'ilm* (ciencia, conocimiento). Dicha legitimidad se asociaba a las cadenas de transmisión de la sabiduría heredada en virtud de la enseñanza (maestro-discípulos) y de los vínculos familiares. Se trata de una sabiduría que dimana del conocimiento de la Tradición, es decir, de los textos religiosos: el Corán y la *sunna* (costumbre, tradición). Buena parte de esta última se encuentra recogida en los *hadices* o narraciones de hechos o dichos atribuidos al Profeta. La interpretación de estos textossegún las distintas escuelas jurídicas conformaba la normativa por la que debía regirse la *Umma* o comunidad musulmana en todos los aspectos prácticos de la vida diaria, ya fueran de carácter público o privado.

[11] Sobre la formación de las escuelas, véase HALLAQ, W. B., *TheOrigins and Evolution of IslamicLaw*. Cambridge, 2005, pp. 150-167 y MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*. Gijón, 2006. Para una visión más completa sobre el origen de la jurisprudencia islámica, consúltense COULSON, N., *Historia del derecho islámico*. Barcelona, 1998 y MAKDISI, G.: *Religion, Law and Learning in Classical Islam*. Londres, 1991.

[12] Para más información, véase MARTOS QUESADA, J., "Religión y derecho en el Islam: la Sarî'a", en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, nº XI, 2004, pp. 69-88.

En el caso marroquí, la legitimidad tradicional del *'ilm* se vinculaba con la *madrasa*o institución de enseñanza de disciplinas clásicas en las que el Islam tiene un enorme peso (exégesis coránica, hermenéutica, ciencia del hadiz, sufismo, etc.). Contaba con la mezquita-universidad al-Qarawiyyin de Fez como auténtico epicentro del saber[13], sin olvidar la universidad Yussufiya de Marrakech y la escuela jurídica de Fez[14]. En ambas se daba formación a los futurosulemas, alfaquíes y muftíes, es decir, a los sabios de la ley, concebida esta última en función de una tradición religiosaque seguía las pautas establecidas por la escuela malikí dentro de la más rigurosa ortodoxia sunní.

Dicha escuela fue fundada por Malik b. Anas (m. 795), un destacado ulema de Medina autor de la compilación de derecho islámico más antigua que se conoce, la *Muwatta'* (*El camino transitado*). La obra, además de incluir una numerosa colección de *hadices*, codifica y sistematizala tradiciónjurídica medinense. Esta última se caracteriza por defender el Corán y la *sunna*como fuentes primordiales del derecho, aunque admite el uso de la analogía (*qiyas*) y, sobre todo, del razonamiento individual (*ra'y*), si con ello se llega a una solución que propicie el bien público. Otros métodos aceptados son el consenso de los alfaquíes (*iyma'*)sobre una cuestión determinada y la preferencia (*istihsan*), por la cual pueden crearse nuevas normas si con ellas se llena un vacío legal existente,si bien de manera muy restringida y acorde con los principios del interés público o *istislah*. En función de este últimose permite la corrección de una norma siempre y cuando concurran circunstancias de indudable legalidad, de interés general y de grave necesidad.

[13] KAHERA, A. I., *Reading theIslamic City: DiscursivePractices and Legal Judgment*. Londres, 2012, p. 20.

[14]EICKELMAN, D. F., *Knowledge and Power in Morocco. TheEducation of a Twentieth-CenturyNotable*.New Jersey, 1992, p. 72 y RODRÍGUEZ MEDIANO, F., *Familias de Fez (siglos XV-XVII)*. Madrid, 1995, p. 33.

La interacción de todos los actores descritos con anterioridad generó una tensión que acabó suavizándose hasta conformar la base sobre la que se cimentó la legitimación de autoridad y su plasmación en las distintas esferas de la vida cotidiana, incluyendo la administración de justicia. La clave de esta evolución residió en la aceptación social de una estructura de poder vigente durante el período pre-colonial, colonial y post-colonial que pervive en la actualidad conocida como Majzen (gobierno, autoridad suprema). Para la cuestión que nos ocupa, dicha estructura podría resumirse de manera muy genérica, y no exenta de ciertos matices, en el liderazgo político-religioso incontestable del Sultán (*baraka*) y en la autoridad de los cadíes, ulemas y alfalquíes(*'ilm - baraka*) sin olvidar el peso social de los notables (*baraka*)[15].

La consolidación de la figura del Sultánse debió fundamentalmente ala legitimación tradicional otorgada por los ulemasal soberano a través de la ceremonia de la *bay'a*, en virtud de la cual se le reconocía como máxima autoridad del Majzen, entendido como gobierno central frente a los poderes locales con los que se establecería una relación tan flexible como fluctuante. En el caso de los detentadores del *'ilm* y de la *baraka*, Feria afirma que se habría producido un proceso de fusión entre las cadenas de transmisión, de forma que a través de los vínculos familiares se unificó la autoridad de ambas formas de legitimación[16]. No obstante, y pese a la anterior afirmación, el autor mantiene que en el ámbito jurídicolas diferencias entre *'ilm* y *baraka* se tradujeron en la existencia la justicia cheránica, ejercida por el cadí o juez (representantes del *'ilm*) y la cherifiana, ejercida por *chorfas* (representantes de la*baraka*) a través de las *tariqas*.En cualquier caso, tanto unos como otros actuaban por

[15]VELASCO DE CASTRO, R., "La construcción de la identidad nacional marroquí en época colonial: el ideario nacionalista y su vigencia actual", en *Claves del mundo contemporáneo, debate e investigación: Actas del XI Congreso de la Asociación de la Historia Contemporánea*. Granada, 2013, p. 3.

[16]FERIA GARCÍA, "Conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos", p. 40.

delegación del Sultán, quien mantenía su potestad para intervenir en las sentencias y en la ejecución de las penas.

Más allá de corrientes o de tendencias en la interpretación y aplicación de la ley, la difícil coexistencia de estas dos legitimidades se reflejaba también en la pugna por asentarse en la configuración del Estado y su Majzen.En estas circunstancias, los cambios introducidosa mediados del siglo XVIII por el gran reformador del imperio, el sultán alauí Sidi Muhammad b. Abdallah[17], también conocido como Muhammad III (1757-1790) y la posterior de Mulay Sulayman (1792-1822), promovieron la justicia cheránica en detrimento de la cherifiana al tiempo que impulsaba la consolidación de la llamada justicia majzeniana, ejercida por funcionarios administrativos o fiscales del sultán: bajaes, caídes, almotacenes, jalifas, etc.[18]

La paulatina socavación de autoridad del Islam popular y de las *tariqas* en favor de un Islam oficial no impidió que determinadas zagüías complementaran las funciones del Majzen al impartir justicia en su zona de influencia o al hacer frente a la penetración extranjera, como ya había sucedido en época medieval con españoles y portugueses[19]. Esta última actuación, que subraya de nuevo la estrecha vinculación entre la autoridad en el ámbito de lo político-social y la legitimidad jurídico-religiosa, desembocó, en el terreno político-social, en la coexistencia delMajzen con el tradicional sistema tribal. La relación entre las dos estructuras se caracterizó por un precario equilibrio de rupturas y alianzas con las que se reflejaba la duplicidad

[17] Continúa siendo una obra de referencia internacional el trabajo de LOURIDO DÍAZ, R., *Marruecos en la segunda mitad del siglo XVIII. Vida interna: política social y religiosa durante el sultanato de SidīMuḥammad B. ʿAbdAllāh (1757-1790)*. Madrid, 1978.

[18] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la Zona Jalifiana del Protectorado español en Marruecos", en *Awrāq*, nº XIX, 1998, pp. 146-147.

[19] LAROUI, *Marruecos: Islam y Nacionalismo*, p. 56.

existente entre la soberanía oficial y la local, investidas ambas de *baraka*[20].

Con un Majzen debilitado por la segmentarización del sistema tribal[21] y por la acuciante crisis económica, militar, política y social que padecía desde mediados del siglo XIX con la connivencia de las potencias europeas[22], algunas zagüías actuaron como auténticos centros de poder en determinadas regiones del imperio. Ante esta situación, el Sultán trataba de debilitarlas y someterlas a la jerarquización del sistema. Cuando la medida no funcionaba, el soberano optaba por fomentarsu desaparición para evitar que se unieran a un posible rival (un *cherife*) y disputarle su autoridad[23]. Esta última posibilidad se hizo realidad en numerosas ocasiones, pero por su proximidad cronológica al protectorado y por la relevancia de sus protagonistas, basten los dos ejemplos que citamos a continuación.

El primero de ellos, el del gran morabito del Sur, Muhammad Mustafauldcheij Muhammad FadelMa al-'Aynaynel Chengueti, más conocido como Maal-'Aynayn (1830-1910), cuyo prestigio era enorme entre los ulemas de Fez y Marrakech por su sólida formación religiosa e intelectual. Ma al-'Aynayn ejercía como jalifa o delegado del Sultán y batalló contra la penetración colonial de franceses y españoles en la zona sahariana hasta que la firma del Acta de Algeciras por parte de Mulay Abdelaziz, en 1906, le llevó a luchar

[20]Para más información, véase JAMOUS, R., "Lo prohibido, la violencia y la *baraka*. El problema de la soberanía en el Marruecos tradicional", en *La sociedad bereber del Rif marroquí: sobre la teoría de la segmentariedad en el Magreb*. Granada, 1999, pp. 197-218.

[21] AYACHE, G., "Société rifaine et pouvoir central marocain (1850-1920)", en *Revue Historique*, nº CCLIV-2, 1975, pp. 345-370.

[22]AYACHE, G., "La fin de l´indépendance marocaine 1880-1912", en *Les ecrits d´avant l´indépendance*. Rabat, 1990, pp. 9-27. Sobre las cuestiones económicas y militares consúltesePASTOR GARRIGUES F. M., *España y la apertura de la cuestión marroquí (1897-1904)*. Valencia, 2006, pp. 158-162 ySIMOU, B., *Les reformes militaires au Maroc de 1844 à 1912*. Rabat, 1995.

[23]LAROUI, *Marruecos: Islam y Nacionalismo*, p. 72.

contra su antiguo soberano argumentando desde el punto de vista jurídico-religioso que había perdido sulegitimidad para ejercer la autoridad[24].

El segundo era el gobernador de las tribus de Yebala, el respetado *cherife* Muley Ahmed ibn Muhammad ibn Abdallah el Raisuli, más conocido como el Raisuni (1873-1925), estaba considerado por su origen y formación como un posible heredero al sultanato[25]. Sin embargo, nunca contempló esta opción y prefirió apostar por un gobierno autónomo de su región dentro del sistema majzeniano a través delcaidato y el bajalato.Contrario a la injerencia extranjera en los asuntos internos del país, rechazó la socavación de la soberanía marroquí reflejada enel Acta de Algeciras, lo cual supuso rebelarse contra el Majzen y apoyar aMulayAbdelhafid, hermano de Abdelaziz y por lo tanto *cherife*, como nuevo soberano[26].

[24]CAGNE, J., *Nation et Nationalisme au Maroc. Auxracines de la nation marocaine*. Rabat, 1988, pp. 200-217 y 225-234; GARCÍA FIGUERAS, T., *Santa Cruz de Mar Pequeña-Ifni-Sáhara: la acción de España en la costa occidental de África*. Madrid, 1941, pp. 189-192; y LAROUI, A., *Orígenes sociales y culturales del nacionalismo marroquí: 1830-1912*. Madrid, 1997, pp. 154 y 414-415.

[25]CAMPOS MARTÍNEZ J. M., "La "baraka" y el CherifRaisuni", en *Ceuta y el protectorado español en Marruecos*. Ceuta, 2009, pp. 171-208.

[26] Para más información, véase GARCÍA FIGUERAS, T., *Del Marruecos feudal: episodios de la vida del CherifRaisuni*. Madrid, 1930; IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, M., *Nadwa 'alamīyaḥawla al- šarīf al-Raysūnīwa-l-muqāwama al-maslaḥafīšamāl al-garbī (1913-1924)* [*Coloquio internacional sobre el cherifeRaisuni y la resistencia armada en la zona occidental (1913-1924)*]. Rabat, 1995; y TESSAINER Y TOMASICH, C.F., *El Raisuni. Aliado y enemigo de España*, Málaga, Algazara, 1998.

Pese a que algunos autores afirman que la revuelta encabezada por Abdelhafid fue una simple lucha de poder[27], la *hafidiya* supuso una auténtica revolución interna que concentró a todos los sectores de la sociedad. El movimiento, de carácter político-social, conjugaba la necesidad de emprender una reforma estructural para modernizar las institucionesdel Majzencon el rechazo al colonizador[28]. De esta necesidad en 1908 surgió, entre otras tantas propuestas, un primer proyecto non nato de constitución, que a la postre resultó más avanzado en algunos aspectos que la primera constitución del Marruecos independiente, proclamada en 1962[29].

[27] Entre ellos, FAGE, J.D., *The Cambridge History of Africa*. Cambridge, 1986, vol. 7, p. 284.

[28] BESSIS, J., *Maghreb: la traversée du siècle*. París, 1997, p. 53 y GUINDEY, G., *The International Monetary Tangle Myths and Realities*. Nueva York, 1977, p. 101. En la misma línea, BURKE III, E., "La hafidya (août 1907-janvier 1908). Enjeu social et luttespopulaires", en *Hesperis-Tamuda*, nº XXXI (1993), pp. 101-105.Por su parte, LAROUI, A., *Orígenes sociales y culturales del nacionalismo marroquí*, p. 402 y AL FASI, A., *Los movimientos de independencia en el Mogreb Árabe*. El Cairo, 1948, p. 115, la consideran la primera expresión del nacionalismo marroquí.

[29] El texto fue publicado entre el 11 de octubre y el 1 de noviembre de 1908 en el semanario tangerino *Lisan al Magrib*. Comprendía de cuatro partes: el estatuto de la Nación, la organización de la *muntada el chura* (consejo consultivo), la organización del sistema de elecciones generales y el código penal. Para más detalles sobre dicho proyecto, consúltense CAGNE, J., *Nation et NationalismeauMaroc. Auxracines de la nation marocaine*, pp. 410-456 y 536-543 y los fragmentos que recoge AL FASI, *Los movimientos de independencia en el Mogreb Árabe*, pp.117-121. Para un análisis sobre su alcance y significación, consúltese MESSARI, M. L., "Reflexiones desde el sur de Tarifa: Algeciras, un hito en la historia de Marruecos", en *La Conferencia de Algeciras en 1906: un banquete colonial*. Barcelona, 2007, pp. 159-169 y LÓPEZ GARCÍA, B. y FERNÁNDEZ SUZOR, C., *Introducción a los regímenes constitucionales árabes*. Madrid, 1985, pp. 229-232.

Por su parte, Mulay Abdelaziz se sirvió de la *tariqa* Kettaniya y del bajá de Marrakech, Madani el-Glaui, para tratar de sustentar su legitimidad político-religiosa. Medio siglo después, en 1953, esta misma cofradía y Tuhami el-Glaui, el hermano del bajá de Marrakech que lo había sustituido en el puesto, participarían en el destronamiento del sultán legítimo apelando a argumentosmuy similares a los que antaño esgrimieron con un fin opuesto[30].Mientras tanto, y al igual que había sucedido con MulayAbdelaziz, la aceptación por parte de MulayAbdelhafid de la socavación de la autoridad mediante la firma del Convenio franco-marroquí de 27 de marzo de 1912 en virtud del cual se implantaba el protectorado, fue interpretado como una contravención de los términos en los que fue proclamado y reconocido Sultán por la *bay'a*. Una ceremonia que incluía por primera vez una serie de condiciones que el soberano se comprometía a respetar[31]. Apelando al incumplimiento legal de estas cláusulas, Abdelhafid fue conminado a abdicar. En su lugar, los franceses designaron a su hermano Muhammad b. Yussuf, el futuro Muhammad V, que como miembro de la familia alauí, era detentador de la legitimidad necesaria en su calidad de *cherife*[32].

Toda esta sucesión de acontecimientos que culminó con la imposición del régimen colonial en Marruecos, revela la importancia de la legitimación de la autoridad y de su articulación a nivel político-religioso y jurídico-religioso. De igual forma, evidencia la connivencia y complicidad de algunos destacados miembros integrantes de lasestructuras tradicionales del imperio cherifianocon el colonizador y cómo este último hizo uso de dicha legitimidadpara

[30] IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, M., *Fīrikābzaʿīm al-waḥda. Yawmiyātamīnsirr al-ustāḏ ʿAbd al-JāliqṬurrīs* [*Al servicio del "líder de la Unidad". Diario del secretario de Abdeljalak Torres*]. Tetuán, 1999, p. 162.

[31] El texto íntegro puede consultarse en francés en ALAOUI, M. A., *Le Maroc face aux convoitises européennes (1830-1912)*. Salé, 2001, pp. 226-227.

[32] MAGHRAOUI, D., *Revisiting the Colonial Past in Morocco*. Londres, 2013, p. 144.

favorecer sus propios intereses, con el residente general Lyautey como ejemplo más significativo[33].

3. La Administración de justicia en el Marruecos pre-colonial: jurisdicciones especiales

Hasta el momento, nos hemos referido al concepto de legitimidad dentro de la esfera de la tradición religiosa y a su articulación en la conformación del derecho y la jurisprudencia islámica. Pero en Marruecos existían otras dos realidades sociales que contaban con su propia tradición: la comunidad beréber y la hebrea. De esta forma, la Administración de Justicia en el Marruecos moderno estaba dividida en tres jurisdicciones: la islámica, la consuetudinaria beréber y la rabínica. Estas últimas podrían considerarse jurisdicciones especiales dentro del organigrama tradicionalimperante en el imperio cherifiano, entendiendo tradicional en el sentido islámico clásico del término.

En el caso de la justicia islámica, contaba con dos jurisdicciones: la de los tribunales cheránicos, en los que ejercían los cadíes, y la de los majzenianos, a cuyo frente se encontraban funcionarios administrativos o fiscales del Sultán: bajaes, caídes, almotacenes, jalifas, gobernadores militares, etc.Estos últimos desempeñaban sus obligaciones en cargos muy distintos, de forma que a diferencia de los caídes, la impartición de justicia no era ni la única ni la principal de sus responsabilidades. La preeminencia de la justicia cheránica sobre la majzeniana se mantuvo hasta la implantación del régimen colonial, si bien no evitó que se produjera alguna que otra disfunción.

[33] BEN MLIH, A., *Structures politiques du Maroc colonial*, París, 1990, pp. 150-152.

La potestad para administrar justicia emanaba directamente del Sultán a los cadíes, quienes eran nombrados mediante dahíres validados por el soberano. Al frente de este grupo se encontraba el "Cadí de cadíes", una especie de juez supremo, con sede en la capital, que en la época anterior al protectorado se encontraba en Fez. Éste a su vez contaba con representantes regionales llamados "cadíes de la comunidad". Entre sus competencias estaban el estatuto personal, las sucesiones, el habiz, los bienes de ausentes o incapaces y los delitos de sangre. Para ello se servían de la interpretación malikí de la ley islámica, a la que se ha aludido anteriormente, y de los precedentes encontrados en la administración de la justicia local[34].

Por lo que respecta a los funcionarios majzenianos, no eran acreedores de la delegación, entendida como transmisión de *baraka*. Pero sí representantes administrativos del *mulk* o poder político del Sultán, por lo que tenían competencia en delitos punibles, en causas de tipo mercantil y en general, en todo lo relacionado con el interés público. Para ello se servían del *'urf* o costumbre de origen pre-islámica, y de otros mecanismos intelectuales como el*iytihad*, que podría traducirse por el esfuerzo para comprender y saber aplicar la doctrina. Además, ejercían labores policiales y de vigilancia para los cadíes y para el Majzen yeran competentes en las causas entre judíos que escaparan a las competencias de los tribunales rabínicos, así como en cuestiones del estatuto personal islámico[35].

Junto a la justicia cheránica y a la justicia del Majzen, en las zonas de escasa o nula influencia del gobierno central lo que se aplicaba era la jurisdicción consuetudinaria, que era administrada por un consejo tribal, por los jefes de tribu, o por un árbitro designado por la comunidad siguiendo el modelo pre-islámico. Se trataba de regiones que tradicionalmente habían mantenido una fuerte cohesión tribal y

[34] RODRÍGUEZ MEDIANO, "Familias de Fez (siglos XV-XVIII), pp. 61-62.

[35] FERIA GARCÍA, "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", pp. 147-148.

habían conseguido mantener una gran autonomía respecto al Sultán en tanto que detentador del *mulk*, no de la *baraka*. Dicho de otra forma, reconocían la soberanía espiritual mientras que su pertenencia al imperio cherifiano a efectos políticos, económicos y militares se limitaba al pago anual de un tributo al Majzen, cuyos representantes en la zona, entre ellos los caídes, solían ser elegidos por la propia comunidad y validados por el Sultán. Ese era el caso del Rif, donde en 1921 Muhammad b. Abdelkrim el Jattabi establecería su Confederación de Tribus con un texto constitucional inspirado en el derecho consuetudinario rifeño[36].

La coexistencia de estos dos modelos fue interpretado por la historiografía colonial en clave opositora: *bledmajzen* / *bledsiba* (zona de disidencia), en función de la cual el gobierno central no era capaz de controlar su propio territorio si no era con la ayuda de una supervisión extranjera. Una argumentación cuanto menos refutable y que sin embargo fue empleada para justificar la imposición del protectorado, como han señalado varios autores[37]. La complementariedad de las dos realidades en un precario equilibrio plagado de múltiples rupturas y alianzas había constituido desde hacía siglos una de las señas de identidad del sistema político y jurídico del imperio cherifiano en el que la autonomía de tribus y zagüías, e incluso su enfrentamiento abierto con el poder central en determinados momentos, formaba parte del funcionamiento de las estructuras del sistema.

[36] LAROUI, *Marruecos: Islam y Nacionalismo*, p. 121 y MADARIAGA, M. R. de, *España y el Rif. Crónica de una historia casi olvidada*. Melilla, 2000, p. 81.

[37]Entre ellos, MADARIAGA, M. R. de, *Abd el-Krim el Jatabi. La lucha por la independencia*. Madrid, 2009, p. 53 y MESSARI, "Reflexiones desde el sur de Tarifa: Algeciras, un hito en la historia de Marruecos", p. 161.

Respecto a la segunda jurisdicción especial, la justicia rabínica, afectaba únicamente a los marroquíes judíos y era impartida por los rabinos elegidos en cada comunidad en función de su formación y de su rectitud moral. Tanto la elección de sus miembros como el procedimiento a seguir y la propia impartición de justicia eran totalmente independientes del Majzen. La existencia de esta jurisdicción tenía como precedente su pertenencia al estatuto de *dimmíes* o protegidos del Islam al pertenecer, junto a los cristianos a la *ahl al-kitab* (las gentes del Libro), en alusión al Antiguo Testamento. Dicha condición les suponía el pago de un impuesto especial a cambio del reconocimiento oficial de sus derechos religiosos, que podían ejercer con total libertad[38]. La importancia cualitativa y cuantitativa de los marroquíes judíos en Marruecos se reducía a las grandes ciudades. En el caso de Tetuán, futura capital del protectorado español, sus tradiciones y habían conformado durante siglos la identidad mestiza de la ciudad[39].

El modelo anteriormente descrito de cuatro jurisdicciones: la cheránica, la majzeniana, la consuetudinaria y la rabínica, se mantuvo desde finales del siglo XVIII hasta los albores del protectorado sin que se produjera modificación sustancialalguna. Pero no era el único imperante en el imperio cherifiano. A medida que Marruecos fue centrando el interés de los inversores extranjeros, éstos comenzaron a presionar para contar con cada vez mayores ventajas comerciales y fiscales en detrimento de la economía del Majzen. Las legaciones y consulados se fueron instalando en el territorio y con ellos proliferaron las transacciones con numerosos notables a través de agentes e intermediarios.

[38] KENBIB, M., *Juifs et Musulmans au Maroc. 1859-1948. Contribution à l'histoire des relations intercommunautaires en terred'Islam*. Rabat, 1994, p. 354.

[39] Para más información, véase ISRAEL GARZÓN, J., *Los judíos de Tetuán*. Madrid, 2005.

En este contexto nacían los tribunales consulares, destinados a salvaguardar los derechos de los ciudadanos extranjeros, que tenían completa inmunidad ante la justicia marroquí. Esta misma condición se extendió a los súbditos marroquíes bajo la figura del "protegido" que aparecía por primera vez en el tratado anglo-marroquí de 1750. Años más tarde, en el tratado franco-marroquí de 28 de mayo de 1767, su artículo 11º establecía "que no se pondrían obstáculos para el ejercicio de sus funciones a las personas marroquíes que se encontraban tanto al servicio de los cónsules como al de los comerciantes"[40]. Posteriormente, entre 1856 y 1863, el resto de consulados, incluyendo el español, consiguieron que Marruecos reconociera el derecho a dispensar la protección consular a marroquíes mediante la aplicación de un régimen especial[41].

La protección significaba la obtención de privilegios fiscales y judiciales, puesto que no podían ser juzgados por tribunalesmarroquíes, y otorgaba a los patronos extranjeros la capacidad de intervenir indirectamenteen la economía y la política del imperio cherifiano. El estatus de protegido seextendía a las familias de los solicitantes y también a personajes religiosos relevantes, circunstancia que fomentó los abusos amparados en esta condición[42].

[40] GARCÍA FIGUERAS, T., *Marruecos (La acción de España en el Norte de África)*. Barcelona, 1944, p. 91.

[41] Tratado General anglo-marroquí (Tánger, 9 de diciembre de 1856); Convenio franco-marroquí reglamentando el derecho de protección en Marruecos (Tánger, 19 de agosto de 1863); Convenio hispano-marroquí para la ejecución del derecho de protección (Tánger, 20 de agosto de 1863) y Convenio multilateral sobre ejecución del derecho de protección en Marruecos (Tánger, 21 de agosto de 1863) para Bélgica, Cerdeña, Estados Unidos, Inglaterra y Suecia). Este último se hizo extensivo a Rusia, Italia y Portugal. Todos ellos pueden consultarse en BECKER Y GONZÁLEZ, J., *Tratados, convenios y acuerdos referentes a Marruecos y la Guinea española*. Madrid, 1918, pp. 112-113 y 118.

[42] Inmunidad que facilitó los abusos, como denunció, aunque de forma anónima, el cónsul norteamericano en Tánger, John Perdicaris (secuestrado

La legalidad y consolidación de los privilegios implicaba la socavación de la soberanía del Sultán, que se encontraba *de facto* desprovisto de legitimidad y de autoridad sobre la totalidad de la población y del territorio marroquí. Por otra parte, establecía el peligroso precedente de la superioridad del derecho occidental[43]. En este contexto, hay quien afirma, con bastante fundamento, que la penetración colonial europea en Marruecos se inició por medio del sistema de protecciones[44].

La protección tuvo otras dos consecuencias para la sociedad marroquí. En primer lugar, el fortalecimiento del peso político y económico de unas pocas familias que aprovecharon este estatus para consolidar y aumentar sus riquezas. Algunas de ellas continúan ocupando un lugar preeminente en el Marruecos actual. Y en segundo término, la animadversión a muchos de estos protegidos, lo que desembocó en algunos disturbios y revueltas. Uno de ellos estuvo protagonizado por el ataque a los barrios judíos de Tetuán después de la guerra de 1859-1860, al considerar la población musulmana que los sefardíes, muchos de los cuales se habían acogido a estos privilegios, habrían colaborado con los españoles en la ocupación de la ciudad[45].

---

posteriormente por el Raisuni), en su libro *Mohamed Benani. A Story of Today*, Londres, 1887.

[43]Como han puesto de manifiesto, entre otros, BEN MLIH, A., *Structures politiques du Maroc colonial*, p. 71; KALARJI KARAM, A., "The Moroccan Question As Seen From Morocco", en *North American Review*, vol. 183, nº 8, 1906, pp. 1041-1046; KENBIB, M., "Protection, Protectorat et Nationalisme (1904-1938)", en *Hesperis-Tamuda*, nº XVIII, 1978-1979, pp. 173-198; y MIÈGE, J. L., *Le Maroc et l´Europe (1830-1894)*. París, 1963, vol. III, pp. 449-458.

[44] MATEO DIESTE, J. L., "El interventor y el caíd. La política colonial española frente a la justicia marroquí durante el protectorado de Marruecos (1912-1956)", en *Hispania*, vol. LXVII, nº 226, 2007, p. 645.

[45] GARCÍA FIGUERAS, T., *Miscelánea de estudios africanos*. Madrid, 1947, p. 72.

Lejos de regularse, el número de protegidosfue aumentando paulatinamente en la misma progresión que menguaban los ingresos del Majzen[46]. De nada sirvieron los intentos de los representantes marroquíes y las presiones para que se convocara la Conferencia de Madrid de 1880, en la que se solicitó la abolición del derecho de protección consular. En su lugar, se uniformizó su ejercicio y se determinó quiénes eran los protegidos, sin llegar a definir los límites de este derecho, como se pretendía[47]. Asimismo, la cuota máxima de protegidos fijada en el convenio, doce por consulado, no se respetó, los abusos continuaron y con ello el declive de la Hacienda marroquí.

Esta situación acuciante llevó a Mulay Hassan (1873-1894) a implantar nuevos impuestos que acabaron consolidándose con sus sucesores. Esta medida llevó a las clases sociales más necesitadas a la ruina, mientras los protegidos amasaban importantes fortunas o consolidaban las que ya tenían. Fue el caso, por ejemplo, del bajalato de Marrakech en manos de los Glaui, clan al que se ha hecho alusión en líneas anteriores y que tan importante papel desempeñaría durante el protectorado en la zona sultaniana. Entretanto, la desafección de la población y de parte de los notables y cherifesencauzó movimientos como el de la *hafidiya*. Uno de sus impulsores, el cherifeRaisuni, se sublevó contra esta situación y estableció un control en el camino

[46] Véase el análisis de BECKER Y GONZÁLEZ, J., *Historia de Marruecos, apuntes para la historia de la penetración europea, principalmente española en el norte de África*. Madrid, 1915, pp. 328-329. El excesivo número de protegidos es denunciado por GARCÍA FIGUERAS, T., *Marruecos (La acción de España en el Norte de África)*, p. 91.

[47] MARCHAT, H., "Les origines diplomatiques du `Maroc Espagnol´ (1880-1912)", en *Revue de l´Occident musulman et de la Méditerranée*, nº. 7, 1970, pp. 100-170, recoge las continuas reclamaciones del visir Bargach ante los consulados extranjeros para que evitaran los abusos en el ejercicio de protección. ALAOUI, M. A., *Le Maroc face aux convoitises européennes (1830-1912)*, p. 91, menciona las exigencias de Bargach y un episodio anterior, acaecido en mayo de 1876, protagonizado por un enviado del Sultán, Muhammad b. TaharZebdi, quien con análoga intención presentó las reclamaciones marroquíes en Francia, Inglaterra, Italia y Bélgica.

hacia Fez en el que se obligaba a europeos y protegidos a pagar derechos de peaje[48]. No obstante, también hubo protegidos españoles que acabaron rebelándose después de haberse beneficiado de su estatus durante los primeros años de ocupación. Fue el caso del clan Jattabi, cuyo patriarca fue nombrado caíd de Beni Urriaguel y sus hijos becados para estudiar con cargo al gobierno español[49].

El sistema de protección continuó vigente, y con ello la jurisdicción consular. Cinco jurisdicciones, tres de ellas especiales, que coexistían no sin dificultades en el momento de firmarse los convenios por los que se implantaba el protectorado franco-español. Esta situación generó una pluralidad normativa fomentada por los procedimientos empleados por la escuela malikí y las numerosas tradiciones locales del derecho consuetudinario, las particularidades de la justicia rabínica así como las normas establecidas por las autoridades en forma de dahíres o decretos. Todo un galimatías desde la óptica occidentalque no se ajustaba en modo alguno al derecho moderno. Frente a la racionalidad como principal elemento de legitimidad, la contradicción de normas, los vacíos y ambigüedades existentes y los vicios de procedimiento detectados, el mundo jurídico marroquí fue desautorizado oficialmente como justificación para consolidar la justicia consular y el sistema de privilegios[50].

Por parte marroquí, el inmovilismo en el que se encontraba el sistema desde finales del siglo XVIII unido al contacto desde finales del siglo XIX con las cancillerías europeas hizo que el imperio cherifianose enfrentara a otros elementos de legitimación, entre ellos el *'ilm* entendido como conocimiento científico.A diferencia de sus

[48] KHALLOUK TEMSAMANI, A., *País Yebala: Majzen, España y Ahmed Raisuni*. Granada, 1999, p. 61.

[49] BUʿAYYĀŠĪ, A., *Al-ḥarb al-Rif al-taḥrīrīyawamarāḥil al-niḍāl* [*La guerra de liberación del Rif. Fases del combate*]. Tánger, 1974, vol. II, p. 156.

[50] FERIA GARCÍA, "Conflictos de legitimidad jurídica en Marruecos", p. 42.

vecinos magrebíes, Marruecos no había formado parte del Imperio Otomano, circunstancia de especial importancia para comprender el arraigo de las costumbres y prácticas tradicionales. De esta forma, el contraste fue aún mayor. La ciencia de los ulemas fue desacreditada por el colonizador y por la nueva clase dominante marroquí que se formaba a su lado, pero también fue defendidapor aquellos partidarios de emprender reformas modernizadoras desde dentro del sistema manteniendo la personalidad jurídica y la especificidad y pluralidad marroquí,como se había promovido, si bien de forma muy genérica, durante la *hafidiya*. Estas aspiraciones se articularon en torno al reformismo de corte salafí que impulsaría el movimiento nacionalista en los años treinta[51].

4. La implantación del protectorado y sus primeras consecuencias jurídicas

En virtud del Convenio franco-marroquí de 30 de marzo de 1912, más conocido como el Tratado de Fez, Francia establecía su protectorado en Marruecos. Completaba así su imperio colonial en el Norte de África, pues contaba con la colonia de Argelia y el protectorado de Túnez (Tratado del Bardo, 12 de mayo de 1881 y Convención de La Marsa, 8 de junio de 1883). En similares términos a los del artículo 1º del Tratado del Bardo, en el artículo 1º del Convenio franco-marroquí, Francia se abrogaba de manera unilateral la capacidad para implantar todas las reformas administrativas, educativas, económicas, financieras, militares y judiciales que fueran necesarias para modernizar el Majzen. Pero, a diferencia del artículo

[51] Para más información, véase IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, M., *Ziyāda al-AmīrŠakībArsalān li-l-Magrib. Asbābu-hā, ahdāfu-hāwanatā'iŷu-hā* [La visita del emir ChakibArslán a Marruecos. Sus causas, objetivos y consecuencias]. Tetuán, 1980 e IBN NŪNA, Ṭ., *Niḍālu-nā al-qawmīyafīrasā'il al-mutabādilabayna al-amīrŠakībĀrsalānwa-l-ḥaŷŷ 'Abd al-SallāmBinnūna* [Nuestra lucha nacional a través de la correspondencia entre el emir ChakibArslán y el hachAbdesslamBennuna]. Tánger, 1980.

1º del Tratado del Bardo, en el caso marroquí se incluía el compromiso a "salvaguardar la situación religiosa, el respeto y el prestigio tradicional del Sultán, y el ejercicio de la religión musulmana y de las instituciones religiosas"[52]. Se establecía, por tanto, la primera especificidad que conllevaría una serie de consecuencias jurídicas.

En cuanto a la presencia española en el país magrebí, quedaba recogida en ese mismo artículo 1º del Convenio franco-marroquí de 30 de marzo de 1912: "El gobierno de la República se concertará con el Gobierno español respecto de los intereses que este Gobierno tiene por su posición geográfica y sus posesiones territoriales en la costa marroquí."[53] Esta cesión de Francia se oficializó en el Convenio franco-español de 27 de noviembre de 1912, en el que los artículos 1ºy 24º establecían la"zona de influencia española en Marruecos"[54], una idéntica capacidad de actuación a Francia en su protectorado, y el compromiso de ambos países a someter a sus nacionales y protegidos a la jurisdicción local una vez se hubieran instaurado las consabidas reformas, que incluían el establecimiento de tribunales franceses y españoles. La percepción negativa que se habían forjado durante los años anteriores sobre el funcionamiento de la justicia marroquí y la necesidad de salvaguardar los intereses de sus respectivos países y ciudadanos, resultó determinante para que la reorganización judicial fuera considerada un asunto prioritario.

---

[52] El convenio puede consultarse en francés en ALAOUI, M. A., *Le Maroc faceaux convoitises européennes (1830-1912)*, pp. 228-230 y en castellano en BECKER Y GONZÁLEZ, *Tratados, convenios y acuerdos referentes a Marruecos y la Guinea española*, pp. 249-252.

[53] El texto íntegro puede consultarse en BECKER Y GONZÁLEZ, *Tratados, convenios y acuerdos referentes a Marruecos y la Guinea española*, pp. 253-274.

[54] Sobre el alcance jurídico de esta fórmula, véase CARRASCO GONZÁLEZ, A. M., "El ordenamiento jurídico hispano-marroquí", en *El Protectorado español en Marruecos. La historia trascendida*. Madrid, 2012, vol. 1, p. 62.

No obstante, España contaba con importantes limitaciones para hacer frente a todas estas reformas. Entre ellas, la resistencia armada que desde principios de siglo venía obstaculizando la penetración española y que, una vez instaurado el protectorado, lideraron el cherifeRaisuni en la zona occidental y el emir Abdelkrim en la oriental. La pacificación del territorio no se completó hasta 1927[55]. Para entonces, las dos grandes motivaciones esgrimidas por los responsables políticos españoles hasta entonces: el prestigio internacional como potencia colonial tras la debacle americana y la salvaguarda de la seguridad nacional por la cercanía geográfica a las costas marroquíes, no se habían concretado en un plan claro y preciso de cuáles iban a ser los objetivos y los medios que perseguiría la gestión colonial del territorio[56]. Eso se tradujo en una inestabilidad reflejada en el baile de altos comisarios y en los continuos cambios acometidos en el organigrama político-administrativo[57].

Por otra parte, los problemas internos de la metrópoli y la falta de miras de nuestros representantes políticos impidieron que Marruecos fuera considerado un fin per se, en lugar de un medio para alcanzar otros fines (prestigio internacional, la conquista del poder en 1936, los sueños imperiales del franquismo con la ocupación de Tánger en 1942, la atracción del mundo árabe para la abolición de la condena internacional a partir de 1946, etc.). Una circunstancia a la que contribuyó la precariedad económica y la mala distribución de los presupuestos asignados al protectorado marroquí, donde los casos de

[55] GODED LLOPIS, M., *Marruecos: las etapas de la pacificación*. Madrid, 1932.

[56] La excepción en estos primeros años fue el alto comisario Gómez Jordana y su plan de reorganización para la Zona, hasta el punto de convertirse en modelo a seguir para los sucesivos gobiernos. Véase al respecto GÓMEZ-JORDANA SOUZA, F., *La tramoya de nuestra actuación en Marruecos*. Madrid, 1976.

[57] VILLANOVA, J. L., "La constante mutación de la organización político-administrativa del protectorado español en Marruecos", en *España en Marruecos. Discursos geográficos e intervención territorial*. Lleida, 1999, pp. 435-466.

abusos y corrupción fueron frecuentes y constantes durante los cuarenta y cuatro años de gestión[58]. Y tampoco conviene olvidar la pugna entre los defensores de un modelo civil de administración colonial y los que seguían manteniendo la preeminencia del personal militar en los asuntos marroquíes.

Todo este catálogo de despropósitos que en la práctica se tradujo en la gran influencia del modelo colonial francés, espejo al que los responsables coloniales españoles acabaron acudiendo no sin algunas excepciones, también en el plano que nos ocupa. Llegados a este punto, conviene advertir que frente al Marruecos jalifiano, que comprendía el norte y el sur del país, vamos a dedicarnos únicamente a la zona norte, sin tener tampoco en cuenta la ocupación española de Tánger y sus consecuencias jurídicas como consecuencia de su incorporación a dicha zona entre junio de 1940 y octubre de 1945.

El diseño de la administración de Justicia supuso un gran esfuerzo legislativo que se reflejó en el amplio corpus generado[59]. Y también implicó la necesidad de conocer, difundir, explicar y

[58] Entre los muchos ejemplos posibles, mencionamos el desfalco en LÓPEZ RIENDA, R., *El escándalo del millón de Larache: datos antecedentes y derivaciones de las inmoralidades en Marruecos*. Madrid, 1922; la corrupción de interventores españoles y caídes marroquíes en MATEO DIESTE, J. L., *La "Hermandad" hispano-marroquí: política y religión bajo el protectorado español en Marruecos (1912-1956)*.Barcelona, 2003, pp. 210-211 y en BLANCO MORO, A., *Memorias del sur: recuerdos africanos de un salubrista*. Melilla, 1997, pp. 20-21; y la prevaricación en el nombramiento de funcionarios en VILLANOVA, J. L., *El Protectorado de España en Marruecos: organización política y territorial*. Barcelona, 2006, pp. 172-178.

[59] Véase como ejemplo LÓPEZ OLIVÁN, J., *Legislación vigente en la Zona de Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 1931, 3 vols.; MADARIAGA, M. R. de, *Fondos documentales en archivos españoles sobre la organización de la justicia en el Protectorado español en Marruecos (1912-1956). Guía de situación y contenido*. Madrid, 2007; y MORA REGIL, E. y RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *Leyes de Marruecos*. Madrid, 1947.

asimilarlas bases del modelo indígena a los funcionarios de la administración colonial. Por ello, y a tenor de lo expuesto anteriormente, no resulta extraño que, como señala Amalia Zomeño en su trabajo sobre la imagen colonial del derecho islámico, la producción colonial española sobre la materia responda en una gran parte, a la elaboración de manuales publicados por y para la administración colonial y que casi todo ellos fueran escritos por militares[60].De hecho, fue una de las materias que, estructurada en varias asignaturas, fue incluida en el programa de formación impartido por la Academia de Interventores, figura clave esta última en el organigrama de la administración colonial[61].

Los responsables españoles realizaron una serie de cambios manteniendo tres premisas. La primera, el mantenimiento de la división político-administrativa del territorio en tres zonas, circunstancia que fomentó las diferencias. La segunda, la delimitación de las competencias judiciales para los indígenas y la preeminencia del modelo europeo. Y la tercera, consecuencia de la anterior, el mantenimiento de la estructura de la justicia indígena: jurisdicción rabínica, jurisdicción cheránica, jurisdicción majzeniana y jurisdicción consuetudinaria.

Añadieron dos nuevas jurisdicciones. La primera, la justicia militar para las tropas indígenas coloniales en virtud de la Real Orden de 27 de diciembre de 1920, que por su carácter tangencial no vamos a abordar en estas líneas[62]. La segunda, la justicia española propiamente dicha, en función de lo recogido en el artículo 24º del convenio franco-español. Esta última fue bautizada justicia hispano-jalifiana, y

[60] ZOMEÑO, "El derecho islámico a través de su imagen colonial", p. 311.
[61] VILLANOVA, J. L., "La academia de interventores del Protectorado de España en Marruecos", en *Aldaba*, nº 31, 2001, pp. 385-404.
[62] Remitimos al análisis de LOSA CONTRERAS, C., "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", en *La Administración del Protectorado Español en Marruecos*. Madrid, 2014, pp. 296-297.

contaba con un precedente. Los llamados "Juicios de Moros" celebrados en el Juzgado de Guerra de la ComandanciaGeneral de Melilla, que en su mayoría concernían a reclamaciones de deudas,presentadas por aquellos que vendían sus productos a los españolesde la plaza de Melilla, o conflictos sobre alquileres de pisos en Melilla[63].Desde el punto de vista demográfico, la mayor parte de la población acudía a la justicia islámica: cheránica y majzeniana, esta última considerada por la propia administración colonial como ordinaria, frente a las especificidades que presentaban la consuetudinaria, la rabínica y la hispano-jalifiana.

5. La consolidación de la especificidad: justicia rabínica e hispano-jalifiana

Mediante la justicia hispano-jalifiana, las autoridades colonialesimpusieron la legitimidad del derecho español en territorio marroquí para lossúbditos españoles. De este modo, la Alta Comisaría creó los Tribunales Hispano-Jalifianos con el fin de dirimir en los asuntos relativos no tan sólo a los ciudadanos españoles residentes en la zona de Protectorado, sino también a los protegidos marroquíes y a las relaciones entre españoles y ciudadanos marroquíes o extranjeros. Conocidos como tribunales españoles, fueron creados a partir del dahír de 1 de junio de 1914[64]mediante Real Decreto de 9 de julio del mismo año[65]. La estructura comprendía de Juzgados de Paz (Nador,

[63] MATEO DIESTE, "El interventor y el caíd. La política colonial española frente a la justicia marroquí durante el protectorado de Marruecos (1912-1956)", p. 656. Sobre el funcionamiento de estos juicios, véase los fragmentos del manual de Miquélez de Mendiluce recogido por ZOMEÑO, "El derecho islámico a través de su imagen colonial", pp. 314-316.

[64] MORA REGIL y RODRÍGUEZ AGUILERA, *Leyes de Marruecos*, pp. 24 y ss.

[65] MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Diccionario de la Administración Española. Apéndice de legislación de 1914*. Madrid, 1914, pp. 210-211.

Tetuán, Arcila, Larache y Alcazarquivir), Juzgados de Primera Instancia (Nador, Tetuán y Larache) y Audiencia (Tetuán).

Entre las competencias recogidas en el dahír se encontraban los litigios entre españoles o súbditos y protegidos de España por propiedades inmuebles; los litigios penales en los que hubiera un español o protegido español ya fuera éste el damnificado o el supuesto responsable; y también cualquier asunto en materia civil y mercantil siempre y cuando los implicados no fueran súbditos o protegidos de otras naciones. Asimismo, se establecía que cada juzgado debía contar con dos asesores judíos o musulmanes, aunque como subraya Feria, su regulación no llegó hasta 17 años más tarde por dahír de 19 de diciembre de 1931[66].

Respecto a la justicia rabínica, fue la primera jurisdicción indígena normalizada en la zona jalifiana[67]. Las razones de esta predilección habría que situarlas en la política filo-hebrea iniciada por Primo de Rivera y continuada por la II República. Ésta no hacía sino imitar la política de atracción de la comunidad judía practicada por Francia en sus colonias norteafricanas y la defensa de sus intereses ante la negativa de Turquía a reconocer el estatus de protegido[68]. En este contexto ha de inscribirsela concesión,mediante Real Decreto de 20 de diciembre de 1924[69], de la nacionalidad española a los protegidos y descendientes de protegidos y a los descendientes de quienes habían sido españoles o se habían inscrito como tales.

---

[66] FERIA GARCÍA, "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 152.

[67] VILLANOVA, *El Protectorado español en Marruecos: organización política y territorial*, p. 287.

[68] ROZENBERG, D., *La España contemporánea y la cuestión judía: retejiendo los hilos de la memoria y de la historia*. Madrid, 2010 pp. 133-134.

[69] *Real decreto de 20 de diciembre de 1924 aprobando la Ley y Reglamento de emigración: (texto refundido de 1924)*. Madrid, 1925.

Ese miso año de 1924 se instituía el Alto Tribunal Rabínico de Tetuán[70]. Desde entonces, la primera normativa significativa no tuvo lugar hasta el dahír de 20 de marzo de 1928[71]. En su artículo 1º recogía las competencias de los tribunales rabínicos a las causas de estatuto personal y sucesión de los judíos marroquíes. Y en el segundo, se incluía como novedad la distinción entre dos instancias:los Juzgados Rabínicos de primera instancia, compuestos por un rabino y un secretario, y el Alto Tribunal rabínico, instancia de apelación situada en Tetuán compuesto por el Gran Rabino de la zona jalifiana como presidente, dos rabinos magistrados y un secretario. Este último era elegido entre los *sofrim*[72] o notarios judíos que estuvieran habilitados y en activo[73].En cuanto al rabino, el artículo 4ºno hacía diferencias en cuanto a su procedencia, aunque se recomendaba que fueran de origen sefardí y que, en el caso de no conocer el español, tendría que aprenderlo lo antes posible.Sin embargo, la lengua oficial de dichos tribunales era el hebreo. En virtud de los artículos 13º y 15º, los fallos de emitirían en hebreo con la posibilidad de solicitar una traducción árabe o castellana cuya cuantía correría a cargo del interesado.

El procedimiento, descrito en los artículos 6º, 11º y 12º,establecía que las demandas, al igual que las citaciones, tenían que ser presentadas por escrito y debidamente registradas. Las vistas serían públicas, salvo si existiera causa fundad de que pudiera alterar

[70] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español en Marruecos*. Madrid, 1943, vol. 2, p. 64.

[71] MORA REGIL y RODRÍGUEZ AGUILERA, *Leyes de Marruecos*, pp. 50 y ss.

[72] Citado como *sofrina* por LOSA CONTRERAS, "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", p. 289.

[73] Sobre el papel de los *sofrim* véase ISRAEL GARZÓN, J., *Los judíos de Tetuán*, p. 256; RUIZ DE CUEVAS, T., *Jurisprudencia rabínica en Marruecos (La hazzaká)*. Madrid, 1973, pp. 13-14; y VILAR, J. B., *Tetuán en el Resurgimiento Judío Contemporáneo (1850-1870): Aproximación a la historia del judaísmo norteafricano*. Caracas, 1985, p. 111.

el orden público o atentar contra la moral. Y los fallos incluirían toda la información del proceso de forma detallada: los datos de las partes, la relación de hechos, las declaraciones de las partes, los testigos y los peritos, así como los fundamentos de derecho, el fallo y la fecha. Asimismo, en función del artículo 16º las sentencias se trasladarían mensualmente al Presidente del Alto Tribunal Rabínico, quien a su vez remitiría copia al Gran Visir del gobierno Jalifiano.

Esta última medida de control se completaba con las disposiciones del artículo 8º en el que se contemplaba la posibilidad de recusar a cualquier miembro de los juzgados, incluyendo a los del Alto Tribunal, si existiera interés en el litigio por parte de sus consortes y ascendientes o descendientes; si se diera relación de parentesco con algunas de las partes; o si ellos mismos ejercieran como representantes legales de una de las partes, tuvieran interés directo o indirecto en el litigio o estuvieran pendientes de ello con una de las partes en cuestión. En esta misma línea garantista, los artículos 19º a 23º estipulaban el procedimiento para presentar el recurso de apelación ante el Alto Tribunal Rabínico, que debía entregarse en un plazo de 20 días desde su promulgación.

Pese a la descripción detallada de buena parte del procedimiento, en 1935 se reclamaba un nuevo reglamento para los tribunales rabínicos que nunca llegaría a aprobarse. Entre otras razones, porque reincidía en aspectos ya contemplados en 1928 e incumplidos hasta ese momento[74].Si la justicia hispano-jalifiana había supuesto la constatación de la preeminencia del modelo de justicia occidental sobre el indígena, la reforma de la justicia rabínica resultó tan estéril en cuanto a resultados como incómoda por el trato ventajoso dispensado a la comunidad. A los privilegios consulares y las nacionalidades concedidas se sumaba el hecho de haber comenzado la reforma precisamente por la jurisdicción que

[74] FERIA GARCÍA, "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 155.

cuantitativamente afectaba a un menor número de población. Mientras tanto, los musulmanes demandaban cambios en la justicia cherifiana[75].

5. La justicia islámica: jurisdicciones cheránica y majzeniana

Las peticiones de reforma de la justicia cherifiana no fueron atendidas hasta 1934 y gracias en buena parte a las presiones ejercidas por los nacionalistas tetuaníes. Los futuros miembros del Partido Reformista Nacional (PRN), habían abordado la reforma de la justicia desde sus primeras reuniones, aún clandestinas. Así, en noviembre de 1932 reivindicaron la "necesidad de compilar el corpus jurídico y que un grupo de alfaquíes lo adaptase a la realidad social del país" que incluyera "la incorporación de la mujer a la sociedad a través de la regulación jurídica de sus derechos"[76]. Un año después, en febrero de 1933, añadían a las peticiones anteriores la "organización de la Justicia en la Zona, y que ésta sea independiente del poder ejecutivo" y "la aplicación de toda la legislación pública, incluyendo las concernientes al derecho religioso, penal, comercial y privado, a cargo de alfaquíes islámicos"[77]. Esta última medida reforzaba el carácter netamente marroquí de las reformas que pretendían implementar. Dichas propuestas, a las que se sumó la independencia de la justicia

[75] SALAS LARRAZÁBAL, R., *El Protectorado de España en Marruecos*. Madrid, 1992, p. 190.

[76] Acta de la reunión del comité preparatorio del partido de 11 de noviembre de 1932. Diario de Abdeljalak Torres, 11 de noviembre de 1932. *Apud*: IBN AZZUZ HAKIM, M., *Mohammad V frente al Protectorado*. Rabat, 1990, p. 307.

[77] Acta de la reunión del comité preparatorio del partido de 11 de febrero de 1933. Diario de Abdeljalak Torres, 11 de febrero de 1933. *Apud*: IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, M., *Yawmiyātzaʿīm al-waḥda (1933)* [*Diario del líder de la Unidad, 1933*]. Rabat, 1992, pp. 53-55 y ṢAFFĀR, Ḥ., *Ḥizb al Iṣlāḥ al Waṭanī (1936-1956)* [*El Partido Reformista Nacional (1936-1956)*]. Rabat, 1988, pp. 65-66.

cheránica y de los bienes habices, fueron presentadas hasta en tres ocasiones al gobierno de la II República[78].

El malestar por el inmovilismo español estaba plenamente justificado. Además de la reforma de la justicia rabínica, se daba la circunstancia de que los musulmanes se regían por tres jurisdicciones además de las dos minoritarias para protegidos y tropa indígena. Para contentar a los nacionalistas, los españoles nombraronen octubre de 1934 a su principal líderen la zona norte, Abdeljalak Torres, como ministro de los bienes habices, pero Torres dimitió en septiembre de 1935, quejándose de lafalta de autonomía de su cargo[79].Años más tarde, durante la guerra civil española, la administración colonial, en manos de los militares golpistas, volvió a impulsar medidas propagandísticas para evitar una posible sublevación de su retaguardia. Entre ellas, la creación de un Ministerio del Habús[80],en enero de 1937, y su aparente autonomíaadministrativa respecto a las autoridades españolas o el dahirde 30 de junio de 1939[81], que declaraba la supuesta autonomía de la justicia cheránica ysu dependencia directa del ministerio de justicia jalifiano. Anuncios todos ellos que no se conciliaban con la realidad político-jurídica del régimen colonial pues, como señalaba González Hontoria, el Majzen se había convertido en un estado títere[82].

---

[78] IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, M., *Ab al-ḥaraka al-waṭanīya al-magribīya al-ḥayŷ ʿAbd al-SallāmBinnūna. Ḥayātu-huwaniḍālu-hu* [*El padre del movimiento nacionalista marroquí. El hachAbdessalamBennuna: su vida y su lucha*]. Rabat, 1995, p. 324.

[79]WOLF, J.: *L'épopéed'Abd el Khaleq Torres. Maroc: la vérité sur le Protectorat Franco-Espagnol*. París, Eddif-Balland, 1994, p. 191.

[80] Véase CAGIGAS, I., "Introducción al estudio jurídico-administrativo de la institución del Habús en Marruecos", en *Cuadernos de Estudios Africanos*, nº 10, 1950, pp. 9-22.

[81]CORDERO TORRES, *Organización del Protectorado español en Marruecos*, vol. 2, p. 68.

[82] GONZÁLEZ HONTORIA, M., *El protectorado francés en Marruecos y sus enseñanzas para la acción española*. Madrid, 1915, p. 119.

En términos generales, la administración colonialactuó de forma precipitada y parcial respecto a la justicia islámica. Prueba de ellos es que no comenzó aregularse hasta el dahír jalifiano de 26 de diciembre de 1934[83] y tuvo que ser ampliado mediante dahír de 19 de octubre de 1938[84]. En virtud de ambos, se regularizaba la justicia islámica para evitar, entre otras cuestiones, su posible interferencia con los tribunales hispano-jalifianos.

El primer paso fue establecer la jerarquía de la jurisdicción cheránicaen cuatro niveles. En la base, los Cadíes de Cabila, que funcionaban como primera instancia y cuyas competencias se restringían al estatuto personal. A continuación se situaban los Cadíes de Circunscripción, también de primera instancia, por lo que no podían atender las apelaciones de los fallos de los cadíes de cabila. Sin embargo, tenían dos atribuciones más que aquéllos: una jurisdicción territorial que abarcaba la de varios cadidatos de cabila, y competencia sobre los litigios de propiedades inmuebles. Seguidamente, los cinco Cadíes de Región en Tetuán, Chauen, Larache, Villa Sanjurjo y Nador. Y en la cúspide, el Cadí de Cadíes de Tetuán. Una figura creada en 1930 y que ahora adquiría su auténtica función.

Las demarcaciones territoriales de los tribunales cheránicos se establecieron en el artículo 1º del dahír de 1934, definiendo las circunscripciones de los Cadíes de Región con la consiguiente distribución de cadidatos. Dicha distribución fue renovada por el dahír de 1938 al unificarse los cargos de Cadi de Cabila y Cadi de Circunscripción bajo la denominación de Cadíes de Lugar. Esta estructurajerárquica reproducía el nuevo mapa político de las regiones diseñadopor los colonizadores, y permitía que los funcionarios de la administración marroquíestuviesen supervisados por los funcionarios españoles en cada uno delos escalafones.

[83] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", pp. 157-158.
[84] Véase RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *Leyes de Marruecos*, p. 65.

Pero sin duda el cambio más importante fue la separación de los poderes judicial y ejecutivo que residían en el Cadí de Cadíes. Al desaparecer esta figura, las labores ejecutivas pasaron al Ministro de Justicia Indígena, mientras las judiciales serían atendidas por un nuevo cargo: el de Presidente del Tribunal Superior de Apelación Cheránica.De esta forma, el Tribunal Superior de Apelación Cheránica se convirtió en el órgano de última instancia de la justicia musulmana de la zona jalifiana. Compuesto por su Presidente (el antiguo Cadí de Cadíes de Tetuán), y por cuatro vocales (posteriormente fueron cinco), sería reformado en algunos aspectos por el dahír de 26 de noviembre de 1946 por el que se reorganizaba el majzén jalifiano.

Las bases del funcionamiento de la justicia cheránica se completaron con el Estatuto del Personal de Justicia Cheránica de la zona jalifiana de 1 de julio de 1939[85]. Entre sus contenidos, se recogían las condiciones requeridas para ocupar el cargo de cadí: ser musulmán, tener los 25 años cumplidos y una condición física adecuada, de la zona española o residente en ella durante un mínimo de diez años, y con una conducta intachable. Requisitos que contrastan con los exigidos para ejercer como rabino en los tribunales hebreos, a los que no se les pedía alcanzar una edad mínima, ni una condición física adecuada, ni haber nacido en la Zona o residido en ella durante una década.

La justicia cheránica mantuvo su influencia en la zona jalifiana frente al resto de jurisdicciones tradicionales marroquíes, a diferencia de lo que sucedió en la zona sultaniana. En esta última, la intervención fue directa al situar un agente francés en cada juzgado para que supervisara la actuación de los cadíes[86]. En el caso español, no puede hablarse con idéntica contundencia, pero sí existieron injerencias que

[85] CORDERO TORRES, *Organización del Protectorado español en Marruecos*, vol. 2, pp. 68-70.

[86] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 160.

pudieron en entredicho la supuesta "neutralidad" de la Administración colonial[87].

Respecto a la jurisdicción majzeniana, la normativa fundamental de sus tribunales se recogió en dahír de 12 de febrero de 1935[88]. En virtud del mismo, y siguiendo lo establecido en la zona francesa, se reconocía un amplio espectro jurisdiccional y se establecían las diferentes instancias y competencias para cada caso. Fue la única normativa que se publicó durante la vigencia del protectorado, lo que indica una falta de voluntad por continuar con el modelo que se estaba aplicando en la zona sultaniana y una perpetuación de la realidad jurídica de época pre-colonial.

El citado dahír establecía tres instancias de jusrisdicción majzeniana. En primera se situaban los Tribunales de Bajaes en las ciudades y los Tribunales de los Cadíes en las cabilas. Estaban compuestos, además de por el bajá o el caíd, que actuaban de presidentes, por unoo varios secretariosen función de las necesidades. En segundo término, los Tribunales de Apelación, uno en cada región de la Zona, compuestos de su presidente, un secretario y un secretario auxiliar. Y en tercer lugar, el Tribunal Superior de Justicia Majzeniana, sito en Tetuán con idéntica composición que el de apelación. La única particularidad es que su presidente, el Gran Visir, en calidad de Ministro del Interiorpodía delegar su función de manera permanente en el Secretario Primero del Gran Visiriato. Como puede comprobarse, las instancias son muy similares a las establecidas en octubre de 1938 para los tribunales cheránicos.

[87] LOSA CONTRERAS, C., "El diseño de la administración de Justicia en el protectorado español en Marruecos (1912-1956)", p. 298.
[88] CORDERO TORRES, J. M., *Organización del Protectorado español en Marruecos*, vol. 2, pp. 65 y ss.

En cuanto a sus competencias, los tribunales majzenianos podían ejercer en causas en las que ambas partes fueran marroquíes no protegidos y de las que no entendieran los tribunales de derecho islámico (cheránico). Los bajaes podían hacerse cargo de causas penales si la pena no excedía de cinco años de prisión y de causas civiles cuando la cuantía de la demanda no excedía de diez mil pesetas. Los cadíes, por su parte, tenían más limitadas sus atribuciones: en causas penales que no excedieran de dos años, y en las civiles si la demanda era inferior a mil pesetas. Si la causa penal era menor a diez días, los cadíes podían delegar sus funciones en los *chuiuj* de fracción (*cheij* en singular), pero nunca en materia mercantil[89].

La reglamentación también contemplaba en su artículo 8º los horarios laborales. Los caídes administrarían justicia en los lugares de reunión al menos tres días hábiles a la semana. En las ciudades, los bajaes impartirían justicia a diario durante los días hábiles, además de contar con un funcionario de guardia los días inhábiles para atender las cuestiones urgentes. Asimismo, el artículo 9º especificaba que, en caso de requerir la asistencia de las demás autoridades de la Zona, la petición se realizaría a través de los Servicios de Intervención. Este protocolo, que no tiene correspondencia directa en el caso de los tribunales cheránicos, implicaba el control del interventor español sobre la situación.

En cuanto al procedimiento, se establecían una serie de medidas novedosas para la época: que el acusado fuera interrogado en las 72 horas siguientes a su detención y que el interrogatorio se recogerá por escrito (art. 10º), o que dicho acusado podía permanecer en libertad provisional bajo fianza (art. 11º). En el aspecto formal, se reproducían los términos contemplados para la justicia rabínica. Había que presentar las demandas civiles por escrito (art. 12º); las citaciones debían ser hechas por el Secretario, que se quedaría con una copia de

[89] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 164.

la misma, y se entregaría ante testigos (art. 13º); las vistas serían públicas, aunque podrían celebrarse a puerta cerrada siempre y cuando se fundamentara debidamente (art. 16º); las sentencias se dictarían en los 15 días siguientes a las finalización del procedimiento (art. 17º), es decir, cinco días menos de margen en comparación con los tribunales rabínicos; y al igual que en los estos últimos y en los cherifianos, se debían incluir los datos de las partes, los hechos, las declaraciones de los peritos, los fundamentos de derecho del fallo y el fallo (art. 20º). No obstante, la asistencia de peritos a la causa y sus respectivos honorarios corrían por cuenta de los solicitantes, algo que no sucedía en otras jurisdicciones.

También se contaba con Tribunales de Apelación que atenderían en última estancia las apelaciones a los fallos de bajaes y caídes, y en primera instancia las causas penales, civiles o mercantiles de su región. Lo llamativo de estos tribunales es que tenían la capacidad de proponer sanciones disciplinarias tanto a bajaescomo caídes, cuya imposición sería decidida por el tribunal Superior de Justicia Majzeniana (art. 6º). Pero sin duda lo más significativo de este dahír era su artículo 3º, ya que hacía referencia al derecho consuetudinario. En lugar de establecer una distinción como hicieron en la zona sultaniana, entre la jurisdicción consuetudinaria y la majzeniana, los responsables españoles optaron por mantener la confusión y posible yuxtaposición de ambas al establecer que, en el caso de impartirse justicia en zonas donde tradicionalmente se ejerciera el derecho consuetudinario, los tribunales de justicia majzeniana debían respetar dicha tradición y obrar en consecuencia.

Esta indefinición contrasta con las medidas adoptadas en la zona sultaniana. El objetivo de la Residencia General era modernizar la justicia civil indígena, para lo cual se creó una hoja de ruta por la que desde 1918 hasta 1953 se consiguió relegar a los tribunales cheránicos a la excepcionalidad. Esta política se reflejó en el cambio de denominación de Tribunales Majzenianos a Tribunales Ordinarios, y en su progresiva transformación, de la que se ofrece un extracto a través de las cuatro normativas más significativas.

En virtud de la primera, el dahír de 8 de abril de 1934, los tribunales serían divididos en dos jurisdicciones diferentes en lo tocante a cuestiones penales: la ordinaria para las zonas no beréberes y la beréber para las zonas reconocidas como poseedoras de un derecho consuetudinario propio. Mediante el segundo dahír, de 28 de noviembre de 1944[90], los tribunales majzenianosadquirieron la competencia exclusiva en todas las cusas civiles y mercantiles entre indígenas, a excepción de aquellas que correspondierande manera regular o fueran reclamadas por los tribunales franceses. También eran competencia suya las cuestiones inmobiliarias referentes a bienes inalienables, las de estatuto personal, las causas contra menores y las sucesiones que correspondieran a los tribunales cheránicos o rabínicos. En consonancia con esta preeminencia, se amplió su competencia jurisdiccional en detrimento de la justicia cheránica. Por otra parte, la Orden Ministerial de 24 de octubre de 1953 establecía la creación de Tribunales Provinciales, que venían a sustituir a los majzenianos, cuyo funcionamiento no comenzó hasta abril de 1954, apenas dos años antes de firmarse la independencia. Finalmente, el dahír de 24 de octubre de 1953 fijaba el Código Penal para los indígenas de jurisdicción majzení.

Todas estas actuaciones, impulsadas por la reforma de 1944, no tuvieron correspondencia en la zona jalifiana, donde la situación se invertía a favor de la justicia cheránica. Esta última contaba con una tradición jurídica bien establecida y unas competencias y procedimientos regulados frente a la precariedad de los tribunales majzenianos, que se tradujo en la impartición de una justicia basada en referentes generales sin una normalización ni un ordenamiento jurídico adecuados[91]. El proyecto de proveer a estos tribunales de un código, apuntado en el dahir de 3 de febrero de 1948 sobre el reglamento del Gran Visiriato, quedó en papel mojado, al igual que la

[90]GARCÍA FIGUERAS, T., *España y su protectorado en Marruecos: (1912-1956)*. Madrid, 1957, p. 318.

[91] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 161.

reforma de 1953-1955 por la que se pretendía reorganizar el sistema al estilo de los tribunales hispano-jalifianos[92].

Tampoco se aplicó la separación de poderes contemplada en la jurisdicción cheránica, circunstancia que sustentó la confusión entre el poder ejecutivo y el judicial. De forma que en 1956, año de la independencia, el cadí había perdido dos de las principales funciones que tenía antes de la instauración del protectorado: la inspección de la administración de los fondos públicos (ahora en manos de funcionarios especiales), y la corrección disciplinaria del funcionariado a su cargo (competencia del Gran Visir). Con ello, sus funciones se fueron limitando al ámbito judicial[93].

Mientras en la zona francesa se evolucionó hacia una justicia civil, en la española la justicia majzeniana permanecía en el mismo estado en el que se encontraba a principios de siglo pese a establecerse unas pautas de organización y funcionamiento más racionales, pero carentes de la reglamentación y normalización que necesitaba. El respeto por el derecho consuetudinario es una buena muestra de ello, pues no llegó a implantar una jurisdicción especial beréber, pero tampoco estableció unas competencias respecto a la jurisdicción cheránica y majzeniana.

7. Injerencias en el modelo tradicional: el dahír beréber de la zona sultaniana

La cuestión del derecho consuetudinario beréber fue abordada por algunos de los funcionarios de la administración española, entre los que había quien abogaba por la homogeneización del derecho islámico sin prescindir de algunas particularidades del

[92] GARCÍA FIGUERAS, *España y su protectorado en Marruecos: (1912-1956)*, p. 195.

[93] FERIA GARCÍA, M., "La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 165.

consuetudinario, como Manuel del Nido y Torres, y quien defendía el mantenimiento de las instituciones locales, especialmente las de las regiones rifeñas. Fue el caso de Emilio Blanco Izaga, uno de los mejores conocedores del medio bereber[94].

En la práctica, como señalan algunos autores, la Alta Comisaría promocionó la instalaciónde un sistema jurídico islámico basado en cadíes y en su aplicación de la ley islámica, que excluía el uso de los códigos locales. Pero tampoco se trataba de una mera imposición: tanto arabófonos como berberófonos compartían la creencia en el prestigio de la cultura árabe. Los cambios fueron más visibles en las zonas rifeñas, no sólo por efecto de los colonizadores, sino también como consecuencia de la política reformista de Abdelkrim, quien habría promovido la extinción del *'urf*[95]. De esta forma, la estructura majzeniana asumió la mayoría de las funciones de los consejos de poblado, de fracción y de tribu[96].

Francia, por su parte, trató de ir más allá de la mera consolidación de esta jurisdicción especial al tratar de atribuirle competencias que sustraían las atribuciones de la justicia islámica. Detrás de esta reforma, que no prosperó, había una clara intencionalidad política: extender la política de atracción practicada con las comunidades judías al colectivo beréber. Con ello se contribuiría, por un lado a debilitar el gobierno indígena y, por otro, a formar a unos cuadros de la administración afines que pudieran favorecer los intereses franceses a corto y largo plazo.

---

[94] ZOMEÑO, A., "El derecho islámico a través de su imagen colonial durante el Protectorado español en Marruecos", en *El protectorado español en Marruecos: gestión colonial e identidades*. Madrid, 2002, p. 322.

[95] HART, D. M., *TheAithWaryaghar of theMoroccan Rif. AnEthnography and History*. Tucson, 1976, p. 286.

[96] Para más información, véase MATEO DIESTE, J. L., "El interventor y el caíd. La política colonial española frente a la justicia marroquí durante el protectorado de Marruecos (1912-1956)", p. 648-650.

Aprovechando las fluctuantes relaciones que tradicionalmente había mantenido el majzen con las antiguas tribus, y cuyo reflejo más palpable era la vigencia del derecho consuetudinario, la Residencia General impulsó el dahír del 16 de mayo de 1930, más conocido como el dahír beréber,porque perseguía la implantación de un estado beréber,definido por algunos como Berberistán[97], independiente del gobierno central. El decreto, tildado por algunos autores de un golpe de Estado[98], pretendía establecer un estado laico berberófonoque pasaría a regirse por su propio derecho consuetudinario y por el derecho penal francés mediante la abolición de la justicia cheránica, las instituciones islámicas y la lengua árabe.

Basándose cuestionables criterios étnicos, lingüísticos, económicos y jurídicos, el dahír dejaba fuera de la autoridad jurídico-religiosa del Sultán a todos los colectivos beréberes del país, lo cual constituía una ruptura frontal con la tradición mantenida en época pre-colonial. Se atentaba así contra la identidad islámica de la población al intentar escindirla en dos comunidades: la árabe y la beréber, en virtud de la cual la segunda encarnaba el mito rousseauniano del "buen salvaje" y, en consecuencia, "asimilable"[99]. Y también contravenía los acuerdos de protectorado, ya que se atetaba contra la autoridad del Sultán, además de ser un gran error político al atacar directamente la tradición religiosa al limitar el uso de la ley islámica[100].Lo paradójico era que el dahír había sido refrendado por el Sultán, sin cuya rúbrica no hubiera tenido validez legal a efectos oficiales.

[97] BERQUE, J., *Le Maghreb entre deuxguerres*. París, 1962, p. 230.
[98] HOISINGTON, W. A., "Cities in Revolt: TheBerber Dahir (1930) and France'sUrbanStrategy in Morocco", en *Journal of ContemporaryHistory*, vol. 13, nº 3, 1978, pp. 434.
[99] PERRAULT, G., *Notreami le roi*. París, 1990, p. 20.
[100] VERMERER, P., *Histoire du Marocdepuis l´indépendance*. París, 2002, p. 11.

El decreto contaba con un precedente, un dahír de septiembre de 1914[101], en virtud del cual se había dispuesto que las tribus beréberes se rigieran por sus propias leyes y costumbres, al tiempo que las autoridades francesas regularían y adaptarían correctamente los textos legales a tal efecto. Del reconocimiento a la diferencia beréber a su separación del sistema islámico había una enorme distancia que la sociedad marroquí, y en buena parte el colectivo implicado, no estaba dispuesto a permitir. La implantación del dahír beréber generó numerosas quejas y la condena unánime de todas las instituciones musulmanas. Frente a la legitimidad jurídica del decreto, los imames hicieron uso de la legitimidad jurídico-religiosa tradicional, y convirtieron el cambio en "la amenaza que se cernía sobre el Islam"[102]. Incluso los marroquíes protegidospor Francia participaron en contra de la decisión de la Residencia[103].También la Alta Comisaría, que se desligó de esta medida y permitió las manifestaciones de protesta en la zona jalifiana.

Más allá de su alcance jurídico, las consecuencias políticas y sociales del dahír contribuyeron a la germinación del nacionalismo político marroquí y a la consolidación de los pilares identitarios del Marruecos independiente[104]. La identificación entre la nación marroquí y su máximo representante político y religioso, al igual que toda la simbología en torno a la institución, comenzaba a tomar cuerpo. Baste como ejemplo la institución de la llamada Fiesta del Trono (18 de noviembre de 1933), la actual fiesta nacional cuyo origen se encuentra en la respuesta de los nacionalistas al dahír y en la

[101] HOISINGTON, W. A., "Cities in Revolt: TheBerber Dahir (1930) and France´sUrbanStrategy in Morocco", en *Journal of ContemporaryHistory*, vol. 13, nº 3, 1978, pp. 433-448.
[102]HALSTEAD, J. P., *Rebirth of a Nation. Theorigins and rise of Moroccannationalism, 1912-1944*. Cambridge, 1967, pp. 181-182.
[103] KENBIB, "Protection, Protectorat et Nationalisme (1904-1938)", p. 188.
[104] VELASCO DE CASTRO, R., "La construcción de la identidad nacional marroquí en época colonial: el ideario nacionalista y su vigencia actual", pp. 11-12.

decisión de éstos últimos de establecer una relación simbiótica entre el soberano y la lucha por la independencia. De esta forma, Muhammad V se convertía en el agente cristalizador de la nación marroquí[105].

El dahír fue abolido en 1934, pero el apoyo prestado por los nacionalistas al Sultán consolidó una alianza refrendada públicamente por el soberano en su famoso discurso de 1947[106]. La creciente resistencia de Muhammad V a rubricar los dahíres por los que la Residencia General aumentaba su control sobre las instituciones indígenas, desembocó en una nueva actuación contra la soberanía del Sultán. Tras destituirlo del califato (es decir, de su autoridad política o *mulk*) y del imamato (autoridad religiosa en función de su *baraka*), Muhammad V fue destronado el 10 de agosto de 1953. TuhamiGlaui, bajá de Marrakech y proclamado por la prensa colonialista francesa "Sultán de los beréberes"[107],aseguraba al candidato, el *cherife* Muhammad Ben Arafa, la afección de las tribus del sur debido al vínculo clientelar que mantenían con el bajá. Asimismo, el apoyo del jefe de la cofradía Ketaniyya, el *cheij*AbdelhaiKettani, le granjeaba las simpatías entre los ulemas cercanos a la cofradía.

El Sultán respondió a través de una misiva difundida por el Gran Visir a todas las mezquitas del país, en la que deslegitimaba toda autoridad que no fuera la suya[108]. También los ulemas de Fez hicieron lo propio con la emisión, el 13 de agosto de 1953, de una fetua en la que solicitaban que se condenara a los que se habían insubordinado contra la máxima autoridad religiosa del país[109]. Se escenificaba así el

---

[105] RENAN, E., *Whatis a Nation?*. Trondheim, 1996, p. 45.

[106]El texto íntegro de dicha alocución puede consultarse en AL-BUJALĀJĪ, M., *Al-Riḥlaal-tā'rījīyali-l-Sulṭānal-MuŷāhidMuḥammadal-Jāmisilàmadīna Ṭanŷa* [*El viaje histórico de S. M. Muhammad V a Tánger*]. Mohammedía, 1997.

[107] IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, *Fīrikābzaʿīm al-waḥda*, pp. 166-167.

[108] HOISINGTON, "Cities in Revolt: TheBerber Dahir (1930) and France´sUrbanStrategy in Morocco", 437.

[109] IBN ʿAZZŪZ ḤAKĪM, *Fīrikābzaʿīm al-waḥda*,pp. 167-168.

conflicto de legitimidad de época pre-colonial en la que, de nuevo la injerencia extranjera, como antaño con la atracción de notables y cofradías, tenía un papel relevante. La potestad para socavar su doble legitimidad provenía de la combinación de fuerzas de un notable (*baraka*), un *cheij* (*baraka*) y un grupo de ulemas (*'ilm*). Frente a ellos, la suprema autoridad del Sultán, acorde con lo establecido en la estructura pre-colonial del Majzencherifiano, y la contravención del Tratado de Fez, incurriendo con ello en la ilegalidad.

La medida, que permitió oficializar unas reformas conducentes a una administración directa encubierta, fue rechazada por los representantes españoles, quienes expresaron su enorme malestar al no haber sido informados de una medida cuyas repercusiones afectaban a la zona jalifiana[110]. La situación, inmersa en un contexto internacional que impulsaba el proceso de descolonización,acabó resolviéndose por presiones internacionales. El Sultán fue repuesto en el Trono a finales de 1955 al tiempo que tenían lugar las negociaciones por la independencia. De esta forma, el régimen colonial culminaba retomando las bases tradicionales que conformaban la legitimidad de la autoridad político-religiosa y jurídico-religiosa en el Marruecos pre-colonial con la que iniciábamos estas páginas.

7. Pervivencia de la jurisdicción especial en el Marruecos independiente: la *Mudawwana*

La abolición del Tratado de Fez tuvo lugar el 2 de marzo de 1956, y con ello la potestad otorgada por Francia a España en su zona de influencia. No obstante, las autoridades españolas que se mostraban por un lado reticentes a la aceptación de una política de hechos consumados, y por otro empeñadas en mantener la ficción de

[110] Resulta sintomático que las primeras declaraciones oficiales se realizaran cinco días después de producirse los acontecimientos y dentro del protocolario discurso de felicitación al Jalifa por la Pascua, que el diario *ABC* publicó en su edición de 26 de agosto de 1953, p. 12..

encontrarse en el mismo plano que Francia, escenificaron la independencia de la zona jalifiana en una ceremonia similar a la francesa el 7 de abril de 1956 mediante un acuerdo en el que, como tantas otras veces durante el protectorado, primó la improvisación y la indefinición. A partir de ese momento, España se desentendió de los asuntos marroquíes pese a que aún quedaban pendientes cuestiones capitales, lo cualdesembocó en un traumático proceso de descolonización[111] que envenenó las relaciones bilaterales durante varias décadas.

A esta situación se unía el legado de un protectorado caracterizado por la incapacidad para gestionar el territorio y la ineptitud de algunos responsables coloniales y metropolitanos para llevar a cabo una política colonial definida, coherente y continuista. Por el contrario, Francia supo encauzar unas relaciones bilaterales que podían sustentarse en la herencia dejada por la administración colonial y sus diversas actuaciones en el territorio. Estas diferencias también alcanzaron su reflejo en el interior del país entre la antigua zona jalifiana y sultaniana. En consecuencia, y acorde con las prácticas acometidas en otros órdenes, en el ámbito jurídico lo que prevaleció fue la impronta colonial francesa.

No obstante, la yuxtaposición de época pre-colonial entre distintas jurisdicciones se mantuvo en época colonial y post-colonial con una justicia islámica tradicional que mantenía su competencia en los asuntos relacionados con el estatuto personal, y una justicia majzeniana modernizada que atendía las causas civiles, penales y mercantiles. También subsistió la estructura majzeniana de legitimación de autoridad, en virtud de la cual el soberano era la máxima autoridad política y religiosa del Marruecos independiente. Todas estas características y sus consiguientes disfunciones, alguna de las cuales aún hoy prevalecen, quedaron patentes con la promulgación

[111] YBARRA ENRÍQUEZ DE LA ORDEN, C., *España y la descolonización del Magreb: rivalidad hispano-francesa en Marruecos, 1951-1961*. Madrid, 1998, pp. 263 y ss.

del Código de Estatuto Personal (1957-58) y de la Constitución (1962). No es nuestro objetivo realizar un análisis exhaustivo de ambos textos, pero sí señalar, en consonancia con el tema abordado, la pervivencia de la jurisdicción especial a través de la *Mudawwana*.

El primer Código de Familia, también llamado Código de Estatuto Personal o *Mudawwana*, fue elaborado entre 1957 y 1958 por una comisión compuesta exclusivamente por ulemas y juristas. El texto se componía de 297 artículos distribuidos en seis libros, cuyos originales fueron apareciendo por partes en sucesivos dahíres: El matrimonio y su disolución (libros I y II, 22 de noviembre de 1957); El nacimiento y sus efectos (libro III,18 de diciembre); La capacidad y la representación legal (libro IV, 25 de enero de 1958); El testamento (libro V, 20 de febrero); y La sucesión (libro VI, 3 de marzo)[112].

El hecho de que se emitiera por partes llevó a que en cada entrega se repitiera el artículo en el que se establecía que el código se basaba en la escuela jurídica malikí. Como señala Feria en su análisis de los fundamentos de derecho de los fallos de un cadí de la región de Chauen en época colonial, las continuas referencias a autores malikíes clásicos reflejaban la pervivencia de los clásicos andalusíes en la impartición de justicia cheránica y su continuidad hasta la*Mudawwana*[113]. Por lo tanto, el modelo jurídico de familia que se desprendía del estatuto personal promulgado tenía por objetola salvaguarda del patrimonio musulmán y la herencia de siglos pasados, dentro de una línea tradicionalista y conservadora. Y ello, a pesar de que entre los políticos, intelectuales y reformistas que preconizaban la participación activa de la mujer en la política y social del nuevo

[112] Disponible en castellano en RUIZ DE ALMODÓVAR, C., "El código marroquí de estatuto personal", en *El Magreb: coordenadas socio-culturales*. Granada, 1995, pp. 413-485.

[113] FERIA GARCÍA, M.,"La justicia indígena en la zona jalifiana del protectorado español en Marruecos", p. 160.

Marruecos hubiera alguno, caso del líder nacionalista Alal el Fassi, que tomó parte activa en la elaboración del citado estatuto[114].

La *Mudawwana* perpetuó la división tradicional de la familia y de la sociedad en función del sexo. Una situación que se mantuvo cuarenta y seis años, hasta la reforma de 2004, a pesar de los tímidos avances introducidos en 1993. La pervivencia del código resultó doblemente perjudicial para la mujer. Amparado por un Islam entendido como religión oficial del Estado ycomo parte consustancial del mismo (art. 6º de la Constitución de 1962), sus disposiciones, claramente discriminatorias, prevalecieron sobre el cumplimiento de las convenciones internacionales y el principio de igualdad ante la ley (arts. 5º, 8º, 9º, 12º y 13º), ambos recogidos en la Constitución.

Respecto a esta última, coadyuvó de manera decisivafue a sentar las bases del actual Estado y de su funcionamiento enmuchos aspectos[115]. En primer lugar, tanto los partidos políticos como lasociedad civil fueron excluidos por el monarca del grupo de trabajodesignado para la elaboración del texto. De forma que la constituciónfue "otorgada" por el Rey a los ciudadanos[116], cuya única competenciaen el proceso residía en aprobarla mediante referéndum. Medio siglo después, esta prácticacontinúa vigente con algunos matices, como se comprobó en la última constitución de noviembre de 2011. Asimismo, bajo el lema nacional "Dios, Patria, Rey" (art. 7º) se estructuraba el funcionamiento efectivo de un sistema que reposaba de facto en la actuación del monarca bajo un sistema parlamentario que podíamos definir como dual al contar, además de con un

[114] GÓMEZ CAMARERO, C., "Algunas cuestiones en torno a la reforma de la Mudawwana", en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, nº 45, 1996, pp. 57-58.

[115] FOUGÈRE, L., "La Constitutionmarocaine du 7 décembre 1962", en *Annuaire de l'Afrique du Nord*, nº 1, 1962, p. 155.

[116] CHEKRAD, M., "La posición de la Corona en la Constitución y su papel en el sistema político marroquí", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra FadriqueFurióCeriol*, nº 57, 2006, p. 88.

parlamentarismo bicameral, con un ejecutivo bicéfalo, en el que el monarca reina y gobierna desde su doblecondición: política (califato), como Garante del Estado y religiosa (imamato), al erigirse en Comendador de los Creyentes (art. 19º).

Desde una perspectiva jurídica, se confirió al soberano,persona inviolable y sagrada (art. 23º), una serie de prerrogativaslegislativas muy amplias, tales como nombrar y destituir al PrimerMinistro, a los miembros del Gobierno y a los altos cargos civiles ymilitares del Estado (art. 24º); presidir el Consejo de Ministros (art.25º); promulgar leyes; disolver las Cámaras del Parlamento (arts. 26º y27º); proclamar el estado de excepción (art. 35º); hacer usodel derechode gracia (art. 34), etc. En suma, el Rey ejercía el control del gobiernoy, con ello, el del país. De forma que el lema "Dios, Patria, Rey"quedaría prácticamente reducido al monarca en virtud de sus ampliasprerrogativas político-religiosas. En consecuencia, la capacidad deactuación de la clase política y de la ciudadanía a la que representaba, sevio considerablemente limitada.

Este marco jurídico reflejaba la tensión social existente al tratar de conciliar la preservación de la tradición con la modernización y el aperturismo[117].Como señala MustafaSehimi en su análisis sobre el derecho marroquí actual, las instituciones revelan con esta particularidad la herencia colonial y la tradición pre-colonial[118], y con ella la pervivencia de la jurisdicción especial.

[117] ROUSSET, M., "Le systemepolitique du Maroc", en *Le Grand Maghreb. Données socio-politiques et facteursd'integration des Etats du Maghreb*. París, 1988, p. 55.

[118] SEHIMI, M., *La grande Encyclopédie du Maroc: les institutionspolitiques, administratives et judiciaires*. Rabat, vol. 1, 1986, p. 169.

8.- Conclusiones

A tenor de lo expuesto en estas líneas, cabría colegir algunas conclusiones. En primer lugar, la plena vigencia de los mecanismos que sustentaban la "dominación legítima" en el Marruecos moderno: la legitimidad política, jurídica y religiosa que actualmente conserva el monarca marroquíy su autoridad sobre las decisiones de alfaquíes y ulemas; la impronta de la tradición islámica en la jurisdicción especial por la que se rigen las cuestiones de estatuto personaly su coexistencia junto a las legislaciones de corte occidental;oel peso de la escuela malikí en dicha jurisprudencia. Existe, por tanto una continuidad en la que el protectorado hispano-francés actuó como eslabón intermedio en la cadena de transmisión de estas tradiciones. Ello no implica que la administración colonial no supusiera un impacto en lajusticia indígena, como se desprende de la implantación de los tribunales franceses y españoles, y de la vigencia de la figura de los protegidos.

En cuanto a las especificidades del modelo de justicia implantado en el protectorado español, habría que comenzar por afirmar que la zona jalifiana quedó segregada del resto de Marruecos. Salvo en el caso de la justicia rabínica, todos los funcionarios debían ser naturales o residentes de larga duración en la Zona mientras que, por ejemplo, los documentos notariales de la zona sultaniana no eran válidos. Y ello pese a la influencia de la legislación francesa en el ordenamiento español.

Ni la normativa desarrollada a partir del modelo francés ni la propia justicia hispano-jalifiana pueden compararse al alcance y desarrollo de la francesa en la zona sur.Las causas de este desequilibrio se deben por un lado, a la incapacidad derivada de la debilidad de la empresa colonial española y por otro, al carácter propagandístico de algunas medidas de respeto hacia el Islam que fomentaron una cierta laxitud en el cumplimiento de la normativa vigente, siempre dentro de la subordinación propia del régimen de protección.En este sentido, el papel que desempeñó la justicia como objeto de control político ylas estrategias que los agentes coloniales

españoles adoptaron en este terreno,especialmente en las áreas rurales, resultó fundamental.

Por lo que respecta a las jurisdicciones especiales, se introdujeron reformas tendentes a la normalización, a la institución de las diferentes instancias y a la funcionarización de los órganos judiciales. Estas medidas, a todas luces insuficientes, no evitaron que se produjeran problemasde delimitación de competencias entre las autoridades gubernativas y las autoridadesjudiciales. Tampoco acallaron las críticas de los musulmanes frente a lo que consideraban un agravio comparativo respecto a la comunidad hebrea, ni las continuas peticiones de reforma de la justicia islámica en las que los nacionalistas de Tetuán, a través del Partido Reformista Nacional, tuvieron gran protagonismo. Por otra parte, la práctica desaparición del derecho consuetudinario y la preeminencia de la justicia cheránica sobre la majzeniana resultaron excepcionales respecto al resto del país y no adquirieron continuidad en el Marruecos independiente.

Frente al inmovilismo y especificidad de la justicia jalifiana, el impulso de la Residencia General por modernizar la justicia majzenianaresultó decisivo para que la administración de justicia del Marruecos independiente siguiera los cauces trazados por Francia, sin que por ello la tradicional jurisdicción del estatuto personal escapara a las atribuciones de la justicia cheránica. La difícil convivencia deestas dos tradiciones jurídicas continuó generando tensiones en torno a la legitimidad. La preeminencia de la *Mudawwana* sobre el texto constitucional de 1962ilustraría la vigencia de los modelos tradicionales. Estos últimos estaban también presentes en una Constitución otorgada que consolidaba al soberano como máxima autoridad política y religiosa del país.

EL DERECHO DE FAMILIA EN ARGELIA Y MARRUECOS EN ÉPOCA POSCOLONIAL: EVOLUCIÓN DE UNA HERRAMIENTA DE CONTROL SOCIO-POLÍTICO[1]

Ana Torres García[2]

Universidad de Sevilla

1.- Introducción. La situación de excepcionalidad del derecho de familia

Desde finales del siglo XIX, debido al contacto derivado del proceso de colonización que experimenta la mayor parte del mundo árabe, la ley islámica (*sharia*[3]) es paulatinamente reemplazada por legislación de inspiración occidental en aquellos ámbitos en los que se consideraba urgente adaptarse a las condiciones modernas. Sin embargo, esta necesidad de modernización no es completa y la ley islámica queda en gran medida confinada en Oriente Próximo al

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

[2] torresga@us.es

[3] Dadas las escasas palabras árabes que se emplean en el texto se ha optado por emplear una simplificación del sistema de transcripción de la escuela de arabistas españoles. En el caso de referencias bibliográficas sí se respeta dicho sistema.

ámbito del derecho familiar, en el que se deben incluir las normas de la herencia, el sistema de las fundaciones piadosas y, en la mayoría de los casos, el de las donaciones. Sólo la península árabe permanecía por completo al margen de la influencia de las leyes europeas. En el caso del Norte de África, en Argelia, Túnez y Marruecos, también ocurre este fenómeno y la *sharia* quedó restringida básicamente a los asuntos de derecho familiar. Esta situación cambiaría posteriormente tras las independencias, pues a la hora de imponer su dominio, el Estado debía elegir entre distintas estrategias. En lo que se refiere a la sociedad y la posición de la mujer en ella se podía optar por sancionar la igualdad de género o por mantener los arreglos existentes, el *statu quo*. Y, claramente, la ley de familia, al regular el matrimonio, el divorcio, derechos y deberes de los esposos, la herencia, etc. era una herramienta clave en manos del Estado a la hora de promover o impedir el cambio social[4].

A continuación se expone la evolución de la cuestión de la ley de familia en Marruecos y Argelia para explicar semejanzas y diferencias de ambos casos y así determinar qué efectos han tenido en la sociedad las distintas estrategias adoptadas por sus regímenes políticos.

2. Las tres fases de modernización en la evolución de la legislación relativa al derecho de familia

En un primer momento, la identificación de modernización con "occidentalización" será vista mayormente de manera positiva, especialmente por las élites políticas e intelectuales. De hecho, la adaptación de las ideologías nacionalistas importadas de Europa servirá para aglutinar a las poblaciones colonizadas y unificarlas en

[4] CHARRAD, M. "State and gender in the Maghrib", *Middle East Report*, March-April 1990, p. 20; COULSON, N. *Historia del derecho islámico*, 1964, 1998, 2000, p. 159-166.

movimientos políticos de liberación nacional que acabarán logrando la consecución de sus independencias tras la II Guerra Mundial. Sin embargo, los nuevos estados surgidos tras el período colonial tienen que embarcarse en un proceso de construcción nacional, pues aunque las autoridades coloniales en la mayoría de los casos les han legado una estructura estatal centralizada, las identidades de estas nuevas naciones están por construir. De manera que los nuevos estados deben definir cómo se van a organizar políticamente, cuáles van a ser sus sistemas políticos (monarquía o república; con parlamento o sin él; etc.); por qué modelo económico van a optar (de carácter socialista o capitalista). Y lo mismo ocurre en el ámbito social y cultural.

La modernización en materia de derecho se produce a través de la codificación de las leyes, que tiene por objetivo uniformizar la aplicación de la ley y la reorganización de los sistemas jurídicos (juzgados de *sharia* aparte). Con anterioridad, los jueces impartían justicia guiados por las opiniones prevalentes de su escuela jurídica[5]. Dicha jurisprudencia se recogía en manuales, recopilaciones y comentarios de juristas anteriores de reconocido prestigio.

Como se ha mencionado, este proceso comienza en el s. XIX cuando la mayoría de los países árabes de hoy en día se encontraban bajo control otomano o europeo (Inglaterra, Francia o Italia, básicamente). El proceso de codificación del derecho de familia, pues, comienza con la Ley Otomana de Derecho de Familia promulgada en 1917, aunque tras la fundación de la Turquía moderna esta ley sería sustituida por una versión adaptada del código civil suizo. Sin embargo, la Ley Otomana siguió estando en uso en algunos países que habían sido parte del Imperio, como por ejemplo en la Palestina

[5] En el derecho islámico hay cuatro escuelas jurídicas: malikí, ḥanafī, shafi'í y ḥanbalí. Los Otomanos seguían la escuela ḥanafi. En el caso del Norte de África, ahí históricamente ha prevalecido la malikí.

británica, e incluso sirvió de modelo para codificaciones posteriores que tuvieron lugar en la década de los 50[6].

Es entonces, a mediados del siglo XX, cuando se produce la segunda fase en el proceso de modernización de la legislación relativa al derecho de familia. Ello consistiría en que la jurisprudencia clásica mantendría el reducto del Estatuto Personal, aunque sufriría un proceso de codificación[7].

Tras obtener sus independencias de las potencias coloniales los nuevos Estados-Nación que emprenden la codificación por primera vez son Jordania, Siria, Túnez, Marruecos e Iraq. Es interesante señalar cómo, ya en este momento, los códigos difieren entre sí, tanto en los detalles de su contenido como en los procedimientos de aplicación. Una de las grandes diferencias, por ejemplo, es que en algunos países los códigos de Estatuto Personal se aplican a través de un sistema de juzgados de *sharia* distintos a los juzgados civiles, casos de Jordania, Líbano o Palestina; mientras que en otros esa separación se evita, caso de Egipto. Aunque esto no será definitivo, puesto que en posteriores reformas de los sistemas judiciales esto podrá variar[8].

El proceso de codificación representa la asunción del poder judicial por parte del Estado, que impone una uniformidad (es decir, impone su concepto de *sharia*) y unas directrices a seguir por la judicatura. Los jueces, así, pierden la capacidad de interpretación o de discrecionalidad de la que disfrutaban con anterioridad.[9] Esto puede verse de manera positiva, pues permite que la legislación ofrezca al ciudadano una homogeneidad; o de manera negativa, como mantiene Sonbol, pues a menudo supone "sacralizar" los códigos fomentando

[6] WELCHMAN, L., *Women and family laws in Arab states: a comparative overview of textual development and advocacy*, Amsterdam University Press, 2007, pp. 11-12.
[7] SERRANO RUANO, D., "Introducción", *Awraq*, vol. XXIV, 2007, p. 204.
[8] WELCHMAN, *Women and family laws in Arab states*, pp. 13-14.
[9] WELCHMAN, *Women and family laws in Arab states*, pp. 21, 23.

un "patriarcado estatal", forzando que las decisiones judiciales sean más rígidas, menos sensibles a los cambios sociales y, en definitiva, tendentes a la discriminación de la mujer.[10] Así, es en esta fase cuando, como explica Maktabi, se institucionaliza la discriminación contra la mitad de la ciudadanía por razón de género,[11] en clara contradicción con las Constituciones de estos países que sí consagran la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Esta paradoja se debe al rechazo de influencias foráneas en un momento crítico de desarrollo de la identidad nacional de los Estados poscoloniales. Los Estados que estrenan su capacidad legislativa, de imponer su impronta en los procesos de construcción nacional en los que se acaban de embarcar, recurren a menudo, en aras de la unidad nacional, a la ley islámica, como un elemento propio de su cultura que ejerza de factor legitimador al tener la capacidad de imprimir autenticidad.[12] Pues la codificación del derecho de familia se produce cuando los nuevos Estados-nación árabes sientan sus bases. En dicho proceso fundacional las élites dirigentes nacionalistas que se han alzado con el poder tienden a rechazar la influencia foránea, de manera que la cuestión de la familia y de la situación de la mujer se convierte en el escenario de la batalla, dada su centralidad en la sociedad, entre reformistas-progresistas y conservadores-islamistas, estos últimos reivindicándolo como instrumento de reafirmación identitaria.[13] Y esta circunstancia se vuelve preponderante frente al discurso en favor de la emancipación de la mujer: las reivindicaciones de la mujer pueden esperar, lo prioritario es que la patria alcance una

[10] Véanse los trabajos de Amira Sonbol, en particular "Shari'ah and state formation: historical perspective", *Chicago Journal of International Law* 8.1, 2007, pp. 59-83.

[11] MAKTABI, R. "Female citizenship in the Middle East: Comparing family law reform in Morocco, Egypt, Syria and Lebanon", *Middle East Law and* Governance, 5 (2013), p. 281.

[12] WELCHMAN, *Women and family laws in Arab states*, p. 14.

[13] AHMED, L. *Women and gender in Islam: historical roots of a modern debate*, New Haven, Yale University Press, 1992**,** pp. 166-167.

verdadera independencia y autonomía, así como una modernización basada en valores considerados o defendidos como "auténticos".

Vemos entonces cómo en este proceso de codificación del derecho de familia en los países árabes, se recurre a la referencia a la *sharia*, a la ley sagrada, como elemento legitimador frente a influencias externas. Pero ¿en qué consiste la *sharia*? Como explica Delfina Serrano, el concepto de *sharia* es subjetivo y complicado de definir, no existiendo sobre ello unanimidad. En la actualidad, lo esencial al analizar la cuestión, "no es ya qué se entiende por *sharia* sino quién decide lo que es *sharia* y lo que no es *sharia*…. 'Ésta no es una cuestión de lógica sino de poder'… 'y por tanto, la respuesta será resultado de las relaciones de poder que se establezcan en la sociedad'"[14]… De ahí que, en la práctica del día a día, "los derechos de los individuos dependen más del sistema político y de los factores económicos a los que están sujetos que de la naturaleza religiosa o secular de las leyes por las que se rigen".[15] Aplicado a nuestro objeto de estudio, esto quiere decir que, por un lado, los Estados, al promulgar los distintos Códigos de Familia, interpretan la *sharia*, dando lugar como consecuencia a la gran diversidad existente entre estos códigos a lo largo y ancho del mundo árabe: realmente no existen dos códigos iguales. Y, por otro lado, que tanto la codificación primigenia como la posterior reforma de los Códigos son procesos que pueden verse afectados por las tensiones derivadas de las luchas por el poder entre los sectores que conforman el liderazgo de estos países.

Éste sería el caso de Argelia, donde la codificación de la Ley de Familia de 1984 fue el resultado de la necesidad de construir y consolidar alianzas que garantizasen la estabilidad en el control político-económico de unas elites dirigentes nacionalistas que asumen y ejercen el poder a través de procedimientos para nada democráticos. En esta "negociación", reservar la parcela del derecho de familia al sector del estamento religioso de tendencia conservadora ha permitido

[14] Citando a K. Vikør. SERRANO RUANO, "Introducción", p. 209.
[15] SERRANO RUANO, "Introducción", 2007, pp. 207-211.

establecer un cierto "Islam oficial" al servicio del régimen.[16] Todo ello con la fuerte oposición de organizaciones progresistas y de defensa de derechos de las mujeres que a partir de ese momento plantean una clara ruptura con el gobierno y su partido único, el Frente de Liberación Nacional.[17]

La tercera fase en el proceso de modernización del derecho de familia corresponde a las reformas de los códigos que se adoptan a partir de finales del siglo XX y principios del XXI. En este periodo, el derecho de familia o los Códigos Estatuto Personal ya han consolidado su carácter simbólico como elemento de reafirmación identitaria musulmana y se convierten en objetos de grandes controversias políticas y de movilización de la sociedad civil en un momento en que la ciudadanía va tomando su lugar en el espacio público. Ello se traduce en la aparición de multiplicidad de agentes que presionan por influenciar en el resultado final del debate legislativo de manera que ya no es el Estado o el gobierno el que decide e implementa de manera unilateral, sino que se ve forzado a dejar intervenir (aunque en distintos grados según el país y las circunstancias) a agentes externos en el proceso legislativo o judicial como pueden ser asociaciones feministas o de defensa de los derechos humanos[18]. Este sería el caso de la reforma del Código Marroquí de 2004[19].

[16] PÉREZ BELTRÁN, C., "Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción", *Miscelánea de Estudios Árabes e Islámicos*, sección Árabe-Islam, 54, 2005, pp. 144-145.
[17] WELCHMAN, *Women and family laws in Arab states*, p. 34.
[18] *Idem*, pp. 15-17, 27.
[19] Sobre los detalles del proceso y el debate que suscitó en la sociedad marroquí, véase LÓPEZ ENAMORADO, M. D. "Mujeres marroquíes en transición", en Torres García, A. y Velasco De Castro, R., *El Magreb hoy: Estudios sobre historia, sociedad y* cultura, Sevilla: Alfar-IXBILIA, 2004, pp. 59-85; y RUIZ-ALMODÓVAR, C. "La evolución del derecho de familia en Marruecos desde la independencia a nuestros días", en Torres Calzada, K.

3. Evolución de la ley de familia en Marruecos y Argelia

En el derecho islámico sunní existen cuatro escuelas jurídicas distintas y, de ellas, la que ha imperado en el Norte de África desde la Edad Media es la malikí. En lo referente a disposiciones relacionadas con la familia, la escuela malikí es de marcado carácter patriarcal reforzando la solidaridad grupal, ya sea la del clan o la familia extensa, prevaleciendo ésta sobre el núcleo conyugal. Así, sus características fundamentales son: la necesidad de la figura del tutor matrimonial para la mujer, normalmente es el padre o el pariente varón más cercano; la no determinación de una edad mínima para contraer matrimonio; el requisito de que la novia reciba una dote por parte de su futuro marido; como ocurre en la tradición de las otras escuelas jurídicas, el esposo tiene el privilegio de poder disolver el matrimonio sin causa alguna, ni proceso legal (es el llamado repudio[20]), mientras que la mujer tiene la opción del divorcio[21], aunque sólo en el caso de que exista una causa justificada y ésta quede probada ante la autoridad judicial; la posibilidad de que el marido pueda casarse hasta con cuatro mujeres a la vez; finalmente, en cuanto a la herencia, la mujer recibe la mitad que un hombre en mismo grado de parentesco e, incluso, podría perder parte de lo que le corresponde en favor de un pariente varón del esposo.[22]

Como señalábamos anteriormente, dado que la ley de familia representa un significativo instrumento de control social, los distintos países magrebíes hicieron uso de ella tras la consecución de sus independencias, a mediados de los cincuenta y principios de los

---

50 años del reino de Marruecos: análisis sobre el Marruecos actual, ArCiBel Editores, 2006, pp. 19-33.

[20] RUIZ DE ALMODÓVAR, C. "El divorcio en las leyes de familia de los países árabes", *Miscelánea de Estudios Árabes e Islámicos*, sección árabe – islam, 55, 2006, p. 324.

[21] Sólo en el caso del código tunecino se llega prácticamente a la igualdad jurídica. *Idem*, p. 324.

[22] CHARRAD, "State and gender in the Maghrib", p. 20.

sesenta, dependiendo de sus necesidades de consolidación y estabilidad. Según Charrad, en Túnez, donde las comunidades tribales ya estaban debilitadas en aquel momento, fue posible promulgar una ley diseñada para ser motor de cambio social. En el caso de Marruecos, dada la importancia del sistema tribal, en una sociedad muy ruralizada[23], base fundamental del apoyo al Trono, se optó por mantener la tradición malikí casi sin alteración. En el caso de Argelia, las negociaciones y debates duraron 22 años, de 1962 a 1984, y a pesar de la presión ejercida por el movimiento feminista argelino, finalmente, la lucha política por la hegemonía del poder terminó por inclinar la balanza en contra de la igualdad entre hombres y mujeres.[24] De manera que, tanto en Marruecos como en Argelia, la codificación del derecho de familia dio lugar a la promulgación de Códigos muy conservadores, lo que contrasta con el caso tunecino.

[23] Se estima que en 1960 la población marroquí urbanizada era el 29,2%. No es hasta 1992 que la población rural baja hasta el 50%. En la actualidad se estima que el 60% de la población reside en el medio urbano. REINO DE MARRUECOS, ALTO COMISARIADO PARA LA PLANIFICACIÓN, "Taux d'urbanisation (en %) par année: 1960 – 2050". Disponible en: http://www.hcp.ma/Taux-d-urbanisation-en-par-annee-1960-2050_a682.html [30/04/2015].

[24] CHARRAD, "State and gender in the Maghrib", p. 20-21, 23.

4. Comparativa de la evolución de los Códigos, con particular atención a las disposiciones relativas al matrimonio y su disolución.

El caso de Marruecos

Marruecos promulgó en 1957-1958 una ley denominada *Código de Estatuto Personal* (conocido como *Mudawwana*[25]) con el objeto de regular el matrimonio, su disolución, la filiación y la herencia. Como hemos indicado anteriormente, estaba basado en la escuela jurídica malikí, aunque se introducían determinados cambios respecto a ésta. Esta primera versión del código marroquí presentaba las siguientes novedades: se recogía la necesidad de contar con el consentimiento de ambos contrayentes para que el matrimonio fuese válido, aunque en el caso de la mujer su tutor podía decidir por ella en el caso de que temiese que ella actuase "con depravación"[26]; exigía una edad mínima para poder contraer matrimonio, aunque ésta discriminaba por género, al ser 15 años para la mujer y 18 para el varón; al contrario que la escuela malikí que establece una dote mínima, en el código marroquí no existía dote mínima ni máxima y cualquier cosa podía servir como tal; la poligamia era aceptada pero con limitaciones, pues concedía el derecho a la esposa de oponerse a un nuevo matrimonio de su marido, además de obligar a éste a informar a la novia de su primer matrimonio; permitía a la esposa la introducción de cláusulas en el contrato matrimonial, siendo ésta una novedad por influencia de la escuela jurídica ḥanbalí que tenía por objeto facilitar que la esposa se pudiera proteger contra el poder abusivo del marido (por ejemplo: podía establecer la imposibilidad de que su marido le impusiese un matrimonio polígamo o que le impidiese estudiar, trabajar, viajar sola, etc.); otro cambio introducido en el código de 1957-58 fue establecer

[25] Abreviatura de *Mudawwanat al-usra* (Código de la familia).
[26] RUIZ-ALMODÓVAR, "La evolución del derecho de familia en Marruecos desde la independencia a nuestros días", p. 21.

la obligatoriedad de registrar el matrimonio ante las autoridades; también imponía el registro del repudio para su reconocimiento oficial, así como establecía que el juez debía informar a la esposa de que había sido repudiada; también limitó el periodo máximo del embarazo en un año, eliminando por tanto la práctica del *niño dormido* por la cual se reconocía como legítimos a los hijos de una mujer una vez terminado su matrimonio[27]; por último, introducía la prohibición al marido de vivir con su segunda esposa en el mismo domicilio que la primera sin el consentimiento de ésta. [28]

Casi cuarenta años de inmovilismo legislativo después, y en respuesta al movimiento ciudadano que presionaba por su reforma, en 1993 se introdujeron ciertos cambios en la *Mudawwana*. Las novedades fueron: la obligación de que la esposa firme el contrato de matrimonio; la prohibición de que se formalice un matrimonio sin el consentimiento de ambos contrayentes; la posibilidad de que la mujer mayor de edad y huérfana de padre pueda prescindir del tutor matrimonial; imposición de mayores restricciones a la poligamia, obligando al marido a informar a la primera esposa y añadiendo el requisito de tener que ser autorizado por un juez; los requisitos formales para formalizar el matrimonio aumentaron; se impuso que el registro del repudio debía hacerse en presencia de ambas partes después de disponer de la autorización del juez; establecía una indemnización a la esposa en caso de repudio; consideraba la posibilidad de que el padre ejerciese la custodia de sus hijos tras la madre; se prolongó la obligación de la custodia de los menores, hasta la edad de 15 años para las niñas y de 12 años para los niños, permitiendo que estos eligiesen con cuál de sus progenitores o

[27] Como explica Caridad Ruiz-Almodóvar, según la escuela malikí, se reconoce la paternidad del marido de "toda la descendencia habida en los cinco o seis años siguientes a la disolución del matrimonio o fallecimiento del marido". El fin de esta práctica era evitar los efectos negativos para la madre y el hijo de un embarazo causado por relaciones sexuales ilícitas. (*Idem*, p. 22).

[28] *Idem*, pp. 21-22.

parientes quisieran vivir tras la separación de sus padres; la evaluación de la manutención correspondería a alguien designado por el juez; daba la posibilidad a la madre mayor de edad de ejercer la tutela de sus hijos tras el fallecimiento de su marido o su incapacitación; finalmente, se disponía la creación de un consejo de familia que asistiese al juez.[29]

Sería posteriormente, en 2004, ya durante el reinado de Muhammad VI, cuando se produzca una significativa reforma y se promulgue el Código vigente hoy en día. Las mejoras que se introdujeron lo convierten en uno de los más avanzados del mundo árabe, si no el que más junto con el Código Tunecino. Exponemos a continuación las novedades más significativas, centrándonos sobre todo en lo referente al matrimonio y a su disolución.

En primer lugar, un cambio fundamental y radical que presenta el Código reformado es la propia concepción del matrimonio:

> "*Art. 4. El matrimonio es un contrato legal de unión y cohesión entre un hombre y una mujer de manera duradera, siendo su objetivo la honestidad, la virtud y la creación de una familia estable mediante la protección de los cónyuges según las disposiciones de este código*".[30]

Otro de los aspectos donde se hace explícita la nueva concepción de la familia plasmada en este Código es en el artículo donde se recogen los derechos y deberes de los esposos. Ahí, al contrario que en la versión anterior de la ley, las obligaciones se equiparan, ambos son co-partícipes en la organización y en la toma de decisiones que afectan a la familia, eliminándose la disposición

[29] *Idem*, pp. 22-24.

[30] Traducción del árabe en RUIZ-ALMODÓVAR, C. "El nuevo código marroquí de la familia", *Miscelánea de Estudios Árabes e Islámicos*, sección Árabe-Islam, 53, 2004, p. 211.

anterior que repartía obligaciones según el sexo: por ejemplo, la de la manutención para el hombre y la de la obediencia para la mujer. De manera que el texto vigente queda así:

> "*Art. 51. Los derechos y los deberes recíprocos entre los cónyuges son:*
>
> *1) La cohabitación legal que implica la intimidad conyugal, justicia e igualdad en caso de poligamia, la honestidad de ambos y su fidelidad al otro con la obligación de la virtud, de la protección del honor y de la procreación.*
>
> *2) La buena convivencia, el mutuo respeto, afecto y comprensión, así como la salvaguarda de los intereses de la familia.*
>
> *3) La asunción de la esposa junto al esposo de la responsabilidad de la organización y del cuidado de las laborales domésticas y de los niños.*
>
> *4) La consulta mutua con respecto a la adopción de las decisiones relativas a la organización de los asuntos de la familia, de los niños y del control de la natalidad.*
>
> *5) El buen trato de ambos a los padres y parientes en grado prohibido para el matrimonio del otro, respetarlos, visitarlos y que ellos les visiten debidamente.*
>
> *6) El derecho de sucesión entre ambos*"[31].

[31] *Idem*, 219.

Al establecer que la protección de la familia es un deber de ambos cónyuges se subvierte la concepción patriarcal de las relaciones familiares basadas en la preponderancia del marido. Tradicionalmente, éste había soportado la carga de ser el máximo responsable de la manutención y el bienestar de la familia. A cambio de lo cual exigía obediencia por parte del resto de miembros de la familia, particularmente la esposa. Esto, por tanto, ya no tiene sentido en el momento en que esposo y esposa deben soportar conjuntamente la carga de dicha responsabilidad. Derivado de esto, hay que señalar, es la desaparición del texto legal la referencia al deber de obediencia de la esposa. Esta novedad ya la introdujo el código tunecino en 1993 y lo hará el argelino un año más tarde que el marroquí, en 2005.[32]

Otro cambio importante en la *Mudawwana* de 2004 es el establecimiento para ambos sexos de la misma edad mínima requerida para contraer matrimonio: 18 años. Así mismo es reseñable que se elimine la obligación de intervención del tutor matrimonial de la novia en la formalización del matrimonio:

> "*Art. 24. La tutela en el matrimonio es un derecho de la mujer, que ejercerá la mayor de edad según su elección e interés.*
>
> *Art. 25. La mujer mayor de edad podrá contraer matrimonio por sí misma o confiar esto a su padre o a uno de sus parientes*."[33]

Respecto a la poligamia, el nuevo Código no la abole, como sí hizo el Tunecino en 1956, pero impone varias condiciones, expresadas a lo largo de seis artículos del texto legal (Art. 40-Art. 46) que dificultan su práctica. Así, la poligamia está prohibida si "se teme la

[32] RUIZ-ALMODÓVAR, "La evolución del derecho de familia en Marruecos desde la independencia a nuestros días", p. 24.
[33] RUIZ-ALMODÓVAR, "El nuevo código marroquí de la familia", p. 215.

injusticia entre las esposas" o "en caso de existir una cláusula por parte de la esposa de que su esposo no se case con otra".[34] Además, tiene que autorizarlo el tribunal, que no lo hará (Art. 41):

> "-*Si no se prueba que existe una motivación objetiva excepcional.*
>
> *- Si quien la pide no tienen los ingresos suficientes para mantener a las dos familias y para garantizar todos los derechos de manutención, domicilio e igualdad en todos los aspectos de la vida*".[35]

Para conseguir dicha autorización, además de cumplir con los requisitos explicados anteriormente, el tribunal citará a la esposa para notificárselo y lo mismo hará con la novia.[36]

Respecto a los bienes matrimoniales, el código mantiene la independencia de ambos cónyuges respecto al patrimonio de cada uno, como es la práctica habitual. Sin embargo, se introduce la posibilidad de acordar el reparto de los bienes adquiridos durante el matrimonio, siempre y cuando exista un acuerdo previo[37].

En la parte dedicada a la disolución del matrimonio la *Mudawwana* de 2004 también ofrece novedades importantes. Para empezar, el repudio deja de ser un derecho exclusivo del marido, para pasar a ser un derecho de ambos esposos, bajo control judicial y siempre cumpliendo unos requisitos determinados con el objeto de limitar los abusos. Se especifica que el tribunal deberá intentar la mediación y, si ésta finalmente no es posible, deberá el esposo

[34] *Idem*, p. 217.
[35] *Ibidem*.
[36] RUIZ-ALMODÓVAR, "La evolución del derecho de familia en Marruecos desde la independencia a nuestros días", p. 27.
[37] *Ibidem*.

depositar una cantidad para garantizar los derechos de la esposa e hijos, si los hubiere. Además, se establece una nueva modalidad de repudio: el de mutuo acuerdo, sin condiciones:

> "*Art. 114. Los cónyuges podrán ponerse de acuerdo sobre el comienzo del final de la relación conyugal sin ninguna condición o con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este código ni perjudique los intereses de los niños. (…)*".[38]

Además, a iniciativa de la esposa existe la posibilidad de solicitar el repudio por compensación (*jul*ʿ). Según éste, el marido acepta repudiarla a cambio de:

> "*Art. 118. Todo lo que legalmente constituya una obligación servirá como compensación en el repudio por compensación sin ser una opresión ni una exageración*"[39].

Con las nuevas disposiciones relativas al divorcio también se introduce la paridad, pues ahora el esposo también tiene la posibilidad de solicitarlo, cuando antes era sólo a iniciativa de la esposa. Aquí también se introduce una nueva modalidad: la del divorcio por desavenencias, que no requiere probar ninguna causa.[40] De manera

[38] RUIZ-ALMODÓVAR, "El nuevo código marroquí de la familia", p. 230.
[39] *Idem*, p. 231.
[40] Si alega una causa ésta debe ser una de las siguientes tal y como se especifica en el artículo 98: la infracción del esposo de una de las cláusulas del contrato matrimonial, los perjuicios, el impago de la manutención, la ausencia, la enfermedad, el juramento de continencia y el abandono. (*Idem*, p. 228.)

que una mujer puede solicitarlo sin necesidad de demostrar ninguna falta del marido y, tras el requerido intento de mediación del tribunal, si éste es infructuoso, se sentenciará el divorcio en un plazo no superior a seis meses desde la fecha de presentación de la demanda.[41] El proceso judicial, por tanto, se simplifica bastante.

El caso de Argelia

El régimen político-militar de Argel tardó 22 años en promulgar el Código de la Familia Argelino. Después de varios borradores (fechado el primero de ellos en 1966), el texto definitivo resultó el más discriminatorio para la mujer de todas las versiones que se esbozaron. Como explica el prof. Pérez Beltrán, a pesar de haber sido considerado lo contrario en el primer anteproyecto, el Código contemplaba la figura del tutor matrimonial (lo que representa considerar a la mujer una menor de edad sin capacidad de decisión por ella misma) y se eliminaba la posibilidad del divorcio por consentimiento mutuo para ser sustituido por el divorcio por compensación (*jul'*),[42] es decir, la posibilidad de que la esposa pueda solicitar el divorcio a cambio de pagar una cantidad de dinero, normalmente la dote.

Algunas de las características principales del texto legal serían: la legalidad de la poligamia, aunque con limitaciones (cuatro esposas como máximo, que deben ser tratadas con equidad y justicia), una desigual edad mínima para poder contraer matrimonio: 21 años en caso del hombre y 18 años en el de la mujer; la necesidad de contar con un tutor matrimonial en el caso de las mujeres; la prohibición para éstas de contraer matrimonio con un no-musulmán (tal prohibición no

[41] RUIZ-ALMODÓVAR, "La evolución del derecho de familia en Marruecos desde la independencia a nuestros días", p. 29; RUIZ-ALMODÓVAR, "El nuevo código marroquí de la familia", p. 228.
[42] PÉREZ BELTRÁN, "Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia", p. 145.

existe para el varón); el establecimiento de distintos derechos y deberes para el esposo y la esposa, entre los que destaca la obligación de mantener a la esposa para el marido, a cambio de lo cual se requiere la obediencia de ella.[43] Respecto a la disolución del matrimonio, se contemplaba el repudio para el marido y el divorcio para la mujer. Es decir, el marido podía poner fin al matrimonio de manera unilateral y sin alegar causa alguna. Pero en el caso de que fuese la mujer la que solicitase la disolución del matrimonio, éste sería por sentencia judicial tras un proceso en el que quedase probada la causa alegada, siempre y cuando dicha causa estuviese recogida en el código.[44] Estas posibles causas eran: incumplimiento de la manutención, defecto físico, continencia sexual, condena penal, ausencia, perjuicio y faltas morales. O, sin causa alegada, mediante una compensación acordada con el marido (*jul*ʿ)[45].

Años después, en 1997, se anunció la modificación del código, aunque ésta no se haría efectiva hasta 2005. Dado el rechazo que suscitó el Código de 1984, conocido por los opositores a él como el *Código de la infamia*, y un contexto político necesitado de consenso y estabilidad tras una guerra civil, se esperaban cambios sustanciales. Sin embargo, una vez más, los defensores de los derechos de las mujeres en Argelia se vieron decepcionados por sus políticos, tanto por la falta de debate durante la preparación y del texto como por su contenido final[46].

[43] *Idem*, p. 147.
[44] RUIZ DE ALMODÓVAR, C. "El divorcio en las leyes de familia de los países árabes", *Miscelánea de Estudios Árabes e Islámicos*, sección árabe – islam, 55, 2006, p. 323.
[45] PÉREZ BELTRÁN, "Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia", p. 148.
[46] *Idem*, p. 150.

Las novedades que presentaba el Código reformado eran las siguientes: se equiparaba la edad mínima para contraer matrimonio, que pasaba a 19 años para ambos sexos; se exigía un certificado médico a ambos contrayentes; se limitaba la poligamia al hacer requisito necesario la autorización del presidente del Tribunal quien velará porque todas las condiciones se cumplan; se mantenía la figura del tutor matrimonial, siendo ésta una de las disposiciones más controvertidas al mantener la consideración de la mujer como menor de edad; se introducía la "dote de paridad", en el caso de que en el contrato matrimonial no se concretase el importe de la dote, a la esposa le correspondería la dote de paridad; se especificaban dos cuestiones susceptibles de ser objeto de cláusulas específicas a añadir en el contrato matrimonial como: la poligamia y el trabajo de la mujer; se equiparaban los derechos y las obligaciones matrimoniales entre los dos cónyuges; se mantenía la separación de bienes, salvo que los esposos acordasen la comunidad de bienes; ante el repudio, que sigue siendo por voluntad del marido, el juez debería realizar varios intentos de reconciliación; y en el apartado sobre el divorcio se añadían tres nuevas causas por las que la mujer podía solicitarlo: "la transgresión de las nuevas exigencias relativas a la poligamia, las desavenencias constantes entre los esposos y la violación de las clausulas matrimoniales".[47]

> "*Art. 48: Bajo reservas de las disposiciones del artículo 49 que viene a continuación, el matrimonio se disuelve mediante el divorcio, que se produce por voluntad del esposo o por acuerdo mutuo de los dos esposos o a petición de la esposa en los límites que aparecen en los artículos 53 y 54 de esta Ley.*

[47] *Idem*, pp. 153-154.

> *Art. 49: El divorcio sólo podrá ser establecido mediante una sentencia judicial tras varias tentativas de reconciliación que realizará el juez sin exceder de un periodo de tres meses a contar desde la fecha de la elevación de la demanda. (…)*"[48].

Sobre el divorcio por compensación (*julʿ*), se especifica lo siguiente:

> "*Art. 54: La esposa que no cuente con la conformidad de su marido podrá ella misma hacer uso del divorcio convenido mediante una compensación económica.*
>
> *Si los dos esposos no se ponen de acuerdo en la compensación económica del divorcio convenido, el juez establecerá una cantidad que no rebasará el valor de la dote de paridad fijado en la fecha de la sentencia*"[49].

5. Un balance parcial de las reformas: la actual polémica sobre el divorcio en Argelia

El 8 de marzo de 2015, con motivo de la celebración del Día Internacional de la Mujer Trabajadora, el presidente Abdelaziz Buteflika, a través de su Ministra de Solidaridad Nacional, de la Familia y de la Condición de la Mujer, Mounia Meslem, anunció una próxima reforma del Código de Familia Argelino. Al parecer el Presidente ha empezado a inquietarse por las elevadas cifras de divorcio en el país y considera que son necesarios cambios en las disposiciones al respecto de la ley vigente. Un fragmento de la declaración oficial es como sigue:

[48] *Idem*, p. 163.
[49] *Idem*, p. 165.

> "[reformar el divorcio] *en todas sus formas y, especialmente, a iniciativa de la esposa (modalidad jul') … Ordeno al gobierno a establecer un comité ad hoc para la revisión y reajuste de los artículos del Código de la Familia relativos al divorcio, con el objeto de de introducir las clarificaciones y precisiones necesarias, para subsanar las insuficiencias y garantizar la protección de los derechos de los cónyuges y de los menores, así como la preservación de la estabilidad de la familia argelina, garante de la inmunidad perenne de nuestra sociedad contra los desequilibrios y las calamidades*"[50].

El comité al que se hace referencia, según posteriores declaraciones del ministro de Asuntos Religiosos y *Waqfs*[51], Mohamed Aissa, estará compuesto por muftíes (jurisconsultos) además de expertos en otras disciplinas (sociología, psicología, etc.) y tendrá por finalidad "debatir sobre la revisión del capítulo sobre el divorcio del Código de la Familia asegurándose de que ésta sea 'de connotación musulmana y de alcance modernizador'", pues, según el Ministro, la sociedad argelina debe revisar y actualizar sus textos legales para salir de su estado "arcaico"[52].

---

[50] Traducción de la autora. ALGÉRIE PRESS SERVICE, "Le président Bouteflika ordonne la révision du Code de la famille", 8 de marzo de 2015, http://www.aps.dz/algerie/19189-le-pr%C3%A9sident-bouteflika-ordonne-la-r%C3%A9vision-du-code-de-la-famille

[51] Bienes de "manos muertas". Es decir, bienes que tras su donación no pueden ser enajenados (n i vendidos, ni permutados, ni transferidos) y cuyo usufructo "es jurídicamente considerado como un acto caritativo". COULSON, *Historia del derecho islámico*, p. 240.

[52] ALGÉRIE PRESS SERVICE, "La révision du code de la famille permettra de prendre en charge les nouveaux problèmes de la société", 10 de marzo de 2015. http://www.aps.dz/societe/19285-la-r%C3%A9vision-du-code-de-la-

¿Pero cuáles son las cifras que tanto inquietan al gobierno argelino? Según la Oficina Nacional de Estadísticas argelina, la evolución del número de divorcios en los últimos años ha aumentado de manera muy significativa, pasando de 31.021 en 2005 a 57.461 en 2013, lo que supone un incremento del 85.2% en esos 8 años.[53] No se han podido encontrar datos oficiales que especifiquen el número de casos según el tipo de divorcio, pero, según la prensa argelina, de 2007 a 2011 la media de casos de *julʿ* ha sido de 5.000 al año.[54] Si en este periodo de tiempo la media anual de divorcios es de 21.323, el divorcio tipo *julʿ* ha representado entonces el 23.4%. Es decir, casi uno de cada cuatro es a iniciativa de la mujer. Dos años después las cifras han seguido incrementándose. Así, en 2013 llegan a 20.000 los *julʿ*[55], siendo 57.461 el número total de divorcios.

Las cifras dan claras muestras de un desequilibrio, a causa de lo cual el poder político ha decidido hacer algo al respecto aunque no queda claro el qué. Esto inquieta y preocupa a determinados sectores de la sociedad argelina. De hecho, se han producido rápidamente reacciones de la sociedad civil denunciando la ambigüedad de las declaraciones del Presidente y sus temores de que al poner el foco de atención en la modalidad que permite tomar la iniciativa a la esposa, ésta acabe siendo restringida. En esta línea se han manifestado por

---

famille-permettra-de-prendre-en-charge-les-nouveaux-probl%C3%A8mes-de-la-soci%C3%A9t%C3%A9

[53] REPÚBLICA DEMOCRÁTICA Y POPULAR DE ARGELIA, OFICINA NACIONAL DE ESTADISTICA, *Demographie algérienne*, nº 690, 2014, p. 5, 15. Disponible en: http://www.ons.dz/IMG/pdf/Demographie_algerienne_2014.pdf

[54] FELLA, B. "Les inquietudes des associations de femmes", *El Watan*, 10 de marzo de 2015. Disponible en: http://www.elwatan.com/-00-00-0000-289417_109.php

[55] Distintos medios dan la misma información. Véase, por ejemplo, Zahira MEDJRAB, "Julʿ al-azwāŷ giyabiyan yatafašā bayna al-ŷazā'irīyāt" ["Se extiende entre las argelinas el divorcio *julʿ in absentia*"], *Echoroukonline*, 4 de abril de 2014. Disponible en: http://www.echoroukonline.com/ara/articles/200357.html

ejemplo el Observatorio sobre la Violencia contra las Mujeres o la red Wassila (organización de defensa de de los derechos de la mujer y de los niños)[56].

A continuación se analizan las estadísticas relativas a las disoluciones matrimoniales en Marruecos, donde la legislación es parcialmente distinta, como se ha explicado anteriormente. En este país, si sumamos las cifras de repudios y de divorcios resulta que en 2013 se produjeron 66.065 disoluciones de matrimonio. Un número algo superior al caso argelino. Lo más interesante para nuestro análisis, no obstante, es la comparación por modalidades.

En el Reino alauí existe desde 2004, al contrario que en el país vecino, la opción del repudio de mutuo acuerdo. Ésta es la modalidad que ha crecido de manera muy significativa en los últimos años, pues de 2004 a 2013 ha subido un 52,87%, mientras que las otras dos modalidades de repudio han descendido. Las razones que explican la preferencia de las parejas por la primera opción son, según apunta el informe del Ministerio de Justicia y Libertades, su adecuación a la tradición[57], así como la sencillez y rapidez del procedimiento[58].

[56] FELLA, B. "Les inquietudes des associations de femmes".

[57] La referencia al repudio en el Corán se encuentra en la azora 2, de la aleya 226 a la 241.

[58] REINO DE MARRUECOS, MINISTERIO DE JUSTICIA Y LIBERTADES, *al-Qaḍā' al-usrī: al-wāqiʿ wa-l-āfāq. ʿAšr sanawāt min taṭbīq mudawwanat al-usra. Dirāsa taḥlīlīya iḥṣā'īya (2004-2013)* [La cuestión familiar: realidad y perspectivas. Diez años de aplicación del Código de Familia. Estudio analítico-estadístico (2004-2013]. Mayo de 2014, pág. 58. Disponible en: http://www.justice.gov.ma/App_Themes/ar/img/Files/modawana2013_2014.pdf

En la siguiente tabla se pueden apreciar de manera más gráfica las cifras y las variaciones que nos muestran cómo ha sido la evolución desde que se implantó la *Mudawwana* de 2004.

Tabla 1. Evolución de los tipos de disolución matrimonial en Marruecos (2004-2013)

Tipo de disolución	**Repudio revocable**	**Repudio por compensación (*julʿ*)**	**Repudio por mutuo acuerdo**	**Nº total de repudios**	**Divorcios**
Marruecos	De 7.146 (25,31%) a 1.877 (7,44%)[59] Variación negativa de casi 17,87 puntos	De 11.999 (42,49%) a 4.546 (18.03%) Variación negativa de 24,46 puntos	De 1.860 (6,59%) a 14.992 (59.46%) Variación positiva de 52,87 puntos	25.215	40.850 (39.836, el 97,51% es por desave-nencias)[60]

Si comparamos la opción del repudio por compensación (*julʿ*), modalidad existente en ambos países norteafricanos, es de destacar la disparidad de las cifras. En Argelia, en 2013 esta modalidad representó el 34,8% de las disoluciones matrimoniales. En el caso de Marruecos, en 2013 se produjeron 4.546 repudios por compensación, representando un 18,03% del número total de repudios. Si tenemos en cuenta la cantidad total de disoluciones matrimoniales, que fueron

[59] *Idem*, p. 54.
[60] *Idem*, p. 61.

66.065, la modalidad de repudio por compensación sólo representa el 0.14% del total. Por cada caso marroquí hay 248,5 casos en Argelia[61].

Tabla 2. Comparativa sincrónica Argelia, España y Marruecos, 2013

	Población	**Disoluciones matrimoniales**	**Matrimonios**
España	46.815.916[62]	95.427 divorcios	156.446[63]
Argelia	38.297.000[64]	57.461[65] divorcios (de los cuales 20.000 aprox. son de tipo *jul* ʿ[66])	387.947[67]

[61] MERAKCHI, H. "La famille algerienne explose!", *L'Est republicain*, 11 de marzo de 2015. Disponible en: http://lestrepublicain.com//images/stories/caricature//21032015.jpg
[62] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Censo de población y vivienda 2011", 1 de noviembre de 2011. Disponible en: http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm
[63] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, "Nota de prensa: Estadísticas del crecimiento natural de población", 4 de diciembre de 2014, p. 4. Disponible en: http://www.ine.es/prensa/np882.pdf
[64] REPÚBLICA DEMOCRÁTICA Y POPULAR DE ARGELIA, OFICINA NACIONAL DE ESTADISTICA, *Demographie algérienne*, p. 5.
[65] *Idem*, p. 4.
[66] MEDJRAB, ["Se extiende entre las argelinas el divorcio *jul* ʿ *in absentia*"].
[67] Hoja de cálculo disponible en el portal de la Office Nationale des Statistiques. Disponible en: http://www.ons.dz/-Demographie-.html

Marruecos	32.950.000[68]	25.215[69] Repudios (59,46% de mutuo acuerdo) 40.850[70] Divorcios (97,51% por desavenencias)	306.533[71]

Estos datos claramente señalan la importancia y la necesidad de ofrecer una opción adecuada a la disolución del matrimonio sin tener que poner excusas o culpabilizar a una de las partes de alguna falta y sin tener, necesariamente, que ofrecer una compensación económica. En definitiva, una solución igualitaria que la práctica social está indicando ser la más aceptada. Es evidente que la reforma de la *Mudawwana* marroquí, aunque pueda parecer imperfecta o insuficiente en algunos aspectos, es claramente más avanzada en su adaptación a las necesidades de la sociedad marroquí que la legislación de familia que está vigente en la vecina Argelia.

---

[68] REINO DE MARRUECOS, ALTO COMISARIADO PARA LA PLANIFICACIÓN, "Population du Maroc par année civile (en milliers et au milieu de l'année) par milieu de résidence: 1960 – 2050". Disponible en: http://www.hcp.ma/Population-du-Maroc-par-annee-civile-en-milliers-et-au-milieu-de-l-annee-par-milieu-de-residence-1960-2050_a677.html

[69] REINO DE MARRUECOS, MINISTERIO DE JUSTICIA Y LIBERTADES, *al-Qaḍā' al-usrī: al-wāqiʿ wa-l-āfāq. ʿAšr sanawāt min taṭbīq mudawwanat al-usra. Dirāsa taḥlīlīya iḥṣā'īya (2004-2013)* [La cuestión familiar: realidad y perspectivas. Diez años de aplicación del Código de Familia. Estudio analítico-estadístico (2004-2013), mayo de 2014, p. 53. http://www.justice.gov.ma/App_Themes/ar/img/Files/modawana2013_2014.pdf

[70] *Idem*, p. 61.
[71] *Idem*. p. 38.

¿Cuál será el resultado de la orden dada por Abdelaziz Buteflika? ¿Insistirá *le pouvoir* en utilizar la ley de Familia como herramienta de control social moneda de cambio en su búsqueda de alianzas para mantener su control sobre el país? Pues dependerá de las necesidades de apoyo que tenga el régimen y parece que el futuro inmediato se presenta de manera un tanto incierta.

Tras el estallido de las revueltas árabes de 2011, el régimen argelino se vio en la necesidad de llevar a cabo ciertas reformas legislativas que ayudasen a neutralizar la ola de protestas sociales que había comenzado en diciembre de 2010 en el vecino Túnez,[72] a la vez que prometía una reforma constitucional que todavía no se ha concretado. Y es que la incertidumbre política que se vive en el país es los últimos tiempos es significativa.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el hecho de que el presidente Buteflika, con 78 años de edad, disfruta en la actualidad de su 4º mandato presidencial desde el 17 de abril de 2014, tras haber cambiado la Constitución que sólo permitía dos mandatos, y a pesar de que se encuentra desde hace algún tiempo ya en condición física muy deteriorada. De hecho, el retraso en la puesta en marcha de la prometida reforma constitucional es en parte debido a un claro intento de ganar tiempo por parte del régimen. Pero, también, es resultado de las disensiones internas entre las distintas facciones que lo conforman sobre qué hacer con la figura del presidente de la República en un futuro inmediato. Hay quien sugiere prolongar aún más el mandato de Buteflika, otros proponen introducir la figura de un vicepresidente y, por supuesto, también están los partidarios de una verdadera reforma de la Constitución que suponga una completa renovación del sistema político, es decir la instauración de una Segunda República argelina.

[72] Véase, por ejemplo, el caso de la ley de Asociaciones, que se vuelve más estricta. PÉREZ BELTRÁN, C., "Reformas jurídicas en Argelia tras la "primavera árabe": la nueva *Ley de asociación de 2012*", *Anaquel de Estudios Árabes*, 25, 2014, pp. 177-194.

De momento, parece que la opción que se impone es la que favorece el *statu quo* y el inmovilismo del régimen.[73]

Además de esto, la situación económica y financiera del país actualmente se está volviendo muy complicada, lo que añade inseguridad e incertidumbre. La economía argelina es altamente dependiente del sector energético, 20.pues éste representa la mitad del Producto Interior Bruto del país, dos tercios de los ingresos del Estado y el 98% de las exportaciones.[74] El Estado distribuye parte de esta riqueza derivada de la exportación de hidrocarburos a través de una amplia oferta de empleo público, subidas de salarios (lo que representó en el periodo 2009-2012 el 37% del presupuesto estatal) y subsidios, por ejemplo se subvenciona la gasolina (lo que ha representado el 20% del gasto público en dicho periodo).[75] Es decir, gracia a la liquidez que ofrecen estos ingresos, el régimen político-militar tiene capacidad para comprar la paz social. Sin embargo, esto podría cambiar bruscamente. Desde finales de los años 2000 han aparecido estudios que estiman que, si no se producen nuevos descubrimientos de yacimientos petrolíferos, Argelia dejará de ser un país exportador de petróleo hacia 2023 o 2026.[76] Para más inri, a esto hay que añadir los efectos devastadores que está teniendo la reciente caída de los precios del petróleo a escala global y que ya ha forzado al gobierno a realizar algunos ajustes en su política económica.[77] En

[73] SIDI MOUSSA, N., "Algérie: une transition sans programme?", *Annuaire IEMed. De la Mediterranée* 2014, p. 213. Disponible en: http://www.iemed.org/observatori/arees-danalisi/arxius-adjunts/anuari/anuari-2014/Sidi_Moussa_%20Algerie_transition_Annuaire_IEMed_2014.pdf/

[74] ACHY, L. "The Price of Stability in Algeria", Carnegie Middle East Center, abril de 2013, p. 4. Disponible en: http://carnegieendowment.org/files/price_stability_algeria.pd

[75] ACHY, "The Price of Stability in Algeria", pp. 13-14.

[76] *Idem*, pp. 4, 17.

[77] REZOUALI, A. "Projet de loi de finances 2015: Le gouvernement s'emmêle les pinceaux", *El Watan*, 20 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.algeria-watch.org/fr/article/eco/emmeler_pinceaux.htm

conclusión, los pronósticos no son nada halagüeños en lo que se refiere al pilar que sostiene la economía argelina y, por tanto, es de sospechar que el Presidente y su entorno estén maniobrando para buscar apoyos que ofrezcan estabilidad a corto plazo. Cómo se concretarán estas maniobras, negociaciones o posibles concesiones a distintos sectores del ámbito político-económico y de la sociedad civil, está por ver.

6.- Conclusiones

El pasado colonial de los países norteafricanos favoreció la influencia de códigos europeos en la modernización de sus leyes, aunque esto no se hace sentir en el derecho de familia, que apenas se ve afectado por la modernización de influencia occidental, al contrario que otros ámbitos del derecho. Ello ha favorecido que en una primera codificación, la ley de familia inspirada en la *sharia*, se convirtiese en una suerte de reducto simbólico, bastión de defensa de una supuesta autenticidad identitaria. Sin embargo, el estudio de la evolución de los códigos pone de manifiesto que debe analizarse también su vertiente política, pues avatares políticos y luchas de poder pueden llegar a ser determinantes en la configuración última de los textos legales. Y un claro ejemplo de esto es la ley de familia argelina, que ha sido una de las herramientas empleadas por el régimen de Argel para controlar a la mitad de la población del país. De hecho, como argumenta el profesor Pérez Beltrán, la promulgación de la Ley de Familia de 1984 puede considerarse como una de las facetas que conforman un complejo sistema de "violencia estructural de género" implementado por el poder político-militar. Años más tarde, la reforma de 2005 se concreta finalmente cuando el régimen necesita fortalecer su alianza con determinados sectores sociales contra la "amenaza islamista".

La evolución de la ley de familia en Argelia contrasta poderosamente con la que ha tenido lugar en Marruecos, de conservadora a una de las más avanzadas del mundo árabe. No deja de

ser una paradoja que la monarquía alauí, bajo el reinado de Muhammad VI, tildada de retrógrada por ciertos sectores nacionalistas argelinos, haya mostrado más receptividad a la presión social a favor de las reformas que el régimen argelino que presumía en origen de ser "progresista y revolucionario". ¿Cuál es la diferencia entre ambos países? Pues quizás, en el caso de Marruecos, esto se deba a la conjunción fundamental de dos factores. Por un lado, el dinamismo de su sociedad civil que impulsa los cambios y, por otro lado, un liderazgo político, representado por la figura del rey Muhammad VI, claramente sensible a los avances que se producen en la sociedad y a la necesidad de adaptarse a ellos, y que disfruta de una legitimidad religiosa que le permite inclinar la balanza en favor del reformismo cuando las corrientes conservadores se muestran reacias al cambio.[78] Y es que, como bien dice Ottaway en su análisis sobre la reciente reforma constitucional marroquí, la presión "de abajo hacia arriba"[79] es fundamental para impulsar una evolución positiva, entendida ésta como una adaptación de la legislación de acuerdo con las necesidades sociales. Pero como también defiende Sonbol, los debates y las negociaciones que deben producirse en el seno de estas sociedades deben tener en cuenta las referencias a la *sharia* como elemento legitimador de las nuevas propuestas legislativas para que éstas no se perciban como una injerencia externa o importación de valores foráneos y, así, neutralizar la oposición conservadora.

La mujer puede ser motor de cambio de su sociedad y ahí está el ejemplo de ciertas reformas legislativas, como es el caso de la *Mudawwana* marroquí, que ejemplifica cómo estos cambios son posibles siempre y cuando se vivan como una experiencia propia

[78] Un ejemplo reciente de esta sensibilidad es el actual debate sobre la necesidad de reformar la ley del aborto en Marruecos.

[79] OTTAWAY, M, "The New Moroccan Constitution: Real Change or More of the Same?", Carnegie Endowment for International Peace, junio de 2011. Disponible en http://carnegieendowment.org/2011/06/20/new-moroccan-constitution-real-change-or-more-of-same

dentro del marco de referencia cultural endógeno y se evite interpretarlo como una imposición exógena[80].

[80] PÉREZ BELTRÁN, C., "Mujeres: cambio social e identidad en el Magreb", *Quaderns de la Mediterrànea*, 7 2007, p. 103. Disponible en http://www.iemed.org/publicacions/quaderns/7/e099_Perez.pdf

LAS JURISDICCIONES ESPECIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL[1]

Cecilia Rosado Villaverde
Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

La Constitución española recoge -como no podría ser de otra forma- la separación de los Poderes del Estado, lo que supone la existencia de un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial. La teoría clásica de la separación trae consigo la idea de una división clara de funciones entre dichos poderes. Desde luego, esto sucede de manera contundente en el Poder judicial, donde sus miembros son independientes de cualquier otro poder del Estado y de sus posibles instrucciones y órdenes, y donde la función específica a realizar es la función jurisdiccional: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Pero este poder judicial también se basa en la unidad -principio esencial que trataremos varias veces a lo largo de estas páginas- que es clave para entender que en España sólo este poder se ocupa de la función jurisdiccional y además, es único en todo el territorio. Para poder llevar a cabo esta premisa la Constitución establece dos prohibiciones que impiden la injerencia de otros poderes en el judicial. Es la prohibición de la existencia de los tribunales de excepción (art.

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

117. 6 de la Constitución) y la prohibición de creación de tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales (art. 26 CE).

Los tribunales de honor son figuras de origen español[2] creadas a partir del siglo XIX. En un principio eran instituciones no jurisdiccionales que buscaban salvaguardar el honor del gremio al que pertenecía la persona que comparecía ante dicho tribunal, es decir, el honor del encausado no era el bien jurídico protegido. Estos tribunales se extendieron hacia el ámbito militar. Se caracterizaban por poseer un sumario breve y sin recursos, salvo algunos de forma. La II República suprime estos tribunales en el artículo 95 de su Constitución de 1931, pero con el régimen dictatorial franquista vuelven a estar en vigor y a desplegar sus efectos careciendo de garantías para las personas que debían comparecer ante ellos. Por su parte, nuestra Constitución de 1978 cambia la situación con el régimen anterior aunque no de manera radical. El precepto 26 tan sólo prohíbe los tribunales de honor para el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales pero nada dice del orden militar. Habrá que esperar al desarrollo de normas legales -inferiores al texto constitucional- para suprimir de manera expresa los tribunales de honor en este ámbito. Es el Código Penal militar y la ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, las encargadas de prohibir estas instituciones llenas de inseguridades para las y los encausados ante ellas.

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico busca garantizar, a través de estas prohibiciones, los derechos de todas las personas y el funcionamiento constitucional y, por tanto, democrático de nuestro sistema judicial.

[2] Sólo Gran Bretaña en el siglo XVI tiene unos tribunales que se le asemejan a los nuestros. Son los llamados Court of Honor.

En cuanto al principio de unidad, este asegura, entre otras cosas, el monopolio del Estado en la función jurisdiccional que se materializa a través del poder judicial. Sin embargo, existen excepciones a este principio de unidad. Nuestra Constitución establece algunas jurisdicciones especiales que crean especificidades en distintos ámbitos. Algunas de estas jurisdicciones son parte directa del poder del Estado, como el Tribunal de Cuentas o el Tribunal Constitucional, sin embargo, otras funcionan de manera más autónoma: es el caso de los tribunales consuetudinarios y tradicionales. El caso que plantea más problemas -debido a cómo se ha utilizado en el pasado- es la jurisdicción militar que pertenece al poder del Estado. El orden militar en nuestra actual democracia no está fuera de la organización estatal ni de, por supuesto, el sometimiento a la Constitución. No obstante este orden posee rasgos y funciones especiales que lo hacen único.

Ahora bien, todas estas jurisdicciones especiales están dentro de los parámetros y principios proclamados en nuestra norma fundamental. Si no fuera así, sería imposible hablar de ellas como parte de nuestro sistema estatal. La Constitución las ha querido dotar de elementos garantistas y democráticos para incluirlas bajo su paraguas. Resultará de especial trascendencia conocer si esos elementos son suficientes para asegurar su verdadera constitucionalidad.

2.- Las jurisdicciones especiales en el Poder Judicial

La Revoluciones liberales trajeron consigo la consolidación de la célebre separación de poderes. El artículo dieciséis de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que para encontrarnos ante una Constitución es necesario que ésta garantice los derechos y libertades de la ciudadanía y que además establezca la separación de poderes. El tercer poder del Estado ha sido el más controvertido de todos. El poder judicial en la Francia

revolucionaria estaba impregnado de una cierta sospecha ya que éste siempre había estado al lado del monarca absoluto, funcionando como su brazo armado. Por esa razón los teóricos franceses manifestaron que el orden judicial debía dedicarse única y exclusivamente a la aplicación del Derecho, a la aplicación de las leyes elaboradas por el poder legislativo.

Pero además, para conseguir que el poder judicial fuera garantía de una adecuada aplicación del Derecho, y que además dicho poder fuera alejándose de su pasado absolutista, era necesario proclamar principios básicos que fundamentaran y ordenaran sus funciones y su propia conceptuación como tercer poder del Estado. Por ello, se proyecta como principio fundamental la independencia de jueces y magistrados, del cual deriva a su vez el principio de exclusividad. El otro gran principio es el del sometimiento de jueces y magistrados únicamente al imperio de la Ley.

Por su parte, la premisa liberal de que los jueces deben limitarse a ser "la boca que pronuncia las palabras de la ley"[3] pronto entró en crisis ya que es sumamente complicado aplicar el Derecho sin interpretarlo. Así, el constitucionalismo del siglo XIX y sobre todo del siglo XX -en Europa- proclama que el Poder Judicial se encarga también de interpretar la Constitución y el ordenamiento jurídico.

Nuestra Carta Magna de 1978 recoge las líneas maestras del poder judicial y sus principios. La independencia se configura como el principio fundamental que garantiza el carácter democrático de nuestro tercer poder, y de ello queda constancia a lo largo del Título VI. Otro de los principios esenciales que fundamentan al poder judicial es el de unidad jurisdiccional. Por un lado, este es fruto de un proceso histórico en el cual existía una diseminación y una pluralidad de jurisdicciones civiles y penales que suponían que el Estado no

[3] C. De Secondat Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, ISTMO, 2002.

poseía el monopolio de la función jurisdiccional[4]. Por otro lado, este principio tiene una segunda acepción que busca la unidad jurisdiccional en todo el territorio español. Sin embargo este principio tiene una excepción y una prohibición recogidas en el artículo 117 CE.

Con respecto a la prohibición, la Constitución establece en su artículo 117.6 la prohibición de los tribunales de excepción que son aquellos que se crean *ad hoc* atendiendo a razones de persona, de materia, del bien jurídico protegido o del carácter territorial. Los tribunales de excepción deben ser considerados dependiendo de su entorno político o social. Así, no es lo mismo el tribunal de excepción creado para juzgar los crímenes de lesa humanidad en Ruanda, que los tribunales de excepción creados durante la dictadura franquista contra el comunismo y la masonería. En España, esta clase de tribunales son una anomalía del sistema ordinario por quebrantar el principio de unidad jurisdiccional[5], entre otros. Por ello, queda claro por qué nuestra norma fundamental los elimina expresamente, mucho más teniendo en cuenta el carácter anidemocrático y vulnerador de derechos humanos que tuvieron en el régimen anterior.

Por lo que respecta a la jurisdicción militar, es la única excepción expresa que permite el precepto 117 –en su apartado quinto-. Dicha excepción deriva de las especialidades del estatuto jurídico de las personas sometidas a la disciplina militar. Cuando hablamos de la jurisdicción militar lo que debemos destacar es que se consagra en nuestra democracia como una institución constitucional

[4] R. Blanco, *La Constitución de 1978,* Alianza Editorial, 2011, pág. 211.

[5] Parte de la doctrina constitucional manifiesta su descuerdo con los juzgados centrales de instrucción y la Audiencia Nacional por su especial creación en la dictadura franquista. Sin embargo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Barberá, de 6 de diciembre de 1998) han establecido su legitimidad por no quebrantar el principio de unidad jurisdiccional.

"aún cuando no pueda considerarse competente esencial del orden jurídico-político establecido en la Constitución"[6].

El artículo 117.5 CE supone una transformación esencial de estructura, composición y competencia de la jurisdicción militar, que tiene como consecuencia, por un lado, su integración en el propio poder judicial, a través de sala de lo militar del Tribunal Supremo, y por otro lado, supone una limitación muy importante a su ámbito competencial. Todo ello viene a conformar esta jurisdicción como parte del sistema democrático que debe respetar los principios y preceptos constitucionales tales como las garantías del proceso y los derechos de defensa. Es fundamental su integración en el poder judicial a través del Tribunal Supremo porque supone, entre otras cosas, su respeto a la división de poderes y al ya mencionado principio de unidad jurisdiccional. Anteriormente, en nuestro Estado, se utilizó el fraccionamiento de la Justicia en jurisdicciones especiales con el fin de conseguir espacios obedientes al poder político gobernante, consiguiendo que la imparcialidad de jueces y magistrados brillara por su ausencia[7].

A pesar de su integración en el tercer poder del Estado, esta es una jurisdicción especial que está vinculada a la Administración militar. Su función jurisdiccional pertenece en exclusiva y excluyente[8] a los órganos judiciales, despojando a la Autoridad militar de su participación en la misma la cual había sido, hasta 1978, la encargada

[6] F. López Ramón, "Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar", en *Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución*, vol. IV, ministerio de Justicia, 1988, pág. 2627.

[7] J. Jiménez Villarejo, "La jurisdicción militar", en E. Sánchez Guzmán (coord.), *Comentarios a las leyes procesales militares*, Ministerio de Defensa, 1995, pág. 64.

[8] A. Millán Garrido, "Organización y competencia de la jurisdicción militar en España", *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 12, Número 22, enero-junio 2011, pág. 150.

de ejercer la potestad jurisdiccional[9]. Por ello, la Constitución también establece los principios de inamovilidad, de responsabilidad y de sumisión al imperio de la ley a los jueces y magistradas de la jurisdicción militar.

No obstante, la letra de la Constitución queda matizada por la legislación de desarrollo sobre esta cuestión. La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM) parece -y así lo pone de manifiesto parte de la doctrina constitucional[10]- que no garantiza plenamente la independencia judicial ya que los nombramientos dependen de decisiones adoptadas por las autoridades y los mandos militares. Por ello, se mantiene que el estatuto jurídico de los jueces y magistradas del orden militar no posee las mismas garantías que el de la jurisdicción ordinaria[11]. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/1994 expresó que el estatuto jurídico de la jurisdicción militar era constitucional y por tanto, conforme con los principios proclamados en nuestra norma fundamental para el poder judicial. Esta sentencia no trajo la paz entre la doctrina ya que algunos autores mantienen que la

[9] La participación de la Autoridad militar se llevaba a cabo a través de la legitimación que poseía en el recurso de casación para que pudiera "velar por los intereses esenciales de las Fuerzas Armadas" (arts. 111 a 114 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). Sin embargo, su falta de justificación doctrinal hizo que dicha participación se suprimiera a través de la Ley Orgánica 9/2003, de 15 de julio; en su lugar, se estableció que determinadas autoridades del Ministerio de Defensa tuvieran la posibilidad de "solicitar a los distintos órganos de la Fiscalía Jurídico Militar las actuaciones que puedan proceder en defensa del interés público en el ámbito militar" (Real Decreto 492/2004, de 1 de abril).

[10] A. Millán Garrido, *Competencia y organización de la jurisdicción militar*, Tecnos, 1987, págs. 25 y 26.

[11] J. Jiménez Villarejo, *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Colex, 1990, pág. 60. En contra, *Cfr.*, P. García Ballester, "Jurisdicción militar y Constitución española", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 58 (1991), pág. 168 y sig.

propia consideración que la Constitución hace de la jurisdicción militar es contraria a la misma. De hecho, parece que no se optó por una regulación contundente del orden militar sino que se configuró al mismo desde la continuidad de los principios que han articulado en el pasado esta jurisdicción –es decir, en regímenes no democráticos-.

Así, tenemos actualmente una Justicia basada en profesionales de la milicia y no en profesionales de la Justicia que puedan ser asesorados, en las ocasiones previstas en la ley, por los militares[12].

Ejemplo de esta situación es el Código de Justicia Militar. El que estaba en vigor hasta el año 1980 era claramente inconstitucional y por ello fue en este año cuando se realizó una reforma del mismo aunque ésta fue insuficiente, así lo puso de manifiesto el propio Gobierno que explicó entonces la provisionalidad de esta reforma. A pesar de que la reforma supuso un cierto avance en la materia, lo cierto es que no llegó a provocar una ruptura con la situación legislativa anterior. Parada Vázquez establece que "los actos legislativos posteriores a la Constitución confirmaron la intención del constituyente de respetar el perfil institucional e histórico de la justicia militar"[13]. Es decir, se hace imprescindible una reforma más profunda y adecuada del orden militar.

Por otro lado, para garantizar el carácter constitucional de la Justicia militar, se ha reducido de manera radical su ámbito competencial. Por ello, el art. 117.5 CE la limita únicamente "al ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio,

[12] R. Parada Vázquez, "Toque de silencio de la Justicia Militar", en *Revista de Administración Pública,* núm. 127 (1992), pág. 12 y sig.; J. Roja Caro, *La coerción directa del superior jerárquico en el Ejército,* tesis doctoral inédita, 1994, págs. 134 y 135. En contra, *Cfr.,* A. Mozo Seoane, recensión crítica del trabajo de R. Parada, en *Revista Española de Derecho Militar,* núms., 59-60 (1992), págs. 646 a650.

[13] R. Parada Vázquez, "Toque de silencio por la Justicia Militar", op. cit., pág. 36.

de acuerdo con los principios de la Constitución". Así, se establece un límite negativo al legislador ya que no permite que la jurisdicción militar se ocupe de nada fuera del ámbito castrense –y de esta manera ninguna cuestión de la jurisdicción ordinaria pueda ser regulada por la Justicia militar- pero no prohíbe que algunos asuntos militares no puedan entregarse a la jurisdicción ordinaria[14].

De la letra de la Constitución podemos observar que en tiempos de paz la jurisdicción miliar se ocupa de los delitos recogidos en el Código Penal Militar, mientras que esta competencia se amplía en los supuestos de estado de sitio, tal como convenga la legislación de desarrollo[15].

El ámbito estrictamente castrense plantea un problema de fondo y no es otro que interpretar y delimitar qué significa dicha expresión. ¿Hasta dónde llega la competencia castrense? El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 75/1982, de 13 de diciembre, basaba la concepción de este ámbito en su aspecto objetivo, es decir, se centraba sólo en la naturaleza militar del bien jurídico que se había lesionado. No obstante, el Tribunal Constitucional ha evolucionado en su jurisprudencia y ha afirmado el carácter restrictivo que tiene que tener este concepto jurídico. Así, no sólo lo limita desde su ámbito objetivo –bien jurídico protegido- sino también desde el subjetivo –por el carácter militar del agente- y desde su ámbito funcional[16] –por la naturaleza militar de los derechos y obligaciones afectados-[17].

---

[14] STC 60/1991, de 14 de marzo.

[15] J. Galán Cáceres y M. Ayuso Torres, "Notas sobre a complejidad de la delimitación competencial de la jurisdicción militar a la luz de la Constitución de 1978", en *La jurisdicción militar,* BUSCAR CITA, págs. 171 a 178.

[16] *Vid.*, A. Millán Garrido, "Organización y competencia de la jurisdicción militar en España", op. cit. Pág. 159 y 160.

[17] STC 60/1991, de 14 de marzo, la cual establece que "como jurisdicción especial penal, la jurisdicción militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de delitos que puedan ser calificados como estrictamente castrenses, concepto

Por tanto, la jurisdicción militar, a pesar de su especialidad, posee elementos que la incluyen en el poder judicial (Sala de lo militar del Tribunal Supremo), que buscan su respeto a la norma fundamental y una independencia de los propios jueces con respecto a la Administración militar. En definitiva, se pretende la plena constitucionalización de esta jurisdicción. Ahora bien, las normas legales de desarrollo parece que introducen elementos distorsionadores que pueden hacernos entender que el respeto a los principios constitucionales y a los derechos y deberes de las personas en este ámbito no se garantiza plenamente. Por ello, sería necesario estudiar una reforma legislativa, sobre todo en lo que se refiere al estatuto de jueces y al Código de Justicia Militar.

En otro orden de cosas, el Título VI de la Constitución establece otra excepción al principio de unidad jurisdiccional ya que en el artículo 125 proclama que la ciudadanía "podrá participar en la Administración de Justicia […] en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". Estos tribunales consuetudinarios y tradicionales son organizaciones con una gran trayectoria histórica que poseen continuidad y fortaleza institucional y que están compuestas por personas no especializadas en el ámbito judicial. Entran dentro de esta categoría el Tribunal de Aguas de la Vega de Valencia o el Consejo de Hombres Buenos de Murcia[18].

---

que ha de ponerse en necesaria conexión con la naturaleza del delito cometido, con el bien jurídico o los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a las Fuerzas Armadas y de los medios puestos a su disposición para cumplir esa misión (arts. 8º y 30 CE), con el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito y, en general, con que el sujeto del delito sea considerado *uti miles*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para definir el concepto de los estrictamente castrense".

[18] Con respecto al Consulado de la Lonja de Valencia no fue reconocido en el Auto del Tribunal Constitucional 5/1986, de 8 de enero, como tribunal

Los tribunales consuetudinarios y tradicionales datan del siglo III d. C. (el Tribunal de las Aguas de Valencia), y del siglo IX d. C. (el Consejo de Murcia). Su creación reposa sobre los principios populares y están basados en la costumbre. Estos tribunales han sido reconocidos, a lo largo de nuestra historia, como instituciones cuyas decisiones deben ser cumplidas y que se fundamentan en "la capacidad de autogestión del individuo"[19].

La historia de nuestros tribunales consuetudinarios muestra el éxito y la supervivencia de los mismos. La permisibilidad de los gobiernos españoles con respecto al funcionamiento de estos tribunales supuso que pudieran mantener su autoorganización y su gestión. En otros Estados ha habido una intromisión por parte del poder político en su administración y eso ha conllevado su falta de reconocimiento jurídico. En España se produjo una mayor intervención por parte del Estado a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en los tribunales que se ocupaban del regadío. Dicha intervención vino de la mano de la construcción de las obra hidráulicas y fue en este momento donde peligró la propia existencia de dichos tribunales. Por suerte, su larga trayectoria y el reconocimiento de autogobierno han conseguido su mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

---

consuetudinario porque el Estatut de la Comunidad Valenciana no le otorgaba esta categoría y además porque "no es una institución consuetudinaria sino regulada por normas escritas ni, por último ejerce una función propiamente judicial, sino, lo que es distinto, una función arbitral".
Por otro lado, parte de la doctrina ha manifestado que los juzgados de paz gozan de ese carácter tradicional ya que no son órganos judiciales profesionales. Sin embargo, estos juzgados desarrollan funciones judiciales y de auxilio judicial y los y las jueces de paz poseen un estatuto jurídico donde se proclama la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad de los mismos.

[19] M. Giménez Casalduero y J. Palerm Viqueira, "Organizaciones tradicionales de gestión del agua: importancia de su reconocimientos legal para su pervivencia. El caso de España", en *Región y sociedad,*

La Constitución de 1978 reconoce en su precepto 125 a estos tribunales, el cual resulta de suma importancia porque constitucionaliza estas instituciones con funciones jurisdiccionales compuestas por personas legas en Derecho. Además, este reconocimiento se desarrolló en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que garantiza también la participación ciudadana en la Administración de Justicia a través de estos tribunales. En esta ley orgánica de 1985 se mencionaba expresamente al Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia. Por su parte, el Consejo de Hombre Buenos de la Huerta de Murcia tuvo que esperar hasta 1999 para ser reconocido de manera expresa en la LOPJ, a través de la Ley Orgánica 13/1999, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La última norma legislativa que reconoce a estos tribunales son los Estatutos de Autonomía respectivos. Por tanto, su proclamación y regulación se lleva a cabo en la norma fundamental del Estado, en su ley de desarrollo (LOPJ) y en los Estatutos de Autonomía que son la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas.

Así, los tribunales consuetudinarios y tradicionales mantienen, dentro de nuestro orden democrático, su tradicional organización y gestión que les permite actuar de manera autónoma. La política constitucional mantenida con dichos órganos suponen su gran efectividad en el ámbito del que se ocupan. Por ello, su existencia es legítima y necesaria y mantiene mecanismos que garantizan el buen funcionamiento de las funciones jurisdiccionales en materias de agricultura y regadío.

3. El Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas es una institución con una larga tradición en España que tiene sus orígenes en las Ordenanzas que otorgó el rey don Juan II de Castilla en la primera mitad del siglo XV[20]. Las tres ordenanzas de este monarca conforman el nacimiento formal del control de la gestión de la Hacienda Pública. Las mencionadas tres ordenanzas trataban de lo siguiente: la primera, (1436), crea la Casa de Cuentas de Valladolid; la segunda (1437), ordena la organización de la Contaduría Mayor de Cuentas; y la tercera (1442), completa a la segunda y crea el control y la regulación del gasto público. Desde este momento hasta la actualidad existe en nuestro ordenamiento jurídico un Tribunal que controla el gasto de la Hacienda Pública, cuyas funciones prácticamente no han variado desde entonces. La continuidad de esta institución es patente porque, aunque se han producido cambios en su regulación estos han sido, más bien, de carácter accesorio y no han afectado de manera crucial a su núcleo esencial.

La Constitución de 1978, en los artículos 136 y 153.d, configuran al Tribunal de Cuentas como un órgano constitucional. El precepto 136.2 CE manifiesta que dicho Tribunal tiene jurisdicción propia, manteniendo la continuidad histórica del mismo. Ahora bien, esa continuidad histórica queda ahora adaptada a la democracia constituida en este momento, constitucionalizando nuevos modelos de control y haciendo compatible el Tribunal de Cuentas con los principios que configuran el Estado social y democrático de Derecho. Por otro lado, nuestra Constitución proclama el principio de independencia y para ello establece a esta institución dentro del poder legislativo y no del poder ejecutivo, que a fin de cuentas es el que debe ser controlado por el mencionado Tribunal. Otra de las cuestiones fundamentales a destacar es que nuestro texto fundamental

[20] J. Medina Guijarro, "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", en *Revista Análisis local*, núm. 49 (IV 2003).

otorga a sus miembros el estatuto de jueces y magistradas (independencia, responsabilidad e inamovilidad), para poder garantizar la función jurisdiccional del mismo.

El Tribunal de Cuentas es el órgano supremo que fiscaliza las cuentas y la gestión económica del Estado, y por supuesto del sector público. Para que pueda llevar a cabo esta labor le hace depender de las Cortes Generales, evitando su vinculación con el ministerio de Hacienda -como había pasado anteriormente en algunos períodos históricos- o cualquier otra institución del poder ejecutivo. De esta manera, el Tribunal de cuentas se encarga de examinar y controlar las Cuentas Generales del Estado -función originaria de los parlamentos democráticos-. Finalmente, para que pueda sacar adelante su trabajo la Carta magna le otorga dos funciones: la función fiscalizadora, que es la que desarrolla directamente ante las Cortes Generales; y la función jurisdiccional que busca conseguir "la indemnidad de los fondos públicos perjudicados por su malversación, incorrecta o nula justificación u otras causas"[21].

Por todo ello, podemos observar la importancia de la constitucionalización del Tribunal de Cuentas, la cual se ha llevado a cabo respetando las líneas básicas de esta institución desarrolladas a lo largo de nuestra historia, pero sin poner en duda su carácter democrático que implica el respeto a los principios constitucionales, y concretamente a los principios proclamados para el Poder Judicial[22]. Que el Tribunal de Cuentas sea una jurisdicción especial que queda fuera del tercer poder del Estado no supone que no pueda poseer los

[21] J. Medina Guijarro y J. A. Pajares Giménez, "La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su «propia jurisdicción» en la historia y en la Constitución española", en *Revista Española de Control Externo*, Vol. VII, núm. 21, septiembre 2005, pág. 36.

[22] Y. Gómez Sánchez, *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, 2001.

principios establecidos para la función judicial y para los jueces y magistradas, sobre todo porque dichos principios son esenciales para el buen funcionamiento de las jurisdicciones -ya sean ordinarias o especiales- y para garantizar y proteger los derechos y libertades de las personas.

La legislación de desarrollo se aprobó en el año 1982, con la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y en el año 1988 con la ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas[23]. La primera de ellas desarrolla los mandatos recogidos en la Constitución con el fin de regular de manera concreta todas aquellas características que le infiere la norma suprema del ordenamiento jurídico a esta institución. La segunda ley se encarga de regular toda su parte orgánica. Dentro de este desarrollo legislativo nos interesa destacar la función jurisdiccional de éste[24]. El Tribunal de Cuentas debe enjuiciar la responsabilidad contable de aquellas personas u órganos que manejen caudales, bienes o efectos públicos. Por responsabilidad contable entiende la legislación que es aquella que se extrae de las cuentas que deben someter los que tengan el manejo de esos bienes, caudales o efectos públicos y en los cuales se haya producido un menoscabo con dolo, culpa o negligencia a consecuencia de acciones u omisiones en contra de las leyes que regulen el régimen presupuestario y contable. Los que manejan esos bienes o efectos públicos serán entidades del sector público o personas o entidades que reciban subvenciones o ayudas públicas.

[23] P. Sala Sánchez, *La jurisdicción contable en España. Las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España*, Servicio de Publicaciones del Tribunal de Cuentas, 1984.

[24] R. Mendizábal, *El Tribunal de Cuentas y la Constitución en control del sector público*, IEF, 1981.

Para poner fin a esta responsabilidad el Tribunal de cuentas tiene tres procedimientos jurisdiccionales: el juicio de cuentas, el procedimiento de reintegro por alcance y el expediente de resolución de fianzas. Ante estos procedimientos cabe recurso de casación y revisión ante la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Dicho recurso resulta sumamente importante porque incluye a esta jurisdicción especial en el Poder Judicial a través de su órgano superior -tal como sucede con la jurisdicción militar-. Con ello se pretende garantizar el principio de unidad jurisdiccional incluso para las jurisdicciones especiales y otorgarle un carácter constitucional y democrático del Tribunal de Cuentas.

La importancia de esta institución se basa en que se encarga de la función fiscalizadora que es propia de los Parlamentos contemporáneos. No obstante se ocupa, además, de controlar a través de mecanismos jurisdiccionales la responsabilidad contable sobre los bienes y caudales públicos. Su trayectoria histórica como jurisdicción especial ha demostrado su eficacia a lo largo de los siglos y por tanto, su necesaria continuidad, siempre y cuando se adapte al orden constitucional establecido en 1978.

4. La jurisdicción constitucional en España

La jurisdicción constitucional en España tiene muy poco recorrido histórico. Sólo podemos acercarnos a la II República para encontrar un antecedente de nuestro actual Tribunal Constitucional. El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República mostraba algunas características propias de los órganos constitucionales europeos pero éstas se mezclaban con las características de otra institución, como es el Senado. Por ello, hay que esperar hasta la Constitución de 1978 para poder hablar de una auténtica jurisdicción constitucional. El Título IX de nuestra norma fundamental reconoce y regula el Tribunal Constitucional español, el cual se asimila al modelo

europeo de control de constitucionalidad de las leyes[25], aunque con algunas características propias[26]. La Ley Orgánica 2/1919, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, desarrolla los parámetros, la composición, las funciones, el estatuto de sus magistradas y magistrados y, en definitiva, regula la concepción de esta jurisdicción que la norma constitucional ha establecido en sus preceptos.

La Carta magna establece a la jurisdicción constitucional como una jurisdicción especial que se encuentra fuera del poder judicial -pero también del poder legislativo y del poder ejecutivo- aunque le confiere a sus magistrados y magistradas el estatuto de jueces, si bien las y los magistrados del Tribunal Constitucional pueden pertenecer a sindicatos o asociaciones políticas, siempre que no desempeñen cargos de dirección. Cabe preguntarse si a pesar de ello se respeta el principio de independencia que también se predica de esta jurisdicción[27].

[25] P. de Vega, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de estudios políticos, nº 7, 1979, pág*s. 93 a 118.

[26] Así, la cuestión de inconstitucionalidad permite que jueces y magistradas puedan participar, como órganos legitimados para interponer dicha cuestión, en el control de constitucionalidad de las leyes. Además, y copiando al Tribunal Constitucional alemán y a la Corte Constitucional italiana, tiene también como función la protección de los derechos y libertades de las personas, a través del recurso de amparo.

[27] En julio de 2013 se planteó esta cuestión en los medios de comunicación al conocerse la militancia del Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Pérez de los Cobos, en el partido Popular. A pesar de la polémica surgida, lo cierto es que tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no lo prohíben expresamente. Otra cuestión es si realmente esta medida es adecuada o no, debate que a mi modo de entender resulta de suma importancia para poder proclamar la independencia de los y las magistradas del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional es el máximo órgano de interpretación de la Constitución y por ello su función principal es controlar que las normas legales respeten nuestro texto constitucional. El trabajo que el alto Tribunal debe llevar a cabo en este sentido se enmarca dentro de los postulados que Hans Kelsen estableció sobre la jurisdicción constitucional en los años veinte del siglo XX. Para Kelsen el control de constitucionalidad de las leyes debe ser realizado por un único tribunal que quede fuera del poder judicial y de los otros poderes constituidos del Estado, y que centre su trabajo en conseguir que las normas legales sean interpretadas según la letra y los principios de la Constitución[28]. Esta tarea es tan importante que no puede mezclarse con la función judicial desempañada por jueces y magistradas de la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, los tribunales constitucionales, al ser jurisdicciones, funcionan con los mecanismos propios de los procesos judiciales y emiten sentencias que tienen efectos erga omnes.

Esta cuestión planteó en España -al inicio de la democracia- un debate doctrinal sobre la naturaleza de nuestro tribunal Constitucional, ¿acaso estamos ante un órgano jurisdiccional? ¿o es un tribunal con naturaleza política? Las opiniones de los y las juristas son diversas, pero parece que a día de hoy la postura que mantiene la doble naturaleza de este tribunal -tanto jurisdiccional como político- resulta la más adecuada[29]. No podemos descartar el valor político de las decisiones de este órgano, su trascendencia en la sociedad española, pero tampoco podemos obviar su naturaleza de jurisdicción, que es la que le imprime además el carácter erga omnes de sus decisiones y la garantía de desarrollar sus funciones de manera independiente a los tres poderes del Estado.

[28] H. Kelsen, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana, *Dereito,* Vol. IV, nº 1, 1995, págs. 213 a 231.

[29] M. Gascón Abellán, "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 63 a 87.

El principio de independencia de este Tribunal es fundamental y, desde luego, es el que más problemas ha planteado, no sólo porque las y los magistrados puedan pertenecer a partidos políticos, sino también por su forma de elección[30]. Los doce miembros son elegidos entre los tres poderes del Estado, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos, cuatro a propuesta del Senado, también por mayoría de tres quintos, dos por el Consejo de ministros y ministras, y los dos últimos por el Consejo General del Poder Judicial. Tras la puesta en marcha de este sistema al inicio de nuestra democracia, parece que se ha observado una preeminencia del poder legislativo sobre los otros dos poderes, no sólo porque ocho de los doce magistrados sean propuestos por Congreso y Senado sino también por la importancia de las Cámaras en la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y en la elección de la Presidencia del Gobierno. Por ello, cabe la duda de si se respeta el principio de independencia del Tribunal Constitucional con respecto al poder legislativo.

Y unido a todo ello, en los últimos años se ha planteado la cuestión de la politización excesiva de los y las magistradas de este órgano. Dicha problemática se puso de manifiesto con las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Estatut de Cataluña que causó una auténtica polémica sobre los votos que se emitirían, y cómo estaban representadas las dos fuerzas políticas mayoritarias españolas entre los miembros del Alto tribunal[31]. Además, esta sentencia provocó que no

[30] A. Figueruelo Burrieza, "El juez constitucional español: comentarios a un proyecto de reforma", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, págs. 129 a 150.

[31] Este asunto estuvo en prensa durante muchos meses, dejando en evidencia la politización de los miembros del Tribunal Constitucional. Como ejemplo, la noticia que se publicó en El País el 18 de junio de 2010, en la cual se podía leer que "El alto tribunal alcanza el fallo con una votación por bloques en la que los jueces conservadores logran que el término "nación" no tenga eficacia jurídica", poniendo de manifiesto la existencia de bloques políticos entre los

se respetara el artículo 159 de la Constitución, es decir, que se incumplió el mandato de los y las magistradas, paralizando el nombramiento de los nuevos miembros en el período establecido en el texto constitucional hasta que saliera la sentencia de este Estatut (STC 31/2010)[32].

¿Es necesario modificar el mecanismo de elección de los miembros del Tribunal Constitucional?, ¿hay que modificar su estatuto jurídico impidiendo que puedan militar en asociaciones políticas y sindicatos, tal como establece el Estatuto de jueces y magistradas del poder judicial?, ¿acaso habría que imponer más condiciones para poder ser candidato o candidata a magistrada de este tribunal?, ahora mismo son tres: ser jurista, de reconocido prestigio y llevar mas de quince años en la profesión, ¿imponer una edad mínima para ser magistrado de esta jurisdicción sería adecuado, o incluso establecer el cargo de manera vitalicia? Todas estas cuestiones planean sobre nuestro Tribunal Constitucional y, desde mi punto de vista, sería de vital importancia resolverlas cuanto antes con el fin de buscar un mejor sistema que garantice de manera más eficaz la independencia del tribunal encargado de velar por el respeto de la norma suprema del ordenamiento jurídico.

---

miembros de este Tribunal. http://elpais.com/elpais/2010/06/28/actualidad/1277713023_850215.html

[32] A. Figueruelo Burrieza, "La incidencia de la STC 31/2010 en la legislación del Estado: apuntes de cara a la futura modificación de la LOPJ, en E. Álvarez Conde y C. Rosado Villaverde (coord.), *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña".* IDP, 2011, págs. 341 a 360.

LOGICA DEL TERRORE E LEGISLAZIONE D'EMERGENZA IN ITALIA (1975-1980). SPUNTI DI RIFLESSIONE[1]

Francesca De Rosa
Universidad Federico II de Nápoles

1. Centralità del problema penale e continuità delle politiche dell'emergenza

Prima di esaminare la *legislazione speciale* che venne applicata in Italia durante gli anni Settanta del Novecento–che si è soliti definire gli*anni di piombo*–è opportuno riflettere sull'impianto penalistico allora vigente.

La recente storiografia giuridicasi è soffermata sullo stretto nesso tra politica e diritto negli anni immediatamente dopo il fascismo. La nuova Italia, quella repubblicana, come ha scritto Floriana Colao, «scontava un paradosso, per dover essere da un lato legata alla "defascistizzazione" che soprattutto il potere politico intendeva avviare; dall'altro all'istanza della separazione tra giustizia e politica, nell'orizzonte di una tradizione liberale del processo e dell'ordine giudiziario[…]e della riaffermazione del tecnicismo e della continuità dello Stato»[2].

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

[2] F. Colao, *Giustizia e processo penale nell'Italia Repubblicana*, Milano 2013, p. XII.

I diritti individuali, riconosciuti dalla Carta Costituzionale, dovevano trovare la giusta tutela nel processo penale,anche se «l'ideale di una procedura ancorata ai pubblici poteri, di una verità processuale vocata a rispondere alle aspettative della società, era destinato a complicare il rapporto tra la costituzione e il sistema accusatorio, cui guardava parte della processual-penalistica, fin dal dopoguerra in cerca di una piattaforma tecnica e ideologica in grado di coniugare garanzie individuali e tutela della collettività.»[3].

In questa prospettiva il modello processual-penalistico italiano ancora, e per altri trent'anni, fondato sul codice fascista, si basava sul principio che la magistratura rappresentasse la coscienza sociale. Una simile funzione sembrò riprender vigore e, anzi, rafforzarsi proprio durante gli anni Settanta con i numerosi processi al terrorismo; poi, trala fine degli anni Ottanta e gli inizi dei Novanta, fino ad arrivare alle più recenti vicende di *tangentopoli*, i processi di camorra e di mafia hanno contribuito sempre di più a definire questo nuovo e incisivo ruolo della magistratura. E' emerso, cosi, sempre piùchiaroil principio che «la verità giudiziaria potesse essere utile alla storia e alla politica e certi processi penali dovevano soprattutto assolvere il compito di narrare all'opinione pubblica la storia d'Italia»[4].

[3]*Ivi*. p. XIII. Sul punto cfr. anche il lavoro di D. Negri, *Agli albori di un paradigma dell'Italia Repubblicana. Il processo penale come "diritto costituzionale applicato",* in *Diritti individuali e processo penale,* a cura di M. Pifferi e D. Negri, Milano 2011, p. 14 e *passim.* Il sistema penale legato ai principi normativi dello stato sociale di diritto, inseriti nella Carta costituzionale, sembra perdere il suo fondamento quando l'attività legislativa e la prassi giurisprudenziale, che scaturiscono da determinate condizioni "eccezionali", vanno a ledere lentamente quei principi. Sul punto cfr. F. Bricola, *Teoria generale del reato,* in Nss. D.I., XIX, Torino 1973, p. 8 e ss.

[4] F. Colao, *Giustizia e processo penale,* cit. p. XIV.

Tali fenomeni *sociali*[5],peraltro, si radicanonella peculiarità della cronica *emergenza,* dalla quale nasce ed entro la quale agisce la legislazione italiana. Il Regno d'Italia – scrive acutamente Mario Sbriccoli –«nasce sotto il segno dell'emergenza. L'insurrezione di una parte delle popolazioni meridionali mettein pericolo da subito, ed in modo assai serio, l'unità dello Stato appena realizzata, e getta drammaticamente il Regno appena proclamato in una difficilissima condizione politica ed istituzionale».[6]

Questa difficoltà del sistema "Stato" può, secondo Sbriccoli, essere considerata una "costante", un "tratto permanente" della legislazione penale italiana;[7]in virtù di questa particolare condizione di partenza, si è dato il via ad una produzione legislativa eccezionale che è finita per insinuarsi stabilmente nell'ordinamento penale[8].

[5]A partire dagli anni Cinquanta (a oggi), come si leggerà più avanti, l'ordine pubblico ha dovuto fronteggiare prima i conflitti politici e sindacali, studenteschi e operai; poi i conflitti sociali, scaturiti dalla crisi economica, da qui il terrorismo, la crescita della criminalità organizzata e i fenomeni di corruzione che ,in particolare, hanno colpito violentemente la politica. I rappresentanti del governo, pur consapevoli di questo dato storico del paese, hanno sempre optato per scelte emergenziali, che hanno invece nettamente favorito la logica della criminalizzazione*:* la scelta del Legislatore italiano è stata sempre di tipo giudiziario. Cfr. infra nt. 11.

[6] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990),* in«Storia d'Italia» Annali 14, Torino 1998, p. 487.

[7]*Ivi,* pp. 487-88, «Il modo in cui la classe dirigente reagì, sul piano normativo e su quello delle pratiche di giustizia, impresse indelebilmente nel sistema penale italiano un segno che si sarebbe rivelato praticamente incancellabile: un *imprint* originario destinato a durare e a colorare di sé la politica penale dello Stato lungo l'intero arco della sua esistenza […]». La deroga alla norma ordinaria ha trovato una sua costante presenza nel sistema penale italiano, sul punto cfr. P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato Liberale allo Stato democratico di diritto,* Napoli 2001, p. 33.e *passim*.

[8] M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti*,cit.p. 488.

In questo contesto si innesca quello che Sbriccoliha definitocome il *paradosso del fallimento*, ossia che la legislazione d'emergenza con leggi eccezionali, emanateper condizioni particolari e determinate e, soprattutto, tendenzialmente provvisorie, venivano di regola prorogate o rinnovate perché «il problema per il quale erano state emanate era irrisolto.[…] Ed è norma che anche una volta uscite di vigore esse lascino nell'ordinamento pesante traccia di sé, introducendovi principi destinati a durare ed a perpetuarne lo strumentario, quando non lo spirito.»[9].

Attraverso questa diagnosi storiografica, si può quindi affermare che la *questione penale* ha caratterizzato la vita politica italiana e che affrontare il problema penale significava incidere nella formazione del paese: infatti, «proprio nei momenti di maggiore difficoltà per il Paese, che si sia trattato dell'emergenza del brigantaggio, o della crisi di fine secolo, del triennio di sangue che precedette il fascismo o della crisi Matteotti, dell'emergenza terrorismo o di quella mafiosa, ovvero del ritorno al centro della scena del rapporto tra politica e giustizia dopo l'inchiesta c.d. "Mani pulite", il momento penale immediatamente balzato ogni volta al centro della scena: in quanto *strumento* primario della risposta e quindi *terreno* inevitabile dello scontro.»[10].

Nella storia d'Italia "recente" la giustizia penale ha assunto sempre di più un ruolo essenziale soprattutto nel momento in cui è andata ad incidere oltre gli ambiti "tradizionali", dovendo affrontare particolari emergenze criminali. Al centro della riflessione dei penalisti vi erano sempre di più questioni che avevano «un immediato riflesso sulla società, implicando azioni in primo luogo politiche, culturali, di civiltà: si andava dalle questioni di politica criminale a quelle che investivano la pena, speciale indicatore dei livelli di legalità di un ordinamento giuridico; fino a quelle che coinvolgevano il ruolo

[9]*Ivi,* p. 489.
[10]*Ivi,* p. 493.

della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei cittadini, la salvaguardia della legalità o le esigenze di difesa della società»[11].

L'impianto penalistico italiano, eredità del fascismo, negli anni della crescita economica appariva «invecchiato e bisognoso di riforme, in grave ritardo sullo sviluppo civile ed economico del paese in fase di modernizzazione». Questa lentezza ha determinato, come ha scrittoSbriccoli, una reazione emergenziale. Le tensioni sociali e le questioni di ordine pubblico non riuscivano ad essere contenute nello schema penale esistente: «i conflitti politici, sindacali e studenteschi nel corso degli anni Cinquanta e Sessanta, il terrorismo degli anni Settanta, la criminalità organizzata degli anni Ottanta e i primi Novanta, la corruzione politica anch'essa fenomeno di lunga durata che esplose giudizialmente tra il 1992 ed il 1994, e da ultimo il sentimento di insicurezza, del quale non si può dire ancora che sia assurto a livello di una emergenza storica, ma che sta imprimendo un segno rilevante nel clima penale di questo inizio del nuovo secolo»[12].

---

[11]*Ivi*, pp. 493-94.

[12] M. Sbriccoli, *Giustizia Criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari 2002, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, vol. I, Milano 2009, p. 40. Questa lucida diagnosi che l'Autore ha sviluppato in uno scrittodel 2002 ci pone oggi, a distanza di 13 anni, dinanzi alla possibilità di vedere come la lungimiranza delle sue suggestioni siano oggi sotto gli occhi di tutti. Nell'attualità possiamo affermare sempre di più che il sentimento d'insicurezza è ormai un'emergenza storica: dalla caduta delle *Twin Towers* ad oggi questo "sentimento" ha determinato la nascita di sistemi emergenziali volti a frenare, reprimere, combattere, contrastare, situazioni difformi, ma continue. L'insicurezza o "l'ossessione securitaria"(come l'ha definita Paolo Cappellini, in *Un dialogo finalmente maturo. Prospettive storiche e ricostruttive sul processo penale come "diritto costituzionale applicato" nell'Italia repubblicana*, in D. Negri, M. Pifferi (a cura di), *Diritti individual*i, cit. p. 7) ha continuamente determinato la creazione di norme eccezionali, creando un sistema che si basa essenzialmente sulla dialettica dell'eccezione come regola. Sul punto cfr. G. Agamben, *Stato di eccezione*,

Sbriccoliha messo in evidenzacome, in Italia, la risposta all'emergenzaabbia creato da una parte l'effetto di rinviare ad un tempo non definito o definibile riforme strutturali del sistema penale;dall'altra normative d'urgenza destinate a perdere immediatamente la caratteristica della temporaneità divenendo stabili ed «ingombranti»[13].

Lo Stato dettava e detta provvedimenti d'urgenza destinati a restare nel tempo: questo è accaduto nell'Italia delle *leggi eccezionali* di contrasto al terrorismo interno negli anni Settanta[14].

---

cit. Milano 2003, *passim;* in particolare l'Autore afferma come l'eccezione stia divenendo sempre di più «una tecnica di governo e non una misura eccezionale», la cit. è a p. 16.

[13] M. Sbriccoli, *Giustizia criminale,* cit. p. 40. Non dobbiamo dimenticare l'intervento, quanto mai attuale, di Irti che nel 1979 segnalava che l'intero sistema giuridico italiano stava procedendo verso una sempre più netta decodificazione, proliferando in innumerevoli leggi fuori dalla forma codice; sul punto cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione,* Milano 1979 *passim.* Di recente Insolera ha posto l'accento sulla necessità di dover prendere atto che è sempre più nitido il fenomeno di decodificazione nella materia penale, legato al moltiplicarsi della legislazione complementare, «riconducibile al susseguirsi nevrotico delle "emergenze", quelle maggiori degli anni settanta, terrorismo, mafia, criminalità organizzata e politico-amministrativa.»; sul punto cfr. G. Isolera, *Il diritto penale complementare,* in U. Curi, G.Palombarini (a cura di) *Il diritto penale minimo,* Roma 2002 pp. 63-4.

[14] Il paradigma dell'eccezione come contrasto al terrorismo rappresentava ieri, come oggi, una costante, è di pochi giorni fa l'approvazione in Senato del Decreto Antiterrorismo che prevede nuove misure per contrastare i nuovi fenomeni terroristici. Anche in questo caso l'emergenza innesca nuove ed urgenti regole eccezionali, creando – come accadde negli anni Ottanta – la Procura nazionale antiterrorismo, come estensione della Procura nazionale antimafia (cfr. http://www.interno.gov.it/). In un lavoro contenuto nel volume collettaneo, curato da Massimo Meccerelli, Paolo Palchetti e Carlo Sotis, su *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo,* Macerata 2011, in, *DerunheimlicheFeind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'"invertedTotalitarianism"*, riguardo alla questione del terrorismo in

2. Dal Codice Rocco alla legge Reale: lo "Stato d'eccezione" prende forma

Il Codice Rocco del 1930, in vigore in Italia, prevedeva, il reato di terrorismo rubricandolo sotto la categoria dei delitti politici, ossia dei delitti contro la personalità interna dello Stato: tra questi erano compresi anche i reati di associazione sovversiva, propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale, insurrezione armata contro i poteri dello Stato, guerra civile, cospirazione politica mediante accordo, cospirazione politica mediante associazione, banda armata (artt. 270-272-284-286-305-306)[15]. Questo complesso di disposizioni rappresentava un insieme di fattispecie incriminatrici a tutela del bene giuridico "personalità dello stato" rappresentando una spiccata innovazione rispetto al codice Zanardelli del 1889, nel quale era

rapporto agli stati democratici,Paolo Cappellini cita Paolo Bonetti quando afferma che, «terrorismo ed emergenza sono dunque temi di confine di ogni ordinamento giuridico» (p. 55) e oggi come ieri «l'obiettivo degli atti terroristici è proprio quello di intimidire i cittadini e impedire loro di esercitare quei diritti fondamentali e i diritti politici sui quali quel medesimo stato si regge» (p. 55 nt.).

[15] Il codice Rocco aveva riorganizzato ed ampliato le figure di reato associativo, in particolare la matrice politica; c'è da sottolineare che il passaggio dallo stato fascista a quello repubblicano non decretò l'accantonamento delle fattispecie incriminatrici associative che erano state poste a difesa del regime. Il d.l luogo. 27 luglio 1944 n. 159, che abrogava tutte le disposizioni penali emanate a tutela delle istituzioni e degli organi politici creati dal fascismo, lasciò inalterate queste fattispecie, che rimasero in vigore anche all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione. Sul punto cfr. L. Galtierio, voce, *Personalità dello Stato (delitti contro la)* in Enc. Giur. Treccani, vol. XXIII 1990, p. 3 ess. Sul punto cfr. G. Pasqua, *Legislazione italiana antiterrorismo,* in M. C. Bassiouni (a cura di), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo,* Milano 2005, p. 405 e ss.

prevista la fattispecie dei "delitti politici" contro la sicurezza dello Stato[16].

Negli anni Settanta del Novecento, il terrorismo, come fenomeno associazionistico, divenne oggetto di numerose analisi, sia dal punto di vista della dottrina che della giurisprudenza[17].

Caratteristica del fenomeno terroristico era, infatti, l'associazione e tra i reati associativi quello di banda armata[18]che «copr(iva) con sufficiente consapevolezza scientifica l'area alla quale apparte (nevano) i fenomeni desiganti come "brigantaggio", "banditismo", "terrorismo"»[19]. L'art. 306 c.p. - nella formulazione di

[16] A. Rocco, *Relazione e Regio decreto 19 ottobre 1930 n. 1398*. *Approvazione del testo definitivo del Codice Penale,* in *Codice penale e di procedura penale,* Roma 1946, pp. 13: «Quale organismo economico-sociale, lo Stato non più si rappresenta come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, bensì come la risultante, la sintesi o la composizione degli individui, delle categorie e delle classi che lo costituiscono, avente propria vita, propri fini, propri bisogni e interessi che trascendono per durata e per estensione la vita stessa degli individui delle categorie e delle classi e si estendono a tutte le generazioni passate, presenti e future.». Sul punto cfr. M. Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento,* in Quaderni Fiorentini,II, 1973, pp. 607-701.

[17] In quegli anni vi fu un'intensa produzione giuridica, si fa qui riferimento solo ad alcuni lavori tra questi cfr. in particolare: P.L. Vigna G. Bellagamba, *La legge sull'ordine pubblico,* Milano 1975, *passim;* G. Insolera, *La politica criminale nei discorsi dei procuratori generali* (anno 1975), in *Questione criminale,* 1975I, 2, pp. 289 e ss; L. Ferrajoli, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale* in *Questione criminale* 1977, III, 1, p. 361 e ss.

[18] La fattispecie della *Banda armata* fu particolarmente utilizzata fino all'inserimento nel codice penale italiano dell'art. 270 *bis,*che si ebbe con il D. L. 15/12/1979 n. 625, a sua volta convertito dalla L. 6/2/1980 n. 15, *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica* in G.U. 7/12/1979 n. 342 e G.U. 7/2/1980 n. 37.

[19] M. Sbriccoli, *Brigantaggio e ribellismi nella criminalistica dei secoli XVI-XVIII,* in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia, scritti editi e inediti*. p. 298.

Rocco - definiva la banda armata come una particolare forma di delinquenza associata, dotata di un'organizzazione, paragonabile alla cospirazione, dalla quale si distingueva per un requisito ulteriore: il possesso delle armi.[20] Quello di *banda armata* era, infatti, un reato facilmente riconoscibile, perché per configurarsi bastava il semplice elemento della "banda" connesso alla detenzione delle armi; non era infatti necessario riscontrare particolari gerarchie all'interno del gruppo criminale o particolari tipologie di apparato. Il legislatore del 1930 nel descrivere in maniera generica la fattispecie del 306 c.p. non fece altro che subordinare la punibilità alla mera volontà interiore, andando ad incriminare la condotta, ritenuta socialmente pericolosa[21]. Questa ricostruzione, frutto del momento storico in cui venne promulgato il Codice del 1930[22], risultò particolarmente utile negli innumerevoli processi che vennero inaugurati nella stagione terroristica italiana.

Gli anni più caldi del terrorismo vanno dal 1969, anno della bomba a Piazza Fontana alla strage di Bologna del 1980. Tra questi due momenti sono compresi numerosi attentati di matrice terroristico/politica i quali hanno compromesso la stabilità di un paese che, di fatto, ancora, non aveva raggiunto la sua democratizzazione completa. Il culmine della minaccia terroristica fu raggiunto, com'è

[20] Art. 306 c. p., *Banda armata: formazione e partecipazione:*«Quando per commettere uno dei delitti indicati nell'art.302, si forma una banda armata, coloro che la promuovono o costituiscono o organizzano, soggiacciono, per ciò solo, alla pena della reclusione da cinque a quindici anni.
Per il solo fatto di partecipare alla banda armata, la pena è della reclusione da tre a nove anni.
I capi o i sovventori della banda armata soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori.»

[21] Si rinvia qui alla manualistica penale: cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale,* p.42 e ss, G. Fiandaca E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale,* I, Bologna, 2007, pp. 3 e ss.

[22]Sul punto cfr. G. Fiandaca, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale,* in AA. VV. *Il codice Rocco cinquant'anni dopo,* in *La questione criminale,* 1981p. 67 e ss;

noto, con il sequestro e poi l'uccisione dell'On.le Aldo Moro,atto che spinseil Governo a varare un complesso di norme in contrasto al terrorismo[23].

La prima normativa che il Governò varò nel 1975 fu sostanzialmente una legge sull'ordine pubblico: la L. 22 maggio n.152 – la *Legge "Reale*"[24]- (dal nome del Ministro proponente), rubricata come *Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico.* Fu una legislazione emergenzialecomposta da trentasei articoli attraverso i quali si modificavanoi termini massimi della carcerazione preventiva, si riducevanoi casi di libertà provvisoria, si autorizzava la perquisizione senza mandato, siriscriveva l'art. 238 cpp.del 1931, affidando alla polizia la possibilità di fermo di indiziati di reato per 48 ore[25]esi

[23] Occorre, tuttavia, per completezza precisare che il fenomeno terroristico in Italia non si è in realtà arrestato nei primi anni '80, bensì è proseguito con diverse fasi anche successivamente seppure in forme, modalità e contesti storici differenti. Tra gli episodi più significativi, vi sono le uccisioni di Ezio Tarantelli, professore universitario e consigliere della CISL, Lando Conti ex sindaco di Firenze (1986), Roberto Ruffilli ex consigliere politico del Presidente del Consiglio (1988), e dei giuslavoristi Massimo D'Antona (1999) e Marco Biagi (2002). Sul punto cfr. P. L. Vigna, *L'attuale fase della criminalità terroristica,* in Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 1987, http://www.csm.it/quaderni/quad_14.pdf.

[24] I primi interventi di lotta al terrorismo furono incentrati su un «diritto penale di polizia», cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.* Roma-Bari, 1989, in particolare pp. 844-53. È interessante riflettere sul fatto che l'ordinamento italiano «ha sperimentato, tra i primi al mondo, alcune risposte giuridiche molto significative» e, per fattispecie come il terrorismo o la criminalità organizzata, il legislatore italiano ha formulato e "esportato" modelli «molto più apprezzati a livello internazionale del garantismo del nostro pur originale approccio costituzionalistico al penale.»; sul punto cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta VS. diritto penale del nemico,* in R.E.Kostoris e R. Orlandi (a cura di) *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino 2006, p. 24.

[25] A queste 48 ore venivano ad aggiungersene altre come previsto sempre dall'art. 3. Infatti, il Procuratore della Repubblica o il pretore dovevano

punivа, con l'arresto da sei a dodici mesi, l'uso in luoghi pubblici di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo adatto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona;la "devianza politica" venne equiparata al comportamento mafioso, riprendendo la misura preventiva del confino. Gli stranieri presenti sul territorio italiano, se non erano in grado di giustificare le proprie capacità reddituali, o meglio di sussistenza, potevano essere automaticamente espulsi. L'art. 53 del codice penale veniva, poi, integrato prevedendo l'uso delle armi "sempre e comunque" per impedire la consumazione di delitti e di strage, naufragio, disastro aereo o ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La legge definiva i soggetti passibili di misure di prevenzione identificandoli con coloro che in gruppo o isolatamente ponevano in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato.

In questa costruzione normativa si possono ben riconoscere, infatti, quelle "tracce rilevanti" e "ingombranti" che, minando le garanzie costituzionali, hanno portato a farprevalere la ragione di Stato, sullo Stato di diritto[26].

provvedere immediatamente all'interrogatorio del fermato e, se riconoscevano fondato il fermo, lo convalidavano con decreto motivato nelle quarantotto ore successive al ricevimento della comunicazione.

[26] L'entrata in vigore della Legge Reale apre il diritto penale alla «perenne emergenza», come lucidamente delineato da Moccia. La legge, in risposta ai fenomeni terroristici, rappresentava appieno la macchina penale con i suoi efficientismi e con i suoi simbolismi e sopravvive a questo momento storico riproponendosi per nuove e diverse emergenze, divenendo tratto permanente. Sul punto cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli s. ed. 2000 pp.1-27.

Attraverso la lettura degli *Atti Parlamentari* della VI legislatura ed in particolare della seduta della Camera del 7 maggio 1975, in cui era aperta la discussione della *legge Reale*, emerge il dibattito riguardante la promulgazione dell'art. 3 della Legge 22 maggio 1975 n.152. In particolare, nel dibattito, si soffermavano su quest'articolo in quanto il disposto era da considerarsi come «caratterizzante e qualificante della legge stessa, perché regola(va) in maniera nuova il fermo giudiziario, o il fermo di indiziati di reato». Il codice di procedura penale vigenteprevedeva il fermo giudiziario definendone il carattere di eccezionalità, ritendendo che si trattasse di «un fermo di polizia giudiziaria che consent(iva) ad ufficiali e agenti della polizia di fermare un cittadino anche fuori dei casi di flagranza, quando risult(assero) a suo carico gravi indizi di responsabilità per un gravissimo reato, e vi sia (stato) il sospetto che il cittadino voglia darsi alla fuga»[27]. Questa norma fu ritenuta eccezionale dallo stesso legislatore del 1930 perché, «che la forza pubblica, la polizia giudiziaria, abbia il compito dell'arresto o del fermo in flagranza di reato, è un principio che tutti gli ordinamenti ammettono; ma tutti gli ordinamenti dichiarano (e, oggi, la nostra Costituzione a chiarissime lettere) che a parte questo caso di privazione della libertà personale del cittadino, è compito del magistrato, nei casi appositi stabiliti dalla legge: non mai della polizia; eccezionalmente della polizia.»[28]. Il legislatore del 1930 ritenne quindi eccezionale questo istituto, perché al di fuori dei casi di flagranza, sarebbe spettato al magistrato emettere ordini di cattura e non alla forza pubblica tuttavia a quest'ultima era attribuita questa facoltà solo per casi particolarissimi ossia eccezionali, come «un gravissimo sospetto a carico di un cittadino ritenuto responsabile di gravissimi reati, e per il quale vi fosse la fondata opinione che stesse per darsi alla fuga»»[29].

[27] Cfr. Discorso dell'On. Accreman, sull'art. 3, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, VI Legislatura – Discussioni – seduta del 7 maggio 1975;* p. 21929,
[28] Ivi, p. 21930.
[29] Ibidem.

La questione relativa all'art. 3 della legge in fase di approvazione risultava particolarmente delicata, perché andava a stabilire «un ampliamento eccezionale dei casi nei quali la polizia giudiziaria dovrebbe poter operare il fermo di cittadini non colti in flagranza»[30], stabilendo, così, che non occorrerebbero più – come previsto dal legislatore del 1930 – gravi indizi di responsabilità, ma basterebbero "sufficienti" indizi di responsabilità. La questione era particolarmente complessain quanto metteva a rischio: «le garanzie a proposito degli indizi di reato, centuplicando il potere di arrestare. Nel disegno di legge in discussione non solo ve(niva) straordinariamente ampliata l'area in cui era possibile fermare il cittadino anche fuori dai casi previsti dalla legge, ma si restringe(va) la garanzia del cittadino.»[31]. Quest'articolo, nella sua formulazione, appariva in netto contrasto con il disposto dell'art. 27 della Costituzione oltrepassando, così, il principio che il cittadino non può essere considerato colpevole fino alla condanna definitiva. La discussione entrava, poi, nel merito della differenza tra fermo repressivo e fermo preventivo e per poter discriminare tra fase preventiva e fase discriminatoria, si doveva dare per presupposta la commissione del reato e ampliare il potere di prevenire in senso repressivo sulla base del mero sospetto che un reato sia stato commesso, induceva a pensare che fosse una norma di carattere preventivo gabellata come norma di carattere repressivo. La proposta di modifica dell'art. 3 prevedeva altresì che il testo venisse modificato introducendo che, «anche fuori dai casi di flagranza, gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o della forza pubblica possono fermare le persone gravemente indiziate di delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 6 anni di reclusione ovvero dei delitti di detenzione di porto di armi da guerra o tipo guerra, compresi i fucili a canna mozza, delle munizioni destinate alle predette armi o di materie esplodenti; nonché dei reati previsti dalla legge 20 giugno 1952, n. 645, e successive modificazioni.»[32]. Il dibattito fu molto accorato, le garanzie

[30] Ibidem.
[31] Ibidem.
[32] Ivi, p. 21931.

costituzionali apparivano, nell'articolo in esame, fortemente compromesse. A seguito della discussione il Ministro Reale ritenne che nell'articolo fosse introdotto l'aggettivo "fondato" in relazione alla parola "sospetto" affermando chenon era nelle intenzioni del legislatore introdurre «con parole diverse il fermo di polizia». La discussione sull'art. 3 terminava con l'approvazione della modifica parziale; il testo definitivo recitava: «anche fuori dei casi di flagranza, quando vi è il fondato sospetto di fuga, gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o della forza pubblica possono fermare le persone nei cui confronti ricorrono sufficienti indizi di delitto per il quale la legge stabilisce la pena non inferiore nel massimo a sei anni di reclusione ovvero di delitto concernente le armi da guerra o tipo guerra, i fucili a canna mozza, le munizioni destinate alle predette armi o le materie esplodenti. Gli ufficiali possono trattenere i fermati per il tempo strettamente necessario per i primi accertamenti, dopo i quali debbono far tradurre i fermati immediatamente nelle carceri giudiziarie o in quelle mandamentali se in quest'ultime esiste la cella di isolamento.»[33].

Durante la seduta del Senato del 15 maggio 1975, pochi giorni prima dell'approvazione della *Legge Reale*, vi fu una lunga discussione sulle ragioni fondanti di questa. Il senatore Lelio Basso si schierò contro la *Legge Reale* invocando una «speranza democratica»[34]. La pericolosità di questa norma era data dal fatto che mostrava un carattere «regressivoche annulla(va) di colpo quelle poche conquiste che si erano fatte sui codici fascisti»[35]. L'ordine pubblico veniva tutelato con un aumento delle pene e non si prendevano in considerazioni le ragioni alla base della criminalità.

[33] G. U 24- 5-1975 n. 136, *Legge 22 maggio 1975 n.152, Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico,* pp. 3274-5.

[34] Per un profilo bio-bibliografico di Lelio Basso, cfr. *Dizionario biografico dei giuristi italiani,* Vo. I, D. Ippolito, *Lelio Basso,* Voce,pp. 193-4 e bibliografia ivi contenuta.

[35] Cfr. *Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, VI Legislatura – Discussioni – seduta del 15 maggio 1975,* p. 21253.

Basso affermava che il disegno di legge presentato da Reale non faceva altro che «aumenta(re) le pene carcerarie, limita(re) la libertà provvisoria»; per eliminare la criminalità politica e la criminalità comune «si devono eliminare le cause» e assicurare ai cittadini «quelle condizioni di vita civile in cui i germi della criminalità trovano difficoltà a diffondersi»[36]. La Legge Reale andava ad intaccare la costituzione, violandone non pochi articoli. Basso evidenziava, nel suo discorso, la pericolosità della violazione dell'art. 28 sulla responsabilità dei pubblici ufficiali. La Legge prevedeva, infatti, la possibilità per i pubblici ufficiali di sottrarsi anche alla responsabilità civile, l'art. 3 veniva minato perché la Legge, di fatto, andava a creare «due giurisdizioni: quella per tutti i modesti cittadini e quella per gli agenti di pubblica sicurezza»[37]. Altra questione particolarmente rilevante riguardava il principio della presunzione d'innocenza: «una cosa seria che anche gli antichi maestri da Beccaria a Carrara avevano insegnato», non può essere considerato colpevole un individuo e privarlo della libertà salvo casi eccezionalissimi, «la presunzione d'innocenza deve significare che un cittadino non può essere condannato al carcere senza giudizio e senza crimine».[38] Il Senatore Basso, pur consapevole che la legge sarebbe stata approvata con qualche emendamento migliorativo, riteneva di essere «profondamente umiliato di dover discutere nel Parlamento italiano

[36] Ivi, p. 21257. Nel suo discorso sulla criminalità Basso richiamava un'arringa di Enrico Ferri pronunciata dinanzi all'Assise di Venezia nel 1886 in difesa di alcuni contadini mantovani e ne riportava dei passi che riteneva necessari per chiarire la sua posizione. Ferri si chiedeva, nella arringa, in cosa consistesse realmente l'azione preventiva dell'autorità, e affermava che «in Italia disgraziatamente prevenire è sinonimo di arrestare… in Italia per prevenire non s'intende studiare le cause di un malessere sociale e rimuoverle o attenuarle fin dove è possibile, con il massimo rispetto dei diritti della persona umana. Qui per prevenire s'intende che appena un ombra passi dinanzi all'autorità, questa debba ammanettare chi sta dietro quell'ombra».

[37] Ivi, p. 21258.

[38] Ibidem.

trent'anni dopo la liberazione e ventisette anni dopo la Costituzione, una legge di questa natura»[39].

Con questa legge il Governo di fatto avviava l'erosionedelle garanzie costituzionali esistenti procedendo, cosi, verso un vero e proprio logoramento dei principi cardine di uno Stato di diritto e conferendo alla «nostra macchina legislativa una celerità senza precedenti nell'azione di peggioramento dei codici fascisti e di smantellamento delle garanzie costituzionali»[40]. In quegli anni vi fu nuovamente un profondo cambiamento del concetto di ordine pubblico che tornava ad assumere, dopo il fascismo, una connotazione innanzitutto repressiva rispetto a quella preventiva: la tranquillità pubblica e il benessere potevano essere garantiti dalla formula della repressione. D'altronde i meccanismi di insicurezza sociale che si innescano in fasi storiche come quella del terrorismo, sono in grado di produrre politiche di espansione del concetto di responsabilità, che si realizzano attraverso principi come quello della presunzione di colpevolezza, ritenendo, così, un individuo colpevole non sulla base di un fatto commesso, ma sul presupposto di quello che avrebbe potuto commettere.

3. Dopo il sequestro e l'uccisione di Moro

Le leggi per l'emergenza terroristica si susseguirono in reazione alle diverse fasi di quel momento storico e definirono uno spazio temporale piuttosto lungo; le più incisive nei confronti del fenomeno furono quelle emanate all'indomani del sequestro Moro, quando furono introdotti nuovi reati come il sequestro di persona a scopo di terrorismo, figura delittuosa presente nel codice Rocco ma senza la previsione dell'aggravante speciale della finalità di terrorismo[41]. Il d.l.

[39] Ivi, p. 21261.
[40] L. Ferrajoli, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, cit. 361 e ss.
[41] G. U. 19 maggio 1978 n. 137, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 21 marzo 1978 n.59, concernente norme penali e processuali*

n. 59[42] del 21 marzo 1978, convertito nella legge n. 191 del 18 maggio 1978, introdusse diverse misure eccezionali da adottare contro il terrorismo e in particolare una procedura "premiale" nei confronti di coloro che si dichiaravano "collaboratori" della giustizia. Furono in un primo momento apportate modifiche dirette all'art. 630 cp che prevedeva il sequestro di persona a scopo eversivo, nel d.l n.59, a questa fattispecie vennero aggiunte le due diverse condizioni dettate dalle contingenze storiche del terrorismo: quella del sequestro a scopo terroristico e a scopo di estorsione. In sede di conversione, l'art. 630 prevedeva che se colui che, implicato con altri in un sequestro di persona a scopo di estorsione, dissociandosi dagli altri si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà e il sequestrato, senza che venga pagato il prezzo del riscatto, torna effettivamente in libertà, la pena per il dissociato veniva fortemente diminuita. Venne introdotto anche l'art. 289 bis con il quale si stabiliva che se colui che

---

per la prevenzione e la repressione di gravi reati. p. 3571: «Dopo l'art. 289 del codice penale è inserito il seguente: "art. 289 *bis* – (*Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione*) – Chiunque, per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico sequestra una persona è punito con la reclusione da venticinque a trent'anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Il concorrente che, *dissociandosi* dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà è punito con la reclusione da due a otto anni; se il soggetto passivo muore, in conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da otto a diciotto anni. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trent'anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma".».

[42] Il d. l. venne pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 80 del 22 marzo 1978 e titolava «Norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di reati gravi». Sul punto cfr. V. Grevi, *Sistema penale e leggi dell'emergenza. La risposta legislativa al terrorismo*, in G. Pasquino (a cura di), *la prova delle armi*, Bologna 1984, pp.17-76.

implicato in un sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la liberà, veniva punito con la reclusione da due a otto anni invece dei trenta previsti per coloro che non si dissociano (preferibilmente citare gli articoli). La legge del 18 maggio 1978 introdusse anche l'obbligo per i proprietari diimmobili di denunciare all'autorità giudiziaria i contratti di locazione, al fine di identificare coloro che usavano appartamenti privati come base logistica[43].

Accanto a queste previsioni, che assumevano sempre di meno il connotato della tutela dell'ordine pubblico e sempre di più quello della difesa "militare" dello stato, vi furono altre misure eccezionali che riguardarono la creazione di "carceri speciali" e l'attribuzione ai carabinieri dei poteri di sorveglianza esterna delle carceri[44].

[43] Ivi, p. 3572: «Chiunque cede la proprietà o il godimento o a qualunque altro titolo consente, per un tempo superiore a un mese, l'uso esclusivo di un fabbricato o di parte di esso ha l'obbligo di comunicare all'autorità locale di pubblica sicurezza, entro quarantotto ore dalla consegna dell'immobile, la sua ubicazione, nonché le generalità dell'acquirente, del conduttore o della persona che assume la disponibilità del bene e degli estremi del documento di identità o di riconoscimento, che deve essere richiesto all'interessato».

[44] Decreto Ministeriale 4 maggio 1977 *Coordinamento del servizio di sicurezza esterna degli istituti penitenziari,* in G.U. 12 maggio 1977 n. 128, p. 3375: «Considerato che il grave fenomeno delle evasioni dalle carceri pregiudica il mantenimento dell'ordine pubblico. Considerato che il suddetto fenomeno richiede l'adozione di particolari misure dirette alla ristrutturazione degli istituti penitenziari di precipuo interesse ai fini della sicurezza e che nel corso della realizzazione di dette misure può sorgere l'esigenza che i servizi istituzionali svolti dall'Amministrazione penitenziaria allo esterno delle carceri debbano essere interati mediante l'eccezionale e temporaneo concorso di reparti delle forze di polizia.» All'art. 1 la legge decretava che: «al coordinamento del servizio di sicurezza esterna degli istituti penitenziari… è preposto un ufficiale generale dei carabinieri, nominato con decreto del Ministero per la difesa».

Un susseguirsi di normedefinirono sempre meglio la risposta all'attacco dello Stato al terrorismo. A questevanno aggiunti altri due strumenti "emergenziali" che riguardano la fase processuale e che sono frutto della consapevolezza che gli strumenti legislativi adottati fino a quel momento non avevano condotto ad una risoluzione: innanzitutto l'aggravante della metà delle pene previste per i reati commessi per finalità di terrorismo e la diminuzione della pena per i collaboratori. Il d.l. 625/1979, poi convertito nella legge 6 febbraio 1980 n. 15, *legge Cossiga*, sempre dal nome del ministro proponente, introduceva questo meccanismo "premiale", per favorire una sorta di trattamento differenziato in favore di coloro i quali intendessero collaborare con la giustizia[45].La medesima legge introdusse i corpi speciali di azione antiterrorismo: il G.I.S. (Gruppo di Intervento Speciale) legato all' Arma dei Carabinieri e i N.O.C.S. (Nucleo Centrale di Sicurezza) della Polizia.

Lo Stato tornava ad essere sempre di più il "bene giuridico da tutelare", come formulato nel codice del fascismo e l'idea di una "depoliticizzazione" del codice, riprendendo il principio di "sicurezza" dello Stato come previsto invece dal codice Zanardelli, si

[45] G.U. 7 febbraio 1980 n. 137, Legge 6 febbraio 1980, n. 15, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 dicembre 1979, n.625, concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*, p. 1023: «Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art.289-*bis* del codice penale, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a vent'anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà». A queste formule di pentimento, ravvedimento e dissociazione si aggiungeva quel diritto penale differenziato come descritto da L. Ferrajoli, in *Diritto e ragione*, cit. p. 857.

allontanava sempre di più. Il terrorismo degli anni di piombo ha determinato,lo «smantellamento delle garanzie costituzionali»[46].

La necessità di ricorrere a leggi speciali per reprimere fenomeni di terrorismo interno, di mafia, di criminalità organizzata, di corruzione, di terrorismo internazionale, ha ingenerato un sistema stabile di "normazione derogatoria" dei principi generali del diritto e della responsabilità penale. Non solo:essa ha provocato (e continua a provocare) un continuo indebolimento delle garanzie dei cittadini e questo "tratto" del penale, che doveva avere il carattere della temporaneità, si è radicalmente trasformato in un modello costante dell'ordinamento giuridico italiano e forse, in base al principio per cui il «passato non si cancella»,[47]tutto resta fermo in un tempo in cui l'eccezionale e lo straordinario diventano la normalità.

[46] L. Ferrajoli, *Ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in La questione criminale, III, 1977, p.361-404,

[47] Utilizzo qui una locuzione di M.N.Miletti elaborata per: *Un vestito per cenerentola. L'identità del diritto processo penale all'alba della Repubblica*, in D. Negri M. Pifferi (a cura di), *Diritti individuali e processo penale,* cit, p. 365 .

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA EN ESPAÑA

María Luisa Yagüe Barranco
Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Asensi González
Universidad Rey Juan Carlos

1.- Introducción

Se hace preciso, antes de abordar de manera directa la forma en que se lucha contra el terrorismo, hacer un primer acercamiento a este fenómeno, que ha alcanzado una magnitud a nivel mundial y que ha obligado a las naciones a aunar esfuerzos y políticas de prospección para combatirlo.

No podemos por menos que comenzar este capítulo sin abordar el primero de los problemas que plantea el terrorismo: cuál es su definición. Ya desde un punto de vista académico o gramatical, la RAE lo define como, "*dominación por el terror; sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror o actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos*".

Y en este mismo hilo de ideas, jurídicamente, se entiende como "*Dominación por el terror (v.). | Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. Esta definición, tomada del Diccionario de la Academia, no tipifica un delito concreto, porque de los* **1.-** *actos de terrorismo pueden configurarse otros delitos específicos, ya sea contra las personas, ya sea contra la libertad, contra la propiedad, contra la seguridad común, contra la tranquilidad pública, contra los poderes públicos y el orden*

constitucional o contra la administración pública. Sin embargo, el terrorismo pudiera estar incluido dentro de los delitos de intimidación pública, determinantes de la represión contra quien, para infundir temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos; se agrava la pena cuando para ello se emplearen explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituyere delito contra la seguridad pública"[1].

Por mor de lo expuesto y toda vez que, por definición, constituye una amenaza, podemos por tanto, por contraposición, afirmar que estamos frente a actos que atentan contra la denominada seguridad democrática, concebida como aquella requerida para la protección de todos y cada uno de los ciudadanos por igual, en y para el disfrute de sus derechos; se analizará a lo largo del presente trabajo en qué momento los Estados, en el ejercicio de sus políticas de seguridad, realizan injerencias en los principios básicos en los que se asienta un Estado social y democrático de Derecho como es, desde que en 1978 fuera promulgada la Carta Magna, el nuestro: la libertad, la igualdad y la justicia, que junto con el pluralismo político están consagrados en el art. 1 de la CE como *valores superiores de su ordenamiento jurídico.*

No en vano, no hace sino reafirmar el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, a tenor del cual, se determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad. Dignidad humana a la que el profesor Nogueira se

[1]Ossorio, M. (2004). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*.

refiere como fundamento de los derechos fundamentales, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal[2].

Eurojust es un órgano de la UE dotado con personalidad jurídica propia, siendo competente en investigaciones y actuaciones (en relación con al menos dos Estados miembros) relativas a formas graves de delincuencia para:

- Promover la coordinación entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros.

- Facilitar la ejecución de las solicitudes y decisiones relativas a la cooperación judicial[3].

En nuestro país se puede destacar al Ministerio del Interior como organización encargada de prevenir el terrorismo. Dentro de éste, se encuentra la Secretaría de Estado para la Seguridad a cargo actualmente de don Francisco Martínez Vázquez, que tiene como funciones las de dirigir, coordinar y supervisar los diferentes órganos directivos que dependen de la Secretaria del Estado[4]. Sus funciones se dividen en:

---

[2] NOGUEIRA ALCALÁ, H. "Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad", en http://www.crdc.unige.it/docs/articles/Dignidad.pdf
Marco europeo de cooperación
Eurojust (European Union´s Judicial CooperationUnit).
Unidad creada por Decisión 2002/187/JHA del Consejo y modificada por la Decisión 2009/426/JHA del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, a fin de intensificar la coordinación y la cooperación existente entre las autoridades nacionales en la lucha contra la delincuencia transfronteriza en la Unión Europea (UE).

[3] http://bit.ly/1LhSGY8

[4]Vid. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Secretaría de Estado de Seguridad. En http://www.interior.gob.es/web/interior/el-

- La promoción de las condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales, en los términos establecidos en la Constitución Española y en las leyes que los desarrollen, especialmente en relación con la libertad y seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones y la libertad de residencia y circulación.

- El ejercicio del mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la coordinación y la supervisión de los servicios y misiones que les corresponden.

- El control de las empresas y del personal de seguridad privada y la seguridad pública de los espectáculos y actividades recreativas, en el ámbito de competencias del Estado.

- La dirección y coordinación de la cooperación policial internacional, especialmente con EUROPOL, INTERPOL, SIRENE y los Sistemas de Información de Schengen. Asimismo, la designación de los representantes que asistan por parte del Ministerio del Interior al COSI (Comité Permanente de Seguridad Interior)

- La representación del Departamento en los supuestos en que así se lo encomiende el Ministro.

- La dirección, impulso y coordinación de las actuaciones del Departamento en materia de crimen organizado, tráfico de drogas, blanqueo de capitales relacionado con dicho tráfico y delitos conexos.

---

ministerio/directorio/servicios-centrales/secretaria-de-estado-de-seguridad1 [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

Cfr. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Secretaría de Estado de Seguridad. Funciones. En http://www.interior.gob.es/web/interior/el-ministerio/funciones-y-estructura/secretaria-de-estado-de-seguridad [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

- La planificación y coordinación de las políticas de infraestructuras y material en el ámbito de la seguridad.

- La aprobación de los planes y programas de infraestructuras y material en el ámbito de la seguridad.

- La dirección de las competencias del Ministerio del Interior en materia de Administración Penitenciaria.

- La dirección y coordinación de las relaciones del Departamento con el Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes.

- La gestión de las competencias del Departamento en relación con la protección y garantía del ejercicio de los derechos fundamentales de reunión y de manifestación.

- La coordinación del ejercicio de las competencias de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno en materia de seguridad ciudadana.

Con el fin de garantizar la seguridad del país, podemos encontrar distintos órganos con rango de Subdirección General dentro de la Secretaría de Estado de la Seguridad. En el ámbito del terrorismo el más importante es el CITCO, Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado. Éste estaba dividido en dos agencias, el Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado (CICO) y el Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA), pero a través del Real Decreto 873/2014 de 10 de octubre, estos dos

órganos pasaron a formas el denominado CITCO[5]. Los demás órganos encargados de la seguridad son:

- Gabinete del Secretario de Estado.

- Gabinete de Coordinación y Estudios.

- Inspección de Personal y Servicios de Seguridad.

- Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO).

- Subdirección General de Planificación y Gestión de Infraestructuras y Medios Para La Seguridad.

- Subdirección General de Sistemas de Información y Comunicaciones Para La Seguridad.

- Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Seguridad del Estado (Organismo Autónomo)[6].

"La vinculación entre terrorismo y crimen organizado es un hecho objetivo. Tanto el CNCA como el CICO tienen como misión recibir, integrar y analizar la información estratégica disponible en sus respectivos campos que permita planificar las respuestas a las amenazas que el terrorismo y el crimen organizado plantean a la

[5] Cfr. Boletín Oficial del Estado. Núm 249. Martes 14 de Octubre de 2014. Sec. I. Pág. 83375. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En http://www.boe.es/boe/dias/2014/10/14/pdfs/BOE-A-2014-10398.pdf [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

[6] Vid. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Secretaría de Estado de Seguridad. En http://www.interior.gob.es/web/interior/el-ministerio/directorio/servicios-centrales/secretaria-de-estado-de-seguridad1 [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

sociedad española. Para la mejora del intercambio de información entre organismos especializados encargados de analizar la amenaza terrorista y la relacionada con el crimen organizado y el extremismo violento, se considera necesario crear un nuevo órgano con nivel orgánico de subdirección general, directamente dependiente del Secretario de Estado de Seguridad, que asuma las funciones del CICO y del CNCA. Este órgano, denominado Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), impulsará y coordinará la integración y valoración de cuantas informaciones y análisis operativos dispongan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de terrorismo, crimen organizado y radicalismo violento, para la elaboración de inteligencia criminal estratégica, el establecimiento de criterios de actuación y coordinación operativa entre organismos concurrentes, y el diseño de estrategias globales de lucha contra estos fenómenos''[7].

Sus diferentes funciones son las siguientes:

- Recibe y analiza informaciones y operativos que se relacionan con el crimen organizado, el terrorismo y el radicalismo violento, integra y canaliza a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la información operativa que reciba.

- Determina los criterios de coordinación y de actuación de las unidades operativas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y la de éstos con otros organismos que intervengan.

- Elaboración de informes anuales y una evaluación periódica sobre la criminalidad organizada, el terrorismo y el radicalismo violento que se da en España.

[7]Cfr. Boletín Oficial del Estado. Núm 249. Martes 14 de Octubre de 2014. Sec. I. Pág. 83375. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En http://www.boe.es/boe/dias/2014/10/14/pdfs/BOE-A-2014-10398.pdf [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

- Elaboración y difusión de estadísticas sobre la delincuencia organizada, el terrorismo y el radicalismo violento.

- Proposición de estrategias nacionales y actualización de las mismas, coordinando y verificando su desarrollo y ejecución para paliar los problemas del país.

- Desarrollo de las competencias específicas de las disposiciones y acuerdos nacionales e internacionales en materia de lucha antiterrorista y delincuencia organizada[8].

Con el objetivo de dotar de servicios en situaciones complejas, encontramos las Unidades Especializadas vinculadas al Cuerpo Nacional de Policía, cuya unidad más importante son el Grupo Especial de Operaciones (G.E.O.). Este cuerpo depende de la Dirección Adjunta Operativa de la Policía, creada en 1977 siguiendo el ejemplo al GSG-9 alemán, que es un grupo antiterrorista. En este grupo existen tres valores básicos; el primero sería el potencial humano de sus agentes debido a la preparación recibida, el segundo la capacidad de resolución de situaciones críticas y el tercero la vitalidad de la Unidad para llevar a cabo misiones de búsqueda de cadáveres o efectos utilizados en la comisión de un delito, la contribución de células que aseguran las delegaciones diplomáticas en el extranjero o establecer dispositivos para cubrir la visita de personalidades en nuestro país.[9]

[8] Cfr. Ministerio del Interior. Gobierno de España. Secretaría de Estado de Seguridad. Funciones. En http://www.interior.gob.es/web/interior/el-ministerio/funciones-y-estructura/secretaria-de-estado-de-seguridad [Consulta: 25 de Marzo del 2015].

[9] Vid. Cuerpo Nacional de Policía. Gobierno de España. Ministerio del Interior. Dirección General de la Policía. Unidades Especializadas. En http://www.policia.es/cnp/cnp_unidades.html [Consulta: 26 de Marzo de 2015].

La Brigada de Investigación Tecnológica es vital para luchar contra los delitos informáticos como pueden ser la pornografía infantil, fraudes por internet, estafas, ataques cibernéticos, etc. También esta vinculada al Cuerpo Nacional de Policía

Finalmente, se puede destacar como unidad importante en ámbito antiterrorista el TEDAX-NRBQ. El TEDAX nació en 1975 ante la alarmante presión terrorista, años después, en 2004, aparece el NRBQ debido al aumento de incidentes, quedando conformado el TEDAX-NRBQ. Esta unidad depende de la Comisaría General de Información (Lucha Antiterrorista). El objetivo de esta unidad es intervenir y actuar en la detección de artefactos explosivos e incendiarios así como su análisis.

2.- Plan de Prevención y Protección Antiterrorista[10]

En 2004, para la prevención de la amenaza terrorista, se crea un Plan Especial de Seguridad (PES), éste fue impulsado por el acuerdo de La Comisión Delegada del Gobierno para Situaciones de Crisis. Estos son los antecedentes del Plan de Prevención y Protección

---

Vid. Martín, Raquel. Cosas de Red de Redes. Cosas de Tecnología. Policía Tecnológica o Brigada de Investigación Tecnológica. En http://www.tecnocosas.es/policia-tecnologica-o-brigada-de-investigacion-tecnologica/ [Consulta: 26 de Marzo de 2015].

[10] Cfr. La página de ASR. Terroristas: El PPPA. Plan de Protección y Prevención Antiterrorista. En http://www.intelpage.info/plan-de-prevencion-y-proteccion-antiterrorista.html [Consulta: 26 de Marzo de 2015].

Cfr. Moya, Mº Ángeles. Grupo Atenea. Seguridad Nacional. ¿En qué consisten y quien activa lo diferentes niveles de alerta antiterrorista? En http://www.onemagazine.es/noticia/21072/Nacional/En-que-consisten-y-quien-activa-los-diferentes-niveles-de-alerta-antiterrorista?.html [Consulta: 26 de Marzo de 2015].

Antiterrorista que fue aprobado el 31 de marzo de 2005 por el Comité Ejecutivo para el Mando Unificado (CEMU).

El Plan de Prevención y Protección Antiterrorista (PPPA) fue revisado y modificado en junio de 2009 por el CEMU del Ministerio del Interior. Esta modificación se produce para mejorar su eficacia y la coordinación con otros planes, como el Plan de Protección de Infraestructuras Críticas, modificando los niveles de amenaza para equipararlos con otros países de nuestro entorno. Más adelante, se modificó la competencia para determinar el grado de intensidad que acabó correspondiendo al Secretario de Estado de Seguridad y la aplicación operativa de la intensidad, pues cada nivel tiene la posibilidad de alta o baja intensidad, será correspondencia del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil.

El PPPA tiene la finalidad de dar una respuesta efectiva ante los posibles ataques terroristas que pueden producir una gran cantidad de víctimas, mediante unos nuevos y evolucionados dispositivos de seguridad, las medidas pretenden vigilar y proteger zonas de especial susceptibilidad de ataques terroristas por la gran concentración de personas, ser objetivos estratégicos, etc.

Los niveles de alerta tras la modificación de junio de 2009 son cuatro, dependiendo del nivel de riesgo ante una amenaza terrorista. El nivel 1, Riesgo Potencial de Atentado Terrorista, no desplegaría medidas de protección especiales pues es el nivel más bajo. El nivel 2, Riesgo Probable de Atentado Terrorista, desplegaría una protección de infraestructuras estratégicas o críticas en las que hubiera altas probabilidades de producirse un ataque. El nivel 3, Riesgo Altamente Probable de Atentado Terrorista, se realizaría un control de los lugares críticos y de afluencia masiva de personas desplegando las unidades especiales de intervención, se puede restringir el acceso de personas a determinados lugares. El nivel 4, Riesgo de Atentado Terrorista Inminente, es el nivel de riesgo más alto por lo que se movilizan todos

los efectivos posibles para la protección del estado y se puede contemplar la aplicación del Estado de Alarma.

Como se explicó anteriormente, cada nivel tendrá la posibilidad de establecer dos grados de intensidad, alta o baja, y dependiendo de ello se ejecutarán todas las medidas contempladas para el nivel o solamente parte de ellas.

La intensidad establecida desde la imposición de los nuevos niveles ha sido de la siguiente forma, desde julio de 2012 se mantuvo un Nivel 2 de intensidad baja hasta la proclamación del Rey Felipe VI en junio de 2014, por lo que se aumentó a un Nivel 3 con una intensidad alta, aunque fue restablecido el nivel anterior cuando finalizó el evento. En septiembre de 2014 se aumentó la intensidad pero no el nivel, por lo que se estableció un Nivel 2 con intensidad alta. El cambio más reciente se produjo en enero de 2015, pues se estableció un Nivel 3 con intensidad baja.

Para la prevención de ataques terroristas, el CNP y la Guardia Civil realizan evaluaciones periódicas de lugares e infraestructuras críticas o con alta afluencia de personas, que será completada con una evaluación final realizada por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO), el resultado será comunicado al ministerio de interior.

Los lugares de protección que contempla el PPPA son principalmente los lugares con un alto índice de afluencia humana y lugares especialmente importantes, podríamos dividirlos en cuatro tipos; infraestructuras de transportes, acontecimientos deportivos especialmente importantes, lugares o edificios emblemáticos, y grandes superficies comerciales.

En la ejecución de las diferentes acciones que se deben desarrollar según el PPPA participan las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la delimitación de su actuación y servicios realizada por el plan y la posibilidad de realizar acciones coordinadas entre ellas y los servicios de seguridad privada.
La competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado serán "la detección de miembros de organizaciones terroristas, realización de controles a fin de detectar la presencia de vehículos utilizados por las citadas organizaciones, control intenso de personas a la entrada de acontecimientos que supongan una importante afluencia de ciudadanos, con el fin de evitar la presencia de individuos que puedan comprometer su seguridad, y la protección de lugares de afluencia masiva de personas y de otros objetivos con riesgo de ser atacados".

Mientras que las competencias de las Fuerzas Armadas, que solamente actuarán en situaciones de alto riesgo son "la vigilancia y protección de grandes infraestructuras de transportes aéreos, terrestres y marítimos, y la protección de objetivos estratégicos, definiéndose como tales y entre otros, los relacionados con el sector energético, los centros de abastecimiento de hidrocarburos, las plantas de regasificación, los depósitos y redes de distribución de agua potable, las grandes presas o los centros de comunicaciones".

Se creará un Centro de Coordinación Principal para la organización del trabajo conjunto que deben realizar las unidades de intervención, que será mantenido durante el tiempo de activación y será constituido por la Secretaría de Estado de Seguridad. Además, se creó el Equipo Policial de Apoyo ante Grandes Atentados Terroristas por la Secretaría de Estado de Seguridad e integrado por personal del CNP y la Guardia Civil, que "integra las siguientes especialidades:

información, Policía Científica, Desactivación de Explosivos y Especialistas en NRBQ"[11].

3.- Competencia española para enjuiciar delitos de genocidio, lesa humanidad, terrorismo y otros

Tras la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, operada por la Ley Orgánica 1/2014, vigente desde el 15 de marzo de 2014 y a tenor del artículo 23.4 del citado cuerpo legal:

> "*4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:*
>
> *(...) e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:*
>
> *1.º el procedimiento se dirija contra un español;*
>
> *2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;*
>
> *3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;*

[11] Vid. Para más información sobre el departamento de infraestructuras y seguimiento para situaciones de crisis véase http://www.intelpage.info/departamento-de-infraestructura-y-seguimiento-de-situaciones-de-crisis.html

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados".

4.- Legislación sobre terrorismo respecto a las víctimas

A medida que el terrorismo expandiendo su actividad por todo el planeta, las grandes potencias de los Estados democráticos han tenido el deber de crear leyes y convenios para luchar contra esta amenaza. España, siendo una de esas potencias, ha desarrollado una serie de leyes como muestra de solidaridad y ayuda a las víctimas del terrorismo.

Destaca la Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. Esta ley entra en vigor el 2 de abril de 2003 y regula las

diferentes ayudas, condecoraciones y recompensas, e indemnizaciones a las víctimas del terrorismo y a sus familias. [12]

Existen nueve leyes distintas como legislación nacional, y a su vez, diferentes leyes que se encuentran en la legislación autonómica. Aragón, la Comunidad de Madrid, la Comunidad Valenciana, Extremadura, el País Vasco, entre otras, tienen leyes de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo. Algunas de éstas son la establecida por la Comunidad de Madrid, debido a los atentados sufridos en la estación de Atocha el 11 de marzo de 2004, y por el País Vasco, debido a los numerosos atentados a los que se vieron expuestos durante el apogeo del grupo terrorista ETA.

Empezando con la Comunidad de Madrid, se observa el decreto 51/2004, de 1 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se actualiza la cuantía de las ayudas a las víctimas del terrorismo. Este decreto vio actualizada la cuantía de las ayudas a las víctimas aplicando la variación experimentada por el índice general del sistema de índices de precios de consumo durante el año 2003. En este decreto, la suma final para las ayudas de los actos terroristas con resultado de muerte es de 24.012 euros. El único artículo que encontramos en este decreto dice lo siguiente: "La cuantía de la subvención a fondo perdido prevista para los supuestos con resultado de muerte por el artículo 18.bis de la Ley 12/1996 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo, modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero, queda establecida en 24.012 euros". En esta ley, se puede observar que la ayuda que se les presta a las víctimas es económica, puesto que las ayudas psicológicas o de sanidad las hemos encontrado en la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de

[12] Cfr. Boletín Oficial del Estado (2003): "Ley 2/2003, de 12 de marzo, de modificación de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo". En http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-5175 [Consulta: 1 de abril del 2015] p.1.

Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, que se expondrá posteriormente.

La Comunidad de Madrid también regula la Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo[13]. El objeto de esta ley es regular las ayudas que se concedan a las personas físicas o jurídicas que sufran daños debido al terrorismo dentro de la Comunidad de Madrid. La presente Ley que contiene veintitrés artículos referidos a la asistencia sanitaria (incluida la atención psicológica especializada y psicopedagógica); ayudas de estudio, transporte, comedor y residencia; ayudas por daños materiales, referidos bien a la vivienda habitual, en cuyo caso cabe distinguir entre la reparación de los daños, el alojamiento provisional y el cambio de vivienda; o bien, al resto de los bienes, ayudas a empresas y comercios y ayudas extraordinarias.

En cuanto a la ayuda sanitaria, se expone en el artículo 5.1 lo siguiente: "Las personas que hayan sufrido lesiones físicas como consecuencia de un acto terrorista y no tuvieran cubiertos los gastos de asistencia sanitaria por cualquier sistema de previsión, podrán recabar dicha asistencia por parte de la Comunidad de Madrid"[14].

En el capítulo III se habla de las ayudas de estudio, trasporte, comedor y residencia. El artículo 7.1 regula los beneficiarios, prestación y procedimiento: "Cuando como consecuencia de un acto terrorista, se deriven bien para el propio estudiante, para sus padres, tutores o guardadores legales, daños personales de especial trascendencia o que les incapaciten totalmente para el trabajo habitual, se concederán ayudas para la enseñanza, transporte, comedor y residencia, en su caso, hasta la correspondiente licenciatura o

[13] Cfr. Boletín Oficial del Estado (2013): "Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo". En http://www.madrid.org/wleg/servlet/Servidor?opcion=VerHtml&nmnorma=477&cdestado=P p.1.
[14]Ibídem p.3

diplomatura en centros situados preferentemente en la Comunidad de Madrid, si bien con carácter excepcional podrán concederse ayudas para estudiar en otra Comunidad Autónoma".[15]

El artículo 8.1 de ayudas de daños materiales explica: "En el supuesto de que se produzcan daños materiales como consecuencia de actos terroristas, serán de aplicación las disposiciones previstas en la Sección Segunda de este capítulo para el caso de la estructura y los elementos esenciales de la vivienda habitual de las personas físicas, y en la Sección Tercera de este Capítulo para las restantes viviendas y bienes inmuebles y para los bienes muebles"[16].

No obstante, esta ley, aparte de regular las diferentes ayudas que el Gobierno de España le suministra a los afectados por atentados terroristas, también señala una serie de pautas que se deben seguir y cómo se debe hacerlo para poder acceder a dichas ayudas. Estos requisitos se refieren aque el atentado terrorista se haya producido en el territorio de la Comunidad de Madrid, después de la entrada en vigor de la presente ley; que el interesado haya presentado la correspondiente denuncia ante los órganos competentes; que por la Delegación del Gobierno se expida certificación sobre los hechos producidos; y que el interesado se comprometa a ejercitar todas las acciones de resarcimiento procedentes.

En cuanto al País Vasco, se destaca, en primer lugar, la Ley de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo del Parlamento Vasco. Esta ley tiene como objetivo establecer un sistema de prestaciones que no sean solamente de materia económica, sino que tengan como fin reparar y aliviar los daños de los damnificados de una forma integral. La ley regula ayudas por daños materiales y prestaciones sanitarias, y a esto se suman también medidas de

[15] Ibídem p.4
[16] Ibídem p.4

reconocimiento moral, como por ejemplo los homenajes a las víctimas.

En el Boletín Oficial del Estados se halla a su vez, el decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo por el Gobierno Vasco.[17] Esta ley dispone de 36 artículos diferentes. Su objetivo es implantar medidas para las ayudas en el ámbito de la salud, de la vivienda, de los bienes materiales y ayudas de carácter extraordinario a las víctimas del terrorismo. En el ámbito de la salud se reglamentan la asistencia sanitaria y la asistencia psicopedagógica. En el ámbito de la enseñanza, se encuentra el Artículo 6 que regula el régimen aplicable, es decir, ayudas a aquellos alumnos que sufren algún daño de carácter personal por un acto terrorista en la comunidad autónoma del País Vasco, y otros artículos de los cuales se destaca el Artículo 7 en el que se normalizan las becas y ayudas a personas que hayan sufrido un atentado terrorista. Las prestaciones en el ámbito de la vivienda se ven reguladas en el Capítulo IV, en el cual se exponen las diferentes prestaciones a las víctimas del terrorismo que tengan necesidades especiales de vivienda como consecuencia del acto terrorista. Se puede concluir esta ley señalando que es una ley con ayudas económicas mayormente, pero que, a su vez, también contiene medidas sociales.

Por último, el Estado español regula la protección a las víctimas de terrorismo en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo recogida en el Boletín Oficial del Estado[18]. Amparada por esta ley, se

[17] Cfr. Boletín Oficial del Estado (2002): "Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regla el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo". En http://www.euskadi.net/cgi-bin_k54/ver_c?CMD=VERDOC&BASE=B03A&DOCN=000043490&CONF=bopv_c.cnf [Consulta: 1 de marzo del 2015] p.1

[18]Cfr. Boletín Oficial del Estado (2013): "Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de

lleva a cabo la creación de la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional (OIAVT). De la misma forma, se determina que el Ministerio del Interior, a través de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, y de la Dirección General, es quien debe asistir a las víctimas del terrorismo e impulsar y coordinar la elaboración, ejecución y difusión de los protocolos.

En el artículo 51 de esta ley se regulan las funciones de la oficina:

- Facilitar información sobre el estado de los procedimientos que afecten a las víctimas del terrorismo.

- Asesorar a las víctimas del terrorismo en todo lo relacionado con los procesos penales y contenciosos administrativos que les afecten.

- Promover la salvaguarda de la seguridad e intimidad de las víctimas en su participación en los procesos judiciales para protegerlas de injerencias ilegítimas o actos de intimidación y represalia y cualquier otro acto de ofensa y denigración.

- Establecer cauces de información a la víctima acerca de todo lo relacionado con la ejecución penitenciaria hasta el momento del cumplimiento íntegro de las penas. Particularmente en los supuestos que supongan concesión de beneficios o excarcelación de los penados.

---

septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo". En www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9680 [Consulta: 1 de Abril del 2015] p.1

En el título segundo de esta ley, se exponen las diferentes medidas que se deben aplicar en caso de un atentado terrorista. Es en este título dónde se explica que la colaboración y la cooperación de todas las Administraciones Públicas están al servicio de las víctimas y de aquellas personas que se han visto afectadas por dicho suceso. El título aclara que todas las personas deberán recibir una atención específica y personalizada para poder hacer efectivos sus derechos.

En el Artículo 2, se abordan los valores y la finalidad de esta ley. Se ve fundamentada en valores como la memoria, la dignidad, la justicia y la verdad. Para cumplir estos valores, se deben aplicar ciertas medidas reguladas en Artículo 2.2 como los siguientes:

- Reconocer y promover la dignidad y la memoria de las víctimas del terrorismo y asegurar la reparación efectiva y la justicia con éstas.

- Dotar de una protección integral a las víctimas del terrorismo.

- Resarcir a las víctimas, mediante las indemnizaciones y ayudas previstas en la Ley, de los daños personales y materiales sufridos como consecuencia de la acción terrorista.

- Fortalecer las medidas de atención a las víctimas del terrorismo, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito de la protección social, los servicios sociales y sanitarios.

- Reconocer los derechos de las víctimas del terrorismo, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

- Establecer mecanismos de flexibilización y coordinación en el conjunto de trámites administrativos que son

precisos para obtener las indemnizaciones, ayudas y prestaciones previstas en la Ley.

- Establecer un marco específico en el tratamiento procesal de las víctimas, especialmente en los procesos en los que sean partes. Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra el terrorismo.

- Reconocer y apoyar a las personas objeto de amenazas y coacciones de los grupos terroristas y de su entorno.

El artículo 9 habla de la asistencia psicológica y psiquiátrica inmediata a las personas que se hayan visto afectadas por un delito terrorista. Este artículo establece que dichas personas recibirán la ayuda necesaria de forma gratuita e inmediata. La asistencia psicológica y psiquiátrica será la necesaria para ayudar a las necesidades de atención.

Al igual que el artículo precedente, el Artículo 10 regula la asistencia sanitaria de urgencia.

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA TRAS EL 11 DE SEPTIEMBRE

Raquel Puebla González
Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Muñoz Sánchez
Universidad Rey Juan Carlos

1.- Introducción

Tras los atentados del 11-S, el panorama político-legislativo cambió a nivel global, naciendo así lo que se conoce hoy como Guerra Global Contra el Terrorismo (GWTO)[1], que, en palabras de George Bush (op. cit. Ministerio de Defensa, Boletín de información núm. 324; p.8), se puede definir de la siguiente forma: "*La actual guerra contra el terror es igual que la guerra fría. Es una pugna ideológica con un enemigo que desprecia la libertad y persigue fines totalitarios*".

En respuesta a esos atentados, Estados Unidos emprendió esta guerra mundial contra el terrorismo, que abarcó cinco frentes: diplomático, militar, de inteligencia, de aplicación de la ley y de financiamiento. Respecto al cerco legal, que es el caso que nos ocupa, las medidas fueron inmediatas, pues el 24 de septiembre de 2001 se promulgó la primera Orden Ejecutiva (13224), referida a la financiación terrorista[2]. De este modo, se bloquearon los bienes de alrededor de treinta sujetos y organizaciones terroristas vinculados a

[1] Ministerio de Defensa (2012). Boletín de información núm. 324. P. 7.
[2] Ibídem.

Al-Qaeda[3]. El 9 de noviembre de ese mismo año se aprobaría una nueva Orden Ejecutiva con el objetivo de preparar a los ciudadanos estadounidenses ante posibles atentados terroristas, de la misma forma que se inició una campaña de apoyo a los servicios sanitarios para fomentar la cooperación y prevención de dicha amenaza[4]. No obstante, fue el 26 de octubre de 2001 cuando se aprobó la *Patriot Act* (Ley Patriótica), sin duda la iniciativa más destacada, no solo por su amplia aceptación tanto en la Cámara de los Representantes como en el Senado, sino también por ser receptora de múltiples críticas por parte de organismos defensores de los derechos humanos[5] debido a su posibilidad de vulneración pues esta ley otorgaba al FBI el poder de vigilar e intervenir la correspondencia y las comunicaciones por medio de Internet o por vía telefónica de los posibles actores vinculados con el terrorismo. Este concepto daba lugar a lagunas legales que, por ende, en algunos casos podían producir abusos de poder sobre inocentes. Asimismo, esta ley permitía, en casos concretos, las intervenciones sin autorización judicial por un periodo de 48 horas, si bien era un fiscal federal el que debía decidir su aplicación. En materia de ciberterrorismo, la Ley Patriótica lo tipificaba como delito cuando los ataques informáticos supusieran pérdidas superiores a 5.000 dólares, además de obligar a las empresas de Internet a entregar su registro de actividad y los correos electrónicos sospechosos[6].

[3] Martínez Mulero, Irene: "El frenesí legislativo después del 11-S ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?", en *Revista Aequitas. Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, nº 1, 2011, p. 72.

[4] Ministerio de Defensa (2012). Boletín de información núm. 324. p. 17. Martínez Mulero: "El frenesí legislativo después del 11-S ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?", p. 72.

[5] Ministerio de Defensa (2012). Boletín de información núm. 324, p. 17. Martínez Mulero: "El frenesí legislativo después del 11-S ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?", p. 72.

[6] Ministerio de Defensa (2012). Boletín de información núm. 324. P. 17.

Otra de las medidas adoptadas por Estados Unidos fue la creación de tribunales militares de excepción con la finalidad de juzgar a ciudadanos extranjeros sobre los que se sospechaba que podrían dañar la seguridad nacional o ser partícipes de operaciones terroristas. Se permitían amplios abusos sobre los derechos de los extranjeros, pues estas medidas amparaban la acción policial, permitiendo la detención de ciudadanos extranjeros sin tener que presentar cargos contra éstos durante un periodo de siete días y sin requerir autorizaciones judiciales para intervenir conversaciones al existir sospecha de relación con actividades terroristas[7].

El Congreso dictaminó que la validez de las medidas relacionadas con las escuchas telefónicas y la vigilancia informática se podrían prolongar hasta el 31 de diciembre de 2005, extendiéndose finalmente a alrededor de un mes, a pesar de que el Senado propuso un periodo mayor. De esta forma, se pretendía evitar la vulneración reiterada y abusiva de los derechos humanos[8].

2.- La Unión Europea

Por otro lado, respecto a la Unión Europea, la Decisión Marco del Consejo acerca de la lucha contra el terrorismo fue una de las medidas implantadas más importantes, pues daba una definición internacional acerca de las actividades que deberían ser asumidas y tipificadas como delitos de terrorismo por los países miembros de la Unión. Es decir, suponía un primer acercamiento a esa cooperación internacional tan necesaria para efectivizar el combate al terrorismo, que con tanta frecuencia utiliza las ventajas que ofrece la globalización[9].

[7] Ministerio de Defensa (2012). Boletín de información núm. 324. P. 17. Martínez Mulero: "El frenesí legislativo después del 11-S ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?", p. 72-73.
[8] Ibídem.
[9] Ibídem p. 76.

Tras haber sido emprendida esta iniciativa, los Estados miembros iniciaron diversos proyectos que apoyasen la lucha contra el terrorismo, pero solo crearon leyes específicas antiterroristas Alemania, España, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido, aunque éstas no siempre se movieron en consonancia con las disposiciones que establecía la Unión Europea. Por tanto, esos países que carecen de una legislación específica contra el terrorismo son más vulnerables al no poder condenar con exactitud dichos actos, lo que, además, dificulta la cooperación y, por ende, también hace más difícil al resto de países su combate[10].

Sin embargo, la medida que encontraría mayor envergadura promulgada por la Unión Europea sería la creación de una lista de organizaciones terroristas en diciembre de 2001. Su importancia radica, entre otras cuestiones, en que es una medida que con dificultad puede llegar a quedarse obsoleta pues se renueva semestralmente y tiene que ser aprobada unánimemente por todos los países miembros de la Unión. Así, se facilita el seguimiento de dichas organizaciones mediante la convergencia de recursos y opiniones. Cabe destacar que esta medida no incluyó a la organización terrorista Al-Qaeda ni a Osama Bin Laden debido a que el Consejo de Seguridad de la ONU, en su resolución 1333 del año 2000, supuso el embargo de todos los fondos de este líder[11].

3.- Reino Unido

Con posterioridad a los traumáticos sucesos del 11 de Septiembre, los británicos llevaron a cabo un proyecto de ley denominado *Antiterrorism, Crime and Security Act* (Ley de Antiterrorismo, Crimen y Seguridad). Esta ley, aprobada por el Parlamento británico el 13 de diciembre de 2001, permitía las

[10] Ibídem p. 77.
[11] Ibídem.

detenciones prolongadas sin necesidad de poner a los sospechosos a disposición judicial hacia sujetos extranjeros de los que se sospechase participación en actos u organizaciones terroristas. Así mismo, se imposibilitaba a la defensa del acusado conocer todas las pruebas que se hubiesen obtenido contra el acusado, menoscabando, de esta forma, sus derechos en el ejercicio de sus funciones. Se incrementó el poder de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de investigación sobre los ciudadanos mediante la eliminación de diversas restricciones respecto a la obtención de números telefónicos y cuentas de correo electrónico de los sospechosos. Además, daba las potestades a las autoridades de solicitar información a las entidades bancarias y financieras acerca de datos contables y transaccionales; y de congelar fondos a sospechosos de participar en actos u organizaciones terroristas, todo ello con la finalidad de reprimir, prevenir y sancionar la financiación del terrorismo. Debido a su carácter discriminatorio, el Tribunal de los Lores determinó el desacuerdo que presentaba esta ley respecto a las disposiciones establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que impedía las detenciones basadas simplemente en la nacionalidad de un individuo o en su carácter intrínseco de inmigrante; de tal forma que se tuvo que pasar a su inmediata derogación. Ésta se produjo el 24 de marzo de 2004[12].

Debido a la derogación de esta ley y a la vuelta a las limitaciones de detención sin autorización judicial, el gobierno británico promulgó otra: la Ley de Prevención del Terrorismo de 11 de marzo de 2005. Esta ley permitía introducir en el ordenamiento jurídico la condición de "*órdenes de control*", que permitía a las autoridades vigilar, controlar los movimientos y detener en sus residencias a los sospechosos de cualquier tipo de vinculación con el terrorismo, que en la práctica se reducía, de nuevo, a inmigrantes, aunque en la teoría se aplicaba a británicos por igual[13].

[12] Ibídem p. 77-78.
[13] Ibídem p. 78-79.

En Reino Unido, el atentado yihadista de mayor trascendencia mediática sería el ocurrido en Londres el 7 de julio de 2005, que dejaría 56 víctimas mortales. No obstante, tras este suceso, tanto la actividad terrorista en general, como el número de atentados ejecutados con éxito en particular, han descendido en el continente europeo. Esta apreciación es fruto de la creación de mayores controles de seguridad tanto a nivel estatal (Estados miembros) como internacional (Unión Europea). La legislación en este periodo volvió a orientarse a la discriminación hacia los extranjeros inmigrantes, y se concretó en otorgar mayor poder al Ministerio del Interior, permitiendo suprimir el derecho de obtención de la nacionalidad británica en determinados casos, prohibir determinadas organizaciones musulmanas radicales, cambiar las leyes de asilo e incrementar los controles a los habitantes[14].

4.- Francia

Debido al atentado yihadista producido en Londres el 7 de julio de 2005, Francia promulgó una Ley Antiterrorista el 22 de diciembre de ese mismo año. Ésta, entre otras cuestiones, facilitaba a las autoridades controlar las comunicaciones disminuyendo las obligaciones que tenían de conseguir un mandato judicial que permitiese realizar sus funciones. Además, se prevenía el terrorismo en esta ley mediante el agravamiento de las penas contra individuos asociados o líderes de las organizaciones terroristas; se aumenta el tiempo máximo de detención judicial, que pasa de cuatro a seis días; y se permite la instauración y el uso de aparatos de video vigilancia en espacios públicos durante el tiempo que la ley estime oportuno, nunca siendo mayor a cuatro meses sin que se haya concedido la expresa autorización judicial[15].

[14]Ibídem p. 79.
[15]Ibídem p. 80.

Por otro lado, también se tipificaron los delitos relacionados con el terrorismo mediante la promulgación de la Ley nº 1062 de 15 de noviembre de 2001, que hacía referencia a la "*seguridad cotidiana*" y cambiaba el artículo 421-1 del Código Penal francés de forma que tipificaba como actos terroristas el blanqueo de dinero y el "*insider trading*". En los artículos 421-2-2, 422-6 y 422-7 del Código Penal se regulaban, mediante esta ley, los delitos de financiación del terrorismo; se consentía la incautación de los bienes en su totalidad o parcialmente de los individuos, ya no sospechosos, sino plenamente culpables, de participar en actividades terroristas; y se determinaba que esos bienes podían ponerse a disposición de las víctimas de los atentados como medida compensatoria[16].

5.- Alemania[17]

El gobierno alemán reaccionaba ante los atentados del 11-S en Estados Unidos con una ley antiterrorista aprobada por el Parlamento, el *Bundestag*, el 14 de diciembre de 2001, que contenía, en el citado cuerpo legal, 23 enmiendas, así como numerosas directivas, y cuya vigencia sería prolongada diez años después por cuatro años más.

La nueva ley otorgaba más y mayores competencias y poder sobre todo a la Oficina Federal de Protección de la Constitución, el Servicio Federal de Información, la Oficina Federal de Policía Criminal, la Guardia Federal de Fronteras y los Servicios de Contrainteligencia Militar; permitiendo a los servicios secretos recabar información sobre posibles sospechosos, tanto en bancos como en compañías aéreas o de comunicaciones datos de personas

[16]Ibídem p. 79.

[17]ÁLVAREZ CONDE, E. y GONZÁLEZ H: "Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales". Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Terrorismo Internacional - *ARI* Nº 7/2006 [en línea] 19/01/2006. Disponible en: http://bit.ly/1Dsswdy

consideradas sospechosas, almacenando estos datos obtenidos durante diez años.

En ningún momento la controvertida Ley estuvo libre de polémica, no solo porque fue aprobada tres meses después de los atentados y suscitó desacuerdos sobre su rapidez, sino que fue calificada de "injustificable desde el punto de vista legal e incompatible con el principio constitucional de proporcionalidad", por la que más tarde se convertiría en ministra de Justicia, la liberal Sabine Leutheusser-Schnarrenberger; a pesar de lo cual, en octubre de 2011, la coalición conservadora-liberal aprobó el prolongarla por otros cuatro años.

Contra este almacenamiento de datos hubo múltiples protestas, puesto que sumado al permiso concedido a los servicios secretos para acceder a ellos, suponía para gran parte de la sociedad germana una violación de los derechos personales y, por ende, del sistema democrático; no obstante, en enero de 2012 comenzaba el nuevo periodo de vigencia de esta ley antiterrorista, en la que los datos se guardarán durante diez años en lugar de los quince anteriores.

A mayor abundamiento, y tras los atentados de París, se confirmaba a través de Haiko Maas, al frente del Ministerio de Justicia, la elaboración de una reforma legal que dotaría a las fuerzas de seguridad de más medios en esta lucha antiterrorista, entre los que destaca, en la línea de trabajo de la resolución de Naciones Unidas, el seguimiento de los *foreign fighters* o luchadores extranjeros, llevando a cabo un seguimiento y control de los viajes de yihadistas. Así las cosas, podría retirarse el pasaporte o cualquier documento de identidad a toda persona sospechosa de yihadista.

Otra medida importante, y que coincide con las adoptadas en otros países y que incluye la cooperación internacional, es la lucha contra la financiación terrorista y la posibilidad de ser penada incluso para una pequeña cantidad.

6.- Italia[18]

En Italia, se tomaron varias medidas tras los atentados del 11 de Septiembre de 2001, pues fueron aprobadas dos leyes: la Ley del 14 de diciembre de 2001, nº 431, sobre "Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional", que creó una nueva institución como fue el Comité de Seguridad Financiera (*Comitato di SicurezzaFinanciaria*); y la Ley del 15 de diciembre de 2001, nº 438, sobre "Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional". Esta última, supuso una modificación de los distintos artículos del Código Penal Italiano y del Código de Procedimiento Penal donde se quiso adecuar la normativa italiana de lucha contra el terrorismo a la grave emergencia del terrorismo internacional, donde implantaron nuevas figuras delictivas como "las asociaciones con finalidad de terrorismo internacional" (art. 270 bis) y "asistencia a los asociados" (art. 270 ter), penando las conductas de promoción, organización, financiación y apoyo de asociaciones que se proponen atentar en el extranjero.

A su vez, dicha ley admite la posibilidad de infiltrar agentes dentro de organizaciones terroristas cuya actividad se encuentra bajo cobertura legal.

Respecto de las interceptaciones preventivas de las comunicaciones o conversaciones, fue modificado el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (interceptaciones y controles preventivos sobre las comunicaciones), añadiendo la necesidad de una autorización previa judicial para captar conversaciones, llamadas telefónicas y mensajes vía Internet con el fin de prevenir la comisión de determinados delitos.

[18] Ibídem.

Se ha previsto la misma normativa para los delitos de mafia como de terrorismo, siendo admitidas las "interceptaciones preventivas", aun en ausencia de un procedimiento penal. La duración máxima de la interceptación no puede ser superior a cuarenta días, aunque puede prorrogarse por periodos sucesivos.

7.- Portugal[19]

En el mismo hilo de ideas de otros países y en aras de conseguir un esfuerzo común, en febrero de 2015, el gobierno luso refuerza su legislación antiterrorista al establecer medidas como la tipificación de nuevos delitos así como al ampliar el marco penal de los que ya existían.

Todo opera en el marco de la nueva Estrategia Nacional de Combate al Terrorismo, que está concretada en ocho proyectos de ley de modificación de la legislación vigente hasta entonces.

De entre las distintas propuestas que fueron aprobadas, destaca el hecho de que se tipifica como delito la financiación de actividades terroristas, la apología pública del terrorismo y la realización de viajes para adherirse a una organización terrorista; agravándose, además, aquellas penas aplicadas a delitos como la incitación al terrorismo.

A partir de su entrada en vigor, el Centro Nacional de Ciberseguridad será el responsable de vigilar el acceso a páginas de Internet cuyo fin sea el de promover el terrorismo, así mismo, estará dotado de capacidad para bloquear el sitio web en concreto.

[19] Ibídem.

Otra de las medidas adoptadas por nuestro país vecino, es que a la hora de conceder la nacionalidad portuguesa por naturalización, habrá que comprobar si el candidato puede suponer una amenaza para la seguridad del país, en cuyo caso, se estaría frente a un motivo para que le fuere denegada. En cuanto a las medidas adoptadas para la entrada, estancia y salida de extranjeros, se endurece el régimen jurídico que regula los requisitos de concesión y cancelación de visados.

Reforzada la unidad de coordinación del terrorismo, será responsable de gestionar los planes y acciones que se lleven a cabo en estas arenas, mejorando cualquier intercambio de información entre todas las fuerzas de seguridad. Se amplía también la cooperación entre Fuerzas Armadas y fuerzas y servicios de seguridad, a su vez, quedan reforzadas las competencias de la Policía Judiciaria en esta materia.

En la reunión bilateral celebrada en Lisboa en febrero de 2015 entre la ministra portuguesa de Interior, Anabela Rodrigues y su homólogo español, Jorge Fernández Díaz, quedó ratificado el compromiso de ambos países para la prevención de casos de terrorismo yihadista en la Península Ibérica. En ella, el ministro español explicó a Rodriguesla aprobación y firma del Consejo de Ministros del Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta como Pacto de Estado en la lucha contra aquel tipo de terrorismo; como también la decisión de España en enero del presente año, de elevar el nivel de riesgo de amenaza terrorista tras el atentado de París contra el diario *Charlie Hebdo*.

8.- Austria[20]

Al igual que en muchos países, Austria modificó su legislación después de los atentados terroristas del año 2001.

En materia de terrorismo y criminalidad organizada, introdujeron en su Código Penal nuevos términos como la definición del delito de "asociación terrorista" (art. 278.b.) castigado con penas de hasta quince años de prisión, el delito de "financiación del terrorismo" (art. 278.d.) penado con hasta cinco años de prisión, una especial previsión por "delitos de terrorismo" (art. 278.c.), que permite aumentar en la mitad las sanciones referidas a delitos ordinarios cometidos en apoyo del terrorismo, y la extensión de la definición de delito de "banda" o "asociación criminal" (art. 278) en deferencia a los acuerdos existentes con la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas.

También se han previstos otras medidas como la incautación de los bienes pertenecientes a las organizaciones terroristas, las reducciones de penas en el caso de colaborar con las autoridades judiciales, la extensión de la jurisdicción nacional a los delitos de asociación terrorista y financiación del terrorismo, la extensión del término de lavado de dinero en coherencia con lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre la criminalidad organizada, etc.

9.- Bélgica[21]

Para la lucha antiterrorista en Bélgica fue aprobada la Ley de 4 de abril de 2003 para reformar el Código Penal.

[20] Ibídem.
[21] Ibídem.

Dicha ley modificó el artículo 331 bis, apartado 3º, donde se sancionan las amenazas de atentados nucleares. Esta modificación buscaba que la posible amenaza de atentado biológico o químico también fuese penada.

A su vez se modificaron los artículos 328 y 331 bis, apartados 1º y 2º, del Código Penal, donde se tipifica como delito la "simulación de atentado" contra las personas y/o bienes.

Se implantó el artículo 328 bis, después de que el Consejo de Estado el 22 de marzo de 2002 emitiera su opinión sobre un anterior anteproyecto de ley para introducir un nuevo artículo 327 bis en el mismo Código, el cual sancionase a cualquiera que difunda, de cualquier manera, sustancias que no presenten en sí ningún peligro, dando la impresión de ser peligrosas y, sabiendo o debiendo saber, que éstas pueden inspirar temor de un atentado contra las personas o las propiedades.

10.- Luxemburgo[22]

En Luxemburgo fue aprobada la Ley relativa a la represión del terrorismo y de su financiación, del 8 de julio de 2003.

Dicha ley dispone que un acto terrorista será consumado cuando reúna las tres condiciones siguientes:

- La comisión de un delito que lleve aparejada una pena de prisión de, al menos, tres años.

- Que dicho delito suponga un atentado grave contra un país, organismo u organización internacional.

[22] Ibídem.

- La comisión de un delito con un fin terrorista.

También se modificaron determinados artículos del Código Penal. El artículo 135.2 aumentó las penas por actos de terrorismo, que pueden ser de prisión perpetua cuando la acción cause la muerte de una o varias personas.

La ley recoge las previsiones contenidas en el artículo 2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, introduciendo en el concepto de grupo terrorista, incriminaciones específicas en función del papel jugado y del grado de implicación de las distintas personas en las actividades del grupo terrorista en cuestión. Este artículo está inspirado en el artículo 324 del Código Penal relativo a las organizaciones criminales, adoptado en su momento por unanimidad en la Cámara de los Diputados Luxemburguesa.

11.- Países Bajos[23]

En los Países Bajos fueron aprobadas el 1 de enero de 2002 la Ley de ratificación de la Convención Internacional para la prevención y represión de los atentados terroristas, y la Ley de ratificación de la Convención Internacional para la prevención y represión de la financiación del terrorismo.

12.- Noruega[24]

Tras los atentados de 2001, Noruega aprobó el Decreto del 5 de octubre de 2001 para la prevención y represión de la financiación del terrorismo. Dicho decreto fue consecuencia de la Resolución del

[23] Ibídem.
[24] Ibídem.

Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 28 de septiembre de 2001 y de la Convención internacional del 9 de diciembre de 1999 sobre la lucha contra la financiación de los actos de terrorismo. Esta ley permitió a la autoridad judicial competente congelar los bienes provenientes de la actividad terrorista.

Tras lo ocurrido en Oslo y Utoya, donde en julio de 2011 Anders Behring Breivik asesinó a setenta y siete personas, se abrió un debate entre la sociedad del país, que pidió una mayor dureza ante ataques de este tipo.

13.- Dinamarca[25]

Un mes después de los atentados del 11-S, el gobierno danés presentó un proyecto de revisión de algunas de las leyes nacionales en materia de justicia, asuntos interiores, economía y finanzas denominado "batería de medidas antiterroristas" para combatir este fenómeno.

Se autorizaba al ministro de Justicia a adoptar nuevas disposiciones para legalizar la retención de datos relativos a las telecomunicaciones y permitir a la policía que pudiera acceder de forma fácil y rápida a dichos datos con carácter personal (fijada en un año el 31 de mayo de 2002).

Esta nueva ley supuso que los servicios secretos (TEP) y la policía consulten libremente todas estas informaciones intervenidas, sin necesidad de solicitar ninguna autorización judicial.

[25] Ibídem.

14.- Otras medidas internacionales orientadas a la prevención

Con el objetivo de conseguir una prevención eficaz del terrorismo, se han creado en los últimos años numerosos instrumentos y organismos internacionales dedicados a esta materia, pues el terrorismo es un problema global, por lo que en su lucha debe imperar la cooperación.

Por un lado, a nivel internacional destaca la ONU, que junto a las organizaciones intergubernamentales vinculadas a ella, ha creado 16 instrumentos jurídicos universales (13 instrumentos y 3 enmiendas) para prevenir el terrorismo de los cuales la mayoría sigue vigentes y que constituyen el marco jurídico para las medidas multilaterales contra éste y que tipifican algunos de sus delitos característicos, como el secuestro aéreo, la toma de rehenes, los actos terroristas realizados con explosivos, su financiación y el terrorismo nuclear.Estos instrumentos se complementan con las resoluciones de la Asamblea General 49/60, 51/210 y 60/288, y del Consejo de Seguridad 1267 (1999), 1373 (2001), 1540 (2004), 1566 (2004) y 1624 (2005).[26]

Merece especial atención la resolución 1373 (2001) que, además de fundar el Comité contra el Terrorismo de la ONU, sostiene tres ideas fundamentales respecto a la prevención del terrorismo: la prevención y erradicación de la financiación del terrorismo, prevención y tipificación como delito de las actividades terroristas y necesidad de cooperación internacional como objetivos básicos para lograr la prevención del terrorismo[27].

[26] Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008): "Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo". Folleto informativo nº 32. En http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf [Consulta: 23 de Marzo de 2015] Pp. 64.

[27] Cfr. F. Ibáñez, Ignacio: "Introducción al marco legal internacional contra el terrorismo. instrumentos universales e interamericanos", p. 378.

Respecto a la primera idea, se considera imprescindible tipificar como delito la financiación del terrorismo y congelar los activos de los individuos que realicen actividades terroristas o traten de hacerlo, de los partícipes y de aquellos que contribuyan a la comisión del acto delictivo, además de prohibir la prestación de fondos económicos o financieros a disposición de las organizaciones terroristas, de cara a reducir su actividad e impedir que puedan reclutar a más miembros, comprar armamento, etcétera. Es decir, conseguir crear a la organización una crisis interna que impida su propagación[28].

La segunda idea se refiere a la necesidad de impedir que existan lagunas legales en la lucha contra el terrorismo, de modo que es imprescindible para prevenir el terrorismo crear una definición de terrorismo universal o cuasiuniversal que permita aunar esfuerzos y recursos, apoyándolo además mediante la tipificación como delito de las actividades que asistan al terrorismo, como las actividades de apoyo y preparación, referidas principalmente al reclutamiento y suministro de armamento; la imposibilidad de ofrecer refugio a quienes financien, planifiquen o realicen actividades terroristas; endureciendo las penas mediante la calificación de delitos graves a los actos de terrorismo y el enjuiciamiento de cualquier sujeto que sea partícipe de la preparación o comisión de estos actos; la necesidad de aportar apoyo judicial y policial recíprocamente; y la necesidad de vigilar las fronteras y prevenir la falsificación de documentos de identidad y de viaje[29].

El fundamento de cooperación internacional se refiere, principalmente, a la necesidad de impulsar y mejorar el intercambio de información operacional, promover convenios y acuerdos bilaterales y multilaterales; la ratificación y aplicación total de éstos, así como de los protocolos internacionales, cerciorarse de que el estatuto de refugiado no sea empleado de forma ilegítima y la inaplicabilidad de

[28] Ibídem, p. 378.
[29] Ibídem, p. 378.

la excepción por causas políticas para denegar la extradición del terrorista[30].

El Comité contra el Terrorismo y su Dirección Ejecutiva tienen la función de supervisar que las resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001) (en la que se pide a todos los Estados que promulguen medidas para prevenir el terrorismo y ofreciendo consejos sobre cómo mejorar la prevención) y 1624 (2005) se apliquen correctamente y de otorgar asistencia técnica a los Estados que la pidan. Este Comité se encarga de evaluar las disposiciones de dichas resoluciones y de visitar los países miembros para garantizar su aplicación, habiéndose producido ya 22 visitas y concertando otras 11[31].

El Comité del Consejo de Seguridad administra, en función de lo que establece la resolución 1267 (1999), el régimen de sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes, según el cual los países deben congelar los activos de los individuos y entidades que residen en la lista consolidada del Comité por sus vínculos a la organización terrorista Al-Qaeda, con Osama Bin Laden o con los talibanes, además de prohibirles viajar y tener la obligación de embargarles las armas que estén en su posesión. Estas sanciones se emplean independientemente del territorio en que se encuentren los individuos y entidades vinculadas a dichas organizaciones. De esta forma, en noviembre de 2007 esa lista contenía los nombres de 367 individuos y 112 entidades, motivo por el que 36 países congelaron sus activos[32].

[30] Ibídem, p. 379.
[31]Cfr. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2008): "Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo". Folleto informativo nº 32. En http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf [Consulta: 23 de Marzo de 2015] Pp. 64.
[32]Ibídem, p. 64.

El Equipo que asiste al Comité ha reunido siete informes analíticos que evalúan la implantación de las sanciones, el peligro que suponen Al-Qaeda y los talibanes y las medidas óptimas para hacerle frente. Además, ha realizado visitas a más de 60 de los países miembros con el objetivo de analizar cómo mejorar este régimen de sanciones a la vez que ha entablado relaciones de cooperación con 28 órganos internacionales y regionales. Asimismo, ha instaurado cuatro grupos regionales de servicios de inteligencia y organismos de seguridad de varios Estados, además de crear grupos de banqueros y trabajadores del sector financiero que tienen la función de asesorar al Consejo de Seguridad y presentarles propuestas que deberán ser examinadas[33].

Por otro lado, en función de lo determinado en la resolución 1540 (2004), el Comité del Consejo de Seguridad ha analizado informes de 136 países miembros y de la Unión Europea sobre las acciones efectuadas con el fin de cumplir las exigencias de dicha resolución mientras trata de observar deficiencias y promover mejoras que imposibiliten que los agentes no gubernamentales puedan conseguir el acceso a armas de destrucción masiva o a sus componentes[34].

Las actividades de los agentes militares y policiales de la ONU referidas al mantenimiento de la paz han conseguido dar lugar a un escenario más seguro en dieciséis zonas de conflicto de diferentes lugares del planeta durante los últimos cinco años. De esta manera, las oportunidades que poseen las organizaciones terroristas de hacer proselitismo han disminuido, así como sus actividades en dichos lugares[35].

[33]Ibídem, p. 64-65.
[34]Ibídem, p. 65.
[35] Ibídem, p. 65.

Por otro lado, respecto a la seguridad nuclear, existe el Organismo Internacional de Energía Atómica, que mediante la aplicación de sus planes de acción pretende mejorar y fortalecer la seguridad del uso, almacenamiento y transporte de materiales nucleares y radiactivos en todo el planeta, así como asistir a los países en su intento de impulsar los regímenes de seguridad nuclear a nivel nacional[36].

Respecto a las amenazas biológicas, la Oficina de Asuntos de Desarme se ha encargado de crear una base de datos única y amplia alrededor de esta cuestión, de forma que recopila información detallada sobre todos los sucesos biológicos problemáticos registrados en los que un agente biológico haya provocado riesgo o perjuicios a la humanidad, al ganado o a los bienes agrícolas; así como sobre los sucesos falsos registrados. Se ha venido cuestionando cuál debe ser la extensión de la base de datos, por lo que esta Oficina posee una lista de expertos y laboratorios que pueden tener acceso a ellas e insta a los Estados a que hagan lo mismo para mejorar la seguridad en el sector y asegurar que otros agentes, como las organizaciones terroristas, no tengan acceso a ella y pueda producirse un desastre[37].

De la seguridad aérea se encarga la Organización de Aviación Civil Internacional, mediante la elaboración e implantación de tratados, normas internacionales, prácticas aconsejadas y material de orientación que ofrezca protección y seguridad a las instalaciones aéreas, como los aeropuertos. Para promover la seguridad a nivel internacional, realiza auditorías de seguridad en diversos países, alcanzando en 2007 la cifra de 159 Estados pertenecientes a la ONU; así como de coordinar el apoyo para solventar las carencias detectadas. También se ocupa de la seguridad de los documentos de viaje y la racionalización de los sistemas y procedimientos de autorización de entrada y salida en las fronteras[38].

[36] Ibídem, p. 65.
[37] Ibídem, p. 65-66.
[38] Ibídem, p. 66.

La Organización Marítima Internacional hace lo mismo con las instalaciones marítimas, como las zonas portuarias, con el objetivo de mejorar la seguridad en el sector. Para ello asume medidas ineludibles como el Código PBIP, adoptado por 159 países miembros[39].

El Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia ha recopilado información de 25 Estados de la zona euroasiática sobre estrategias nacionales de lucha contra el tráfico ilegal de materiales químicos, biológicos, radiológicos o nucleares y ha elaborado un informe de evaluación y perfiles de los Estados en los que se observan las deficiencias y las prácticas óptimas de esas estrategias[40].

La Organización Mundial de la Salud, en virtud del Reglamento Sanitario Internacional de 2005, "*atiende el estado de preparación de la salud pública y la respuesta a todas las emergencias de salud pública de importancia internacional, independientemente de su origen o fuente. Un sistema mundial de alerta y respuesta permite detectar problemas internacionales de salud pública, hacer una evaluación de los riesgos y movilizar a una red internacional de agentes de la salud pública para colaborar en la respuesta de los países a los problemas. Se han elaborado directrices para ayudar a los países a evaluar y mejorar su estado de preparación a fin de hacer frente a las consecuencias de salud pública de un incidente de terrorismo biológico, químico, radiológico o nuclear. La OMS ha preparado normas de bioseguridad para los laboratorios y les imparte capacitación para promover el empleo y almacenamiento de los materiales biológicos en condiciones de seguridad a fin de reducir al mínimo el riesgo de que se utilicen con otros fines*" (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2008, p. 66-67).

[39] Ibídem, p. 66.
[40] Ibídem, p. 66.

Por último, está la INTERPOL (Organización Internacional de Policía Criminal), que ofrece un foro en el que los expertos en materia de terrorismo puedan comparar prácticas óptimas e información operacional, a través de un grupo de trabajo especializado, para ser capaces de identificar las organizaciones terroristas cuya actividad sigue vigente y a sus miembros, incluyendo las jerarquías organizativas y los métodos de entrenamiento, financiación y reclutamiento de individuos y colectivos sospechosos de terrorismo. INTERPOL posee información esencial contenida y recopilada en diferentes bases de datos mundiales, en las que se encuentra, por ejemplo, desde nombres de individuos en busca y captura, hasta fotografías y huellas dactilares. Uno de los grandes avances que ha conseguido ha sido poner esa información de las bases de datos a disposición de los puestos de seguridad fronterizos, de manera que puedan identificar con mayor precisión quién puede entrar y/o salir del país. Asimismo, es coordinador de la distribución de alertas y avisos sobre sospechosos de estar vinculados con actividades terroristas o de terroristas en busca y captura por parte de la policía. Por otro lado, otorga apoyo al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la puesta en práctica del régimen de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes del que se hablaba anteriormente a través de la difusión de información adecuada sobre los individuos sobre los que recaen estas sanciones de la ONU a las fuerzas y cuerpos de seguridad de todos los Estados del mundo. Además, en caso de que alguno de los Estados miembros de la ONU lo demande, INTERPOL debe apoyarles en las investigaciones consiguientes a la producción de un acto terrorista, por lo que forma grupos de reacción en caso de que concurran atentados[41].

Uno de los organismos que se encarga de contribuir a que los Estados miembros instauren y adopten los instrumentos universales de prevención y represión de las actividades terroristas transnacionales es la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, que ha elevado la cifra de apoyo a más de 149 naciones. También promueve

[41]Ibídem p. 67.

la cooperación internacional en cuestiones penales vinculadas con el terrorismo dando importancia a la formación de capacidad nacional. Les facilita, además, asesoramiento jurídico para impulsar la lucha contra los actos terroristas e introduce instrumentos de asistencia técnica para que los países endurezcan sus regímenes jurídicos para combatir el terrorismo, siendo alrededor de 12 las que ya se han puesto en marcha. Otra de las funciones que realiza es llevar a los países a sus profesionales más especializados en la materia de forma que éstos consigan mayor capacidad y preparación para combatir actividades asociadas al terrorismo como su financiación y el blanqueo de capitales. No deja de lado, sin embargo, el respeto a los derechos humanos que, aunque entra en controversia en muchas ocasiones con la lucha contra el terrorismo, la organización promueve que éstos imperen en la estrategia de los países y que el combate se efectúe mediante la legalidad[42].

Respecto a la prevención de la financiación del terrorismo, destacan dos organismos cuya actuación ha supuesto un auge en esta cuestión: el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial. El primero ha contribuido al sector realizando evaluaciones de unos 61 países desde el año 2002 sobre la capacidad de estos Estados de combatir el blanqueo y la financiación, además de haberles proporcionado a 222 países la asistencia técnica necesaria a través de la elaboración de talleres de capacitación a nivel tanto regional como nacional, y además ha contribuido a fortalecer el sector financiero mediante la elaboración de proyectos de ley y aumentando los niveles de supervisión respecto a la problemática presentada. El Banco Mundial, por su parte, ha contribuido a la prevención de la financiación del terrorismo y del blanqueo de capitales colaborando con el Fondo Monetario Internacional en la elaboración de las evaluaciones anteriormente citadas. Además, trata de contribuir al correcto cumplimiento de la normativa vigente y fortalecerla mediante alrededor de 275 misiones de asistencia técnica bilaterales o

[42] Ibídem, p. 67-68.

regionales impulsadas por esta organización. Otra de sus funciones más importantes es la de analizar e investigar riesgos en el sector que puedan favorecer los delitos anteriores y realizar estudios en los que se inste a los gobiernos a promover medidas que aumenten la seguridad y la información de los activos en circulación[43].

No podemos por menos que concluir el presente capítulo recordando que si bien su objeto es el análisis de nuevas legislaciones en la lucha antiterrorista, siguiendo a Conde y González, "los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los EEUU, 11 de marzo de 2004 en Madrid, y 7 de julio de 2005 en Londres han obligado a las democracias occidentales a adoptar distintos instrumentos normativos encaminados a reforzar su acción en la lucha contra el terrorismo que en muchos casos han supuesto una autentica conculcación de derechos fundamentales como la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, la intimidad, el secreto de las comunicaciones telefónicas o a través de Internet, etc. Asimismo, han aumentado los poderes y facultades de los servicios de inteligencia y la policía en la lucha contra el terrorismo y han afectado de manera singular al estatus jurídico de los extranjeros residentes en sus territorios, quienes, en ocasiones, han visto cercenados sus derechos más fundamentales de una forma absolutamente arbitraria"[44].

[43] Ibídem, p. 70-71.

[44]ÁLVAREZ CONDE, E. y GONZÁLEZ H. *Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales*. Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Terrorismo Internacional - ARI Nº 7/2006 [en línea] 19/01/2006. Disponible en: http://bit.ly/1Dsswdy

IMPACTO DE LAS POLÍTICAS ANTITERRORISTAS EN LA NORMATIVA ECONÓMICO Y FINANCIERA[1]

Sonia López Sáez
Universidad Rey Juan Carlos

El presente trabajo se centra en investigar el impacto que han tenido las políticas antiterroristas en la normativa económica y financiera durante los últimos años. En este caso es importante destacar el esfuerzo que se ha realizado durante los últimos doce años en desarrollar normativa que vincula las políticas antiterroristas con el blanqueo de capitales.

Para llevar a cabo nuestra investigación nos hemos centrado en la información publicada por el Grupo de Acción Financiera[2] (FAT-GAFI). Se trata de un organismo intergubernamental de carácter independiente cuyo objetivo es el desarrollo de políticas para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo entre otras

[1] Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación DER2013-42039-P, cuyo título es "Evolución de las jurisdicciones especiales como instrumentos de control politico-religioso, de seguridad y de orden público", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en la Convocatoria 2013 de Proyectos de I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia.

[2] Véase FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF.
www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html

cuestiones. Por ello, las Recomendaciones del GAFI se consideran como normas internacionales para la prevención del blanqueo de capitales (PBC) y la financiación del terrorismo (FT).

Las primeras cuarenta Recomendaciones del GAFI datan de 1990 y en aquellos momentos fueron creadas para prevenir el blanqueo de capitales originado por el tráfico de drogas. Unos años más tarde, en 1996, se hizo la primera actualización de éstas debido al desarrollo de los sistemas financieros y al creciente flujo de activos financieros incautados en el tráfico de drogas; además, se ampliaron las actividades originarias del blanqueo de capitales. En 2001 se definió ya la financiación del terrorismo a través de primero ocho y después nueve Recomendaciones Específicas sobre este tema. Un poco más tarde, en 2003, se volvieron a actualizar las Recomendaciones del GAFI y junto con las Recomendaciones Especiales sobre financiación del terrorismo fueron avaladas por casi 200 países convirtiéndose en recomendaciones estándar internacionales sobre el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la proliferación.

La utilidad de estas Recomendaciones estriba en que cada país tiene su propia normativa y regulación además de co-existir diferentes sistemas financieros, lo que dificulta una armonización que permita que tomen medidas más eficaces contra estas cuestiones. Por tanto, estas Recomendaciones son una forma de facilitar la cooperación internacional.

En los últimos años la lucha contra la financiación del terrorismo se ha convertido en uno de los principales objetivos por parte de los gobiernos de muchos países. Son conocidos los atentados sufridos en Estados Unidos (2001) y Madrid (2004) entre otros. Por ello, para el GAFI es uno de los temas que más se ha tratado de definir para desarrollar políticas más armonizadas que hagan frente a unos sistemas financieros cada vez más integrados y a una mayor

sofisticación de la ingeniería financiera; al final, el objetivo que se pretende lograr es el de garantizar una seguridad en dichos países.

Este mayor foco en la financiación del terrorismo ha hecho que el GAFI haya desarrollado Recomendaciones que son únicas para este tema y que están reflejadas en el a Sección C de las Recomendaciones. Éstas son: la Recomendación 5 (criminalización de la financiación del terrorismo); Recomendación 6 (sanciones financieras contra el terrorismo y la financiación del terrorismo); y Recomendación 8 (medidas para prevenir el uso indebido de los organizaciones sin ánimo de lucro).

1.- Las Recomendaciones del GAFI[3]:

A. Políticas y Coordinación contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo (ALA/CFT)

Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo

Cada país ha de identificar los riesgos que tiene sobre el blanqueo de capitales, así como la financiación del terrorismo.

Cooperación y coordinación nacional

Cada país ha de poner en marcha políticas contra el ALA/CFT que faciliten la coordinación institucional.

[3] Véase OCDE/GAFI (Febrero 2012): *Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación. Las recomendaciones del GAFI*.
http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf

B. Lavado de Activos y Decomiso

Delito de lavado de activos

Los países han de tipificar en su normativa el lavado de activos teniendo en cuenta la Convención de Viena y la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

Decomiso y medidas provisionales

Los países han de desarrollar normativa que permita decomisar bienes cuyo origen es del blanqueo de capitales y bienes que pueden ser utilizados para el blanqueo de capitales.

C. Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación

Delito de financiamiento del terrorismo

Los países en su normativa han de tipificar la financiación del terrorismo basándose en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. En esta tipificación no sólo han de tener en cuenta la financiación de actos terroristas, sino que además, han de incluir la financiación de organizaciones terroristas y terroristas individuales.

Sanciones financieras dirigidas relacionadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo

Todos los países que avalan estas Recomendaciones tienen que aplicar sanciones económicas para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativas a la prevención y represión del terrorismo y la financiación.

Sanciones financieras dirigidas relacionadas a la proliferación

Todos los países que avalan estas Recomendaciones tienen que aplicar sanciones económicas para cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir e interrumpir la proliferación de armas de destrucción masiva así como su financiación.

Organizaciones sin fines de lucro

Cada país deberá revisar su normativa relativa a las entidades definidas como organizaciones sin ánimo de lucro para evitar que puedan ser utilizadas para financiar actividades terroristas.

D. Medidas Preventivas

Leyes sobre el secreto de las instituciones financieras

Todos los países que avalen estas Recomendaciones han de asegurar en su normativa que el secreto bancario no impide la implementación de las Recomendaciones del GAFI.

E.- Debida Diligencia y Mantenimiento de Registros

Debida diligencia del cliente

Se debe prohibir a las instituciones financieras mantener cuentas sin verificar la identidad real de lo/s titular/es o sin que exista un titular en las mismas. Para ello, tienen la obligación de identificar al cliente y verificar su identidad; en caso de transacciones identificar la identidad real del destinatario final; recabar información sobre el carácter de la relación comercial que haya dado lugar a la transacción; realizar una diligencia continua al cliente para contrastar que las

operaciones y transacciones que vaya realizando sean consistentes con la información que tiene sobre él la institución financiera; etc.

Mantenimiento de registros

Las instituciones financieras han de mantener durante, al menos, cinco años todos los registros y datos de las transacciones, ya sean locales o internacionales, para estar a disposición de cualquier petición de información solicitada por las autoridades competentes.

F.- Medidas Adicionales para Clientes y Actividades Específicas

Personas expuestas políticamente

Las instituciones financieras tienen la obligación con respecto a las personas expuestas políticamente extranjeras (PEP), ya sean clientes o beneficiarios finales a aplicar la debida diligencia y a llevar a cabo una comprobación periódica sobre sus relaciones comerciales.

Banca corresponsal

Las instituciones financieras a través de su banca corresponsal transfronteriza tienen la obligación, además de las expuestas en cuanto a la debida diligencia del cliente, a recabar información sobre las instituciones representadas para verificar su naturaleza comercial; y, además, han de evaluar los controles sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de la institución representada entre otras obligaciones.

Servicios de transferencia de dinero o valores

Los países han de verificar que las personas físicas o jurídicas que prestan servicios de transferencia de dinero o valores (STDV), tengan la licencia oportuna o estén registradas y sujetas a sistemas eficaces de comprobación periódica para asegurar la aplicación y el cumplimiento de las Recomendaciones del GAFI.

Nuevas tecnologías

Las instituciones competentes de los países, así como las instituciones financieras tienen la obligación de identificar y evaluar los riesgos del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que puedan surgir debido al desarrollo de nuevos productos financieros o nuevas prácticas comerciales, así como nuevas formas de envío. Además, también han de comprobar el uso de nuevas tecnologías para productos financieros nuevos o existentes.

Transferencias electrónicas

Las instituciones competentes de cada país han de solicitar a las instituciones financieras que incluyan información sobre el originador y sobre el beneficiario. Dicha información ha de ser precisa y ha de mantenerse durante todo el proceso de la cadena de pago.

G.- Dependencia, Controles y Grupos Financieros

Dependencia en terceros

Los países pueden permitir a las instituciones financieras que deleguen en terceros para que realicen las actividades expuestas en las Recomendaciones 10 y 11.

Controles internos y filiales y subsidiarias

Se debe exigir a las instituciones financieras y a los grupos financieros que implementen sistemas para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En el caso de los grupos financieros, además, han de desarrollar mecanismos de coordinación internos y de flujo de información entre las entidades.

Países de mayor riesgo

En aquellos países con un mayor riesgo debido al cual el GAFI hace una mención especial, se debe exigir a sus instituciones financieras que apliquen medidas de debida diligencia intensificada en las transacciones de personas naturales y jurídicas que operan en ellos.

H.- Reporte de Operaciones Sospechosas

Reporte de operaciones sospechosas

Los países han de desarrollar leyes que les permitan exigir a las instituciones financieras el reporte de información a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en caso de que una institución financiera sospeche que los fondos de una transacción son originarios de una actividad criminal, o están relacionados con la financiación del terrorismo.

Revelación (tipping-off) y confidencialidad

El equipo humano, ya sea el personal directivo como cualquier tipo de empleado de las instituciones financieras han de estar protegidos por ley frente a la responsabilidad que implica la revelación de información cuando éstos reportan sus sospechas de

buena fe a la UIF. Esto es independiente de que no tengan conocimiento de la actividad criminal como si dicha actividad ocurrió o no. Además, deben tener prohibido, por ley, revelar (*tipping-off*) que están reportando información a la UIF de cualquier operación sospechosa (ROS).

I.- Actividades y Profesiones No Financieras Designadas

APNFD: debida diligencia del cliente

Los requisitos y el mantenimiento de registros establecidos en las Recomendaciones 10, 11, 12, 15 y 17, se aplican a las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) en los casinos; los agentes inmobiliarios; los comerciales de metales preciosos; los abogados, notarios y otros profesionales jurídicos independientes, así como auditores.

APNFD: Otras medidas

Los requisitos establecidos en las Recomendaciones 18 a la 21 se aplican a todas las actividades y profesiones no financieras designadas, teniendo en cuenta que se debe exigir a los abogados, notarios y otros profesionales jurídicos independientes y auditores que reporten información de operaciones sospechosas cuando se involucren a través de un cliente.

J.- Transparencia y Beneficiario Final de Personas Jurídicas y otras Estructuras Jurídicas

Transparencia y beneficiario final de las personas jurídicas

Los países que avalen estas Recomendaciones han de desarrollar normativa para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo por parte de personas jurídicas. Para ello, han de desarrollar reglamentos que garanticen información veraz, precisa y oportuna sobre el beneficiario final de las transacciones. Asimismo, se hace indispensable que las instituciones competentes tengan acceso a dicha información. En este sentido, los países han de implementar medidas que faciliten el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos expuestos en las Recomendaciones 10 y 22.

Transparencia y beneficiario final de otras estructuras jurídicas

Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el blanqueo de capitales y/o la financiación del terrorismo. Además, los países han de desarrollar reglamentos que faciliten el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos expuestos en las Recomendaciones 10 y 22.

Facultades y Responsabilidades de Autoridades Competentes y Otras Medidas Institucionales

K.- Regulación y supervisión

Regulación y supervisión de las instituciones financieras

Las instituciones financieras y grupos financieros aplicarán las medidas aplicables sobre regulación y supervisión bajo el principio de prudencia y que son relevantes para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Facultades de los supervisores

Los supervisores han de estar facultados para llevar a cabo sus funciones y hacer comprobaciones periódicas de las instituciones financieras para garantizar que se cumple con los requisitos para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

En este sentido, los supervisores han de estar autorizados para solicitar información relevante a las instituciones financieras, así como para imponer sanciones de acuerdo con la Recomendación 35.

Regulación y supervisión de las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD)

Las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas han estar sujetas a regulación y supervisión. Así, los casinos tienen que estar sujetos a una regulación y supervisión que garantice que éstos hayan implementado eficazmente las medidas ALA/CFT.

L.- Operativo y Orden Público

Unidades de inteligencia financiera

Los países han de crear una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sea un centro nacional para la recepción y análisis de reportes de transacciones catalogadas como sospechosas y cualquier otro tipo de información relevante sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Además, la UIF tiene que tener la capacidad de obtener información adicional de los sujetos obligados, así como tener acceso cuando lo estime oportuno a la información financiera, administrativa y de orden público que requiera para el desempeño de sus funciones.

Responsabilidades de las autoridades de orden público e investigativas

Los países han de asegurar que las autoridades e instituciones competentes de orden público tengan capacidad para llevar a cabo investigaciones sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo dentro del marco de las políticas nacionales ALA/CFT.

Facultades de las autoridades de orden público e investigativas

En el proceso de investigación, sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, por parte de las autoridades competentes han de tener acceso a toda la información necesaria para utilizarla en investigaciones y en procesos judiciales.

Transporte de efectivo

Los países han de tener medidas que permitan detectar el transporte físico transfronterizo de moneda o instrumentos negociables. En este sentido, los países tienen que garantizar que sus autoridades competentes tengan la autoridad legal para detener o impedir moneda o instrumentos negociables al portador sobre los que pesa una sospecha por su relación con la financiación del terrorismo o el blanqueo de capitales.

M.- Requisitos Generales

Estadísticas

Los países han de mantener estadísticas sobre la eficiencia y la eficacia de sus sistemas ALA/CFT.

Guía y retroalimentación

Las autoridades competentes y los Organismos Autorreguladores (OAR) han de definir las directrices y los sistemas de retroalimentación que permitan a las instituciones financieras y a los profesionales que desarrollen actividades y profesiones no financieras designadas en la implementación de las medidas nacionales contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sobre todo, en la detección y reporte de información sobre transacciones sospechosas.

N.- Sanciones

Los países han de garantizar la existencia de una serie de sanciones eficaces, disuasorias y proporcionales de carácter penal, civil o administrativo que estén a su disposición para tratar a las personas físicas o jurídicas establecidas en las Recomendaciones 6 y 8 a la 23, que incumplan con los requisitos ALA/CFT. Las sanciones deben ser aplicables no sólo a las instituciones financieras y a las APNFD.

Ñ.- Cooperación Internacional

Instrumentos internacionales

Los países que avalen estas Recomendaciones han de implementar, plenamente, la Convención de Viena, 1988; la Convención de Palermo, 2000; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003; y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, 1999. Asimismo, cuando corresponda los países han de ratificar e implementar otras convenciones internacionales relevantes, como Convención del Consejo de Europa sobre el Crimen Cibernético, 2001; la Convención Interamericana contra el Terrorismo, 2002; y el Convenio del Consejo de Europa sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Decomiso de los Productos de un Delito y sobre el Financiamiento del Terrorismo, 2005.

Asistencia legal mutua

Los países han de eficazmente una amplia gama de asistencia legal mutua en relación con las investigaciones, procedimientos judiciales y procesos relacionados con el blanqueo de capitales, delitos asociados y la financiación del terrorismo. En este sentido, los países

han de contar con una regulación jurídica adecuada para prestar eficazmente asistencia y es fundamental tener tratados, acuerdos o cualquier otro mecanismo que facilite y mejore la cooperación entre países.

Asistencia legal mutua: congelamiento y decomiso

Los países han de tener una autoridad que tome decisiones rápidas en respuesta a solicitudes extranjeras para identificar, paralizar, embargar y decomisar activos y/o bienes procedentes del blanqueo de capitales así como de la financiación del terrorismo o de cualquier tipo de actividad vinculada a estas cuestiones.

Extradición

Los países han de llevar a cabo eficazmente las solicitudes de extradición relacionadas con el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Otras formas de cooperación internacional

Los países, a través de sus autoridades competentes, han de garantizar su cooperación internacional de forma rápida, constructiva y eficaz. En caso de que una autoridad competente necesite llegar a acuerdos bilaterales o multilaterales, como un Memorando de Entendimiento (MOU), éstos se han de firmar con tiempo.

2.- Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: el caso de España[4].

El Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI) es un organismo intergubernamental independiente que desarrolla y promueve políticas para proteger el sistema financiero internacional frente al blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Las Recomendaciones del GAFI son reconocidas como la norma internacional en materia de prevención del blanqueo de capitales (PBC) y la financiación del terrorismo (FT).

En este informe se presentan las medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo existentes en España durante la visita *in situ* del 21 de abril al 7 de mayo de 2014. En él se analiza el cumplimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI expuestas anteriormente, así como el nivel de eficacia del sistema español contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo formulándose recomendaciones para reforzarle[5].

De este estudio se han podido extraer las siguientes conclusiones:

- España cuenta con legislación y normativa actualizadas que aplican las Recomendaciones revisadas del GAFI cumpliendo la mayoría de éstas.

[4] Apartado realizado a través de la información del FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF. www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html

[5] La evaluación de este Informe se hizo utilizando la Metodología GAFI 2013 incluyendo nuevos parámetros de análisis lo que hace que no se puedan comparar directamente estos resultados con los de estudios previos.

- España cuenta con instituciones sólidas en materia de PBC/FT: la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y el servicio que ejecuta sus normas, el SEPLAC, que es una unidad de inteligencia financiera (UIF) y un supervisor.

- El nivel de conocimiento que tiene España de los riesgos de BC/FT es elevado. Esto es debido a la elevada cantidad de riesgos analizados.

- España ha logrado éxitos significativos en la investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos de blanqueo de capitales. Según este informe "España se centra en neutralizar y desmantelar la estructura financiera de grupos de delincuencia organizada y de organizaciones de tráfico de drogas. Las autoridades han demostrado su capacidad para trabajar con éxito en importantes y complejos casos de blanqueo de capitales hasta lograr una condena, y muestran niveles muy elevados de eficacia en la investigación, persecución y enjuiciamiento de estos delitos".

- No obstante, el efecto disuasorio y la proporcionalidad de las sanciones impuestas por delitos de blanqueo de capitales es motivo de preocupación. En este apartado, el GAFI concluye que "las multas suelen cifrarse en millones de euros, pero las penas de prisión impuestas en la práctica son bajas, incluso en casos graves de blanqueo, al igual que los períodos de inhabilitación previstos para profesionales declarados culpables de haber colaborado a sabiendas en delitos de blanqueo de capitales".

- Las autoridades han desmantelado eficazmente las redes de financiación y de apoyo a ETA, una de las principales amenazas terroristas internas para España.

- No obstante, en la aplicación de sanciones financieras específicas relacionadas con el terrorismo, España adolece de importantes deficiencias de carácter tanto técnico como práctico. En este caso, el GAFI concluye que "España emplea procedimientos establecidos a escala de la UE que imponen una demora inaceptable en la transposición de nuevas entidades designadas a las listas de sanciones. Por otra parte, España nunca ha propuesto ni realizado una designación, y ha optado por no hacer uso de este instrumento".

- La coordinación operativa y de políticas en la lucha contra la financiación de la proliferación es escasa. Según el GAFI en España "Existe coordinación en cuanto a las sanciones financieras específicas relacionadas con la proliferación, y se han logrado algunos éxitos en la detección de casos de elusión de sanciones. Sin embargo, no existe coordinación entre las autoridades de control de las exportaciones y las autoridades responsables de la PBC/FT".

- Existen deficiencias significativas en las obligaciones legales relativas a las transferencias electrónicas y los requisitos impuestos a las entidades financieras que actúan de intermediarios son muy limitados. Según el GAFI esto "se debe al hecho de que la normativa sobre transferencias electrónicas de la UE no se ha actualizado tras la revisión de los Normas del GAFI".

- Los abogados no aplican adecuadamente las medidas preventivas exigidas. Para el GAFI, "el conocimiento que tiene la profesión de los riegos y obligaciones relacionados con el BC/FT es limitado, y no existen controles eficaces, lo que es especialmente preocupante dado el papel que desempeñan estos profesionales en redes complejas de blanqueo de capitales en España".

- Las medidas que permiten el acceso a la información sobre la titularidad real, en particular, el Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado, son un ejemplo de buenas prácticas en el contexto del ordenamiento jurídico español.

- Las autoridades y el sector de gestoras de transferencias han adoptado medidas significativas para mitigar los riesgos de BC/FT, sobre todo los derivados de los agentes. En este punto el GAFI concluye que "entre ellas se incluye un registro de agentes de alto riesgo, controles internos más estrictos, y comunicación sistemática, con vigilancia continua por parte del supervisor. No obstante, siguen observándose algunas deficiencias en relación con la identificación de operadores no autorizados y con la supervisión de las gestoras de transferencias que operan al amparo de las normas de pasaporte de la UE".

3.- Situación en España y Riesgos potenciales[6]

España ha realizado avances para identificar, evaluar y conocer sus riesgos de BC/FT, además, tiene sistemas eficaces en la lucha contra estas cuestiones. En este sentido, es importante destacar que España soporta una gran variedad de riesgos en cuanto al blanqueo de capitales.

Un análisis más pormenorizado nos permite saber que en España operan grupos de delincuencia organizada, formados tanto por españoles como extranjeros. Geográficamente, España, es un lugar de tránsito, sobre todo del tráfico de drogas, que entran en Europa desde el Norte de África y Sudamérica. Asimismo, es un punto logístico para los grupos de delincuencia procedentes de África, América Latina y la antigua Unión Soviética.

[6] Véase FATF (2014) – Medidas de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo – España, Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua, FATF.
www.fatf-gafi.org/topics/mutualevaluations/documents/mer-spain-2014.html

España tiene elevados riesgos de terrorismo y de financiación de terrorismo, a la vez que ha sufrido atentados terroristas.

Estos riesgos se deben a dos ámbitos bien diferentes. Por un lado, está el riesgo de Euskadi ta Askatasuna (ETA) y, por otro lado, a grupos terroristas islamistas.

En términos generales, España cumple con la mayoría de las Recomendaciones del GAFI, no obstante, es necesario que realice avances en determinadas áreas.

Entre las fortalezas del sistema español destacan la inteligencia financiera y el decomiso.

España tiene un elevado conocimiento sobre sus riesgos de PBC y FT.

La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias es el organismo encargado de la coordinación de las políticas de PBC y FT en España

En los últimos años España ha logrado desarticular varios grupos de delincuencia organizada y ha desmantelado entramados societarios nacionales e internacionales dedicadas al blanqueo de capitales.

No obstante, una de las dificultades que tiene España son las bajas sanciones que se imponen por blanqueo de capitales lo que resta eficacia al sistema. Además, muchos de estos procesos judiciales son complejos lo que repercute en un alargamiento de los mismos. El SEPLAC, en este caso, se constituye como una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

España aplica la figura del decomiso de manera muy activa y en las fases más tempranas del proceso como medida cautelar.

*España es consciente de los riesgos que soporta por terrorismo y por la financiación del terrorismo***.**

La política anti-terrorista española se ha centrado en la neutralización y desmantelamiento de organizaciones terroristas, especialmente, ETA y grupos terroristas islamistas. Esta política de neutralización ha cosechado éxitos, sobre todo, con ETA cuyas redes de financiación han sido desmanteladas. En el caso de grupos terroristas islamistas España también ha conseguido decomisar fondos destinados a financiar a grupos terroristas islámicos en el Magreb.

En cuanto a la regulación. es en el Código Penal de 2010 cuando se introduje un nuevo delito autónomo de financiación del terrorismo "que permite que las actividades de financiación del terrorismo se persigan por separado de cualquier otra tipo de colaboración, participación o pertenencia a una organización terrorista".

Una de las áreas a mejorar en España es la aplicación de sanciones financieras relacionadas con el terrorismo.

Las medidas preventivas adoptadas por España se basan en la Directiva de la UE sobre Prevención del Blanqueo de Capitales.

Además de la normativa de la UE, España ha actualizado su legislación para aplicar las normas revisadas del GAFI. Sobre todo, donde más se aplican estas normas es en el sector bancario

España tiene un sector financiero avalado por un sólido sistema de supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de PBC y FT.

El SEPLAC es el supervisor más importante en lo referente a la PBC y FT. El Banco de España, por su parte, ha aumentado su compromiso con la supervisión en estas materias.

España cuenta con un sistema eficaz en cuanto a asegurar el acceso a información sobre la titularidad real de las personas jurídicas.

En este sentido, las autoridades competentes tienen acceso sobre la titularidad de personas jurídicas a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado.

La cooperación internacional es fundamental ya que muchos de los casos más relevantes sobre blanqueo de capitales tienen vínculos internacionales.

Las organizaciones criminales internacionales suelen utilizar estructuras complejas de personas físicas y jurídicas que dificultan las investigaciones. Sí es relevante la eficacia de la cooperación internacional, sobre todo, dentro del ámbito de la UE. Fuera de las fronteras comunitarias, España tiene problemas concretos con la cooperación con algunos países.

Para el GAFI "las acciones prioritarias recomendadas para España, basadas en estas conclusiones, son las siguientes:

- Intensificar la supervisión de abogados, agentes de la propiedad inmobiliaria y proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos.

- Subsanar las carencias en la supervisión de las gestoras de transferencias, adoptando medidas proactivas para detectar y sancionar a los operadores no autorizados; y colaborar con autoridades homólogas de otros países para garantizar la supervisión adecuada de las gestoras de transferencias que operan al amparo de las normas de pasaporte. Es necesario llevar a cabo actividades de divulgación dirigidas a las gestoras de transferencias, en relación con los riesgos potenciales planteados por sus propios clientes y la manera de mitigarlos en consonancia con el enfoque basado en el riesgo, y a las entidades de crédito, en lo que se refiere a dónde radican los riesgos específicos del sector de gestoras de transferencias en España, la forma de mitigar dichos riesgos en línea con el enfoque basado en el riesgo, y animarlas a ofrecer servicios bancarios a las gestoras de transferencias aplicando este enfoque.

- Velar por la aplicación de sanciones adecuadas a los delitos de blanqueo de capitales, además de las multas; y modificar el Código Penal para ampliar el período máximo de inhabilitación de profesionales.

- Aplicar sanciones financieras específicas cuando proceda (por ejemplo, cuando no sea posible perseguir y juzgar a un delincuente).

- Aumentar los recursos del SEPBLAC para la supervisión en materia de PBC/FT.

- Colaborar con la UE para actualizar con celeridad la normativa relativa a las transferencias electrónicas y adaptarla a las Recomendaciones del GAFI revisadas"

4.- Evaluación de los Resultados[7]

Riesgo, política y coordinación. Evaluación: Considerable

Según el GAFI "España ha realizado un buen trabajo de identificación, evaluación y conocimiento de sus riesgos de BC/FT, y cuenta con mecanismos eficaces en la mayoría de las áreas para mitigar estos riesgos. Las autoridades competentes están comprometidas y bien dirigidas y coordinadas por la Comisión. La coordinación es buena a nivel de políticas y entre supervisores a nivel de políticas y operativo".

Cooperación internacional. Evaluación: Considerable

Para el GAFI "España presenta muchas de las características de un sistema eficaz en esta área, y solo es necesario introducir ligeras mejoras. Por lo general, España proporciona información o asistencia constructivas y en un plazo razonable a requerimiento de otros países, entre otros en los siguientes ámbitos: extradición, identificación, congelación, bloqueo, decomiso y reparto de activos, así como información (incluidas pruebas, inteligencia financiera e información en materia de supervisión y sobre titularidad real) sobre delitos de blanqueo de capitales financiación del terrorismo o delitos subyacentes relacionados. Han surgido algunos problemas en relación con solicitudes enviadas por España a países no pertenecientes a la UE con sistemas jurídicos muy diferentes al español y con el reparto de activos en este contexto.

Sin embargo, no parece que estos problemas sean excesivamente graves o de carácter sistémico.

[7] Evaluación en términos de eficacia

España solicita cooperación internacional de manera rutinaria con el fin de perseguir penalmente a delincuentes y a sus activos y, en general, esta colaboración funciona bien. La cooperación con paraísos fiscales plantea dificultades. Sin embargo, España ha logrado algunos éxitos al resolver parte de estos problemas (por ejemplo, en relación con la cooperación internacional con Andorra, San Marino y Suiza). La excepción la constituyen las solicitudes de asistencia judicial mutua y de extradición a Gibraltar, territorio con el que España trata indirectamente a través de las autoridades del Reino Unido, lo que ocasiona retrasos".

Supervisión. Evaluación: Considerable

Según el GAFI **"**España cuenta con un sólido sistema de supervisión de los sectores financieros en materia de PBC/FT y ha demostrado que sus procedimientos de supervisión y seguimiento han evitado que los delincuentes controlen entidades financieras. Además, el procedimiento de supervisión también ha dado lugar a la identificación, adopción de medidas correctoras y sanción de infracciones o incumplimientos de los procedimientos de gestión de riesgos".

Medidas preventivas. Evaluación: Moderada

En este sentido el GAFI concluye que **"**La solidez general de las medidas preventivas aplicadas por las entidades financieras españolas es especialmente notable en el sector bancario. El sector bancario ha desarrollado un buen conocimiento de sus riesgos de BC/FT y aplica las medidas de PBC/FT en función de los riesgos. El sector tiene un escaso apetito por el riesgo, y parece cumplir meticulosamente las obligaciones en materia de PBC/FT. Los controles que aplica este sector clave son relativamente estrictos, aunque son necesarias algunas mejoras".

Personas e instrumentos jurídicos. Evaluación: Considerable

El sistema español que permite el acceso a información básica sobre la titularidad real de las personas jurídicas es eficaz y sólo requiere pequeñas mejoras.

Inteligencia financiera. Evaluación: Elevada

Para el GAFI, "el uso de inteligencia financiera y otro tipo de información por parte de España en investigaciones sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo presenta las características de un sistema eficaz, y solo son necesarias ligeras mejoras. Las autoridades competentes recopilan y utilizan una amplia variedad de inteligencia financiera y otra información relevante (a gran parte de la cual pueden acceder directamente y en tiempo real tanto la UIF como las fuerzas y cuerpos de seguridad) para investigar delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y delitos subyacentes relacionados. El Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado (descrito en el Recuadro 7.1) y la base de datos de la Agencia Tributaria son fuentes de información especialmente valiosas. Esta información es, en general, fiable y precisa, y está actualizada. Las autoridades competentes cuentan con los recursos y la experiencia necesarios para utilizar eficazmente esta información en la realización de análisis e investigaciones financieras, en la identificación y localización de bienes, y en el desarrollo de análisis operativos y estratégicos.

El equipo de evaluación otorgó más importancia a los siguientes factores: los numerosos casos prácticos y estadísticas que demuestran la utilidad de la gran mayoría de los análisis del SEPBLAC (ya sea para iniciar investigaciones o para brindar apoyo en investigaciones en curso); los abundantes casos prácticos que acreditan la capacidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad para obtener pruebas y localizar las ganancias procedentes de actividades delictivas, basándose en sus

propias investigaciones o utilizando los informes de inteligencia financiera del SEPBLAC; la capacidad del SEPBLAC para acceder a datos fiscales sin autorización judicial previa; la capacidad de las fuerzas y cuerpos de seguridad de acceder, en tiempo real, al Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado, que contiene información contrastada sobre la titularidad legal y real, y la capacidad del SEPBLAC para hacer uso, en su calidad de UIF, de la información recabada en el ejercicio de sus funciones de supervisión (y viceversa)"

Investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos de blanqueo de capitales. Evaluación: Considerable

Según el GAFI "España presenta muchas de las características de un sistema eficaz, en particular en lo que respecta a su capacidad para investigar, perseguir y llevar a juicio con éxito los delitos de blanqueo de capitales a todos los niveles, especialmente en casos relacionados con delitos que generan grandes beneficios. Las autoridades persiguen sistemáticamente el blanqueo de capitales como delito autónomo o en conjunción con el delito subyacente, el blanqueo de capitales por parte de terceros (incluido el efectuado por abogados que sean blanqueadores profesionales), el autoblanqueo y el blanqueo de las ganancias de delitos subyacentes cometidos en territorio nacional y en el extranjero. El procedimiento habitual es realizar una investigación financiera paralela, incluso en casos de delitos subyacentes relacionados perpetrados fuera de España. Las autoridades presentaron muchos casos que demuestran su capacidad para investigar con éxito casos de blanqueo de capitales grandes y complejos hasta la obtención de condena, y los elementos más visibles del sistema (investigaciones y procesos penales) demuestran un alto nivel de eficacia. A estos factores se les otorgó mucha importancia, especialmente porque los tipos de casos que se persiguen hasta la obtención de una condena son acordes con los riesgos de blanqueo de capitales que afronta España y con las prioridades nacionales.

La única deficiencia del sistema se observa en la fase de conclusión del proceso penal (sanciones). En particular, preocupa el nivel de las sanciones (penas de prisión y períodos de inhabilitación) que realmente se imponen en la práctica en casos graves de blanqueo de capitales, así como su efecto disuasorio y su proporcionalidad. En 2012, las penas de prisión por blanqueo de capitales eran, en promedio, de dos años. Rara vez se imponen penas de prisión superiores a cinco años (cuatro casos en 2012). Las multas parecen ser el tipo de sanción más utilizado en los procedimientos penales, y con frecuencia ascienden a millones de euros. En teoría, las multas parecen ser suficientemente disuasorias, aunque no se sabe en qué medida se abonan en la práctica. Si bien el efecto disuasorio y la proporcionalidad son siempre factores relevantes, España también presentó estadísticas e información concretas que demuestran que sus sistemas de investigación, persecución y enjuiciamiento de actividades de blanqueo de capitales están dando como resultado la desarticulación y el desmantelamiento de grupos de delincuencia organizada en España. Esta clase de resultados son los que cabría esperar de un sistema de PBC/FT que funciona adecuadamente y, por lo tanto, reducen la importancia otorgada a este factor".

Decomiso. Evaluación: Considerable

España tiene un sistema de decomiso eficaz y sólo necesita pequeñas mejoras. Según el GAFI "

La atención que presta España a las medidas cautelares y al decomiso es reflejo de sus políticas nacionales en materia de PBC/FT, y en particular de sus prioridades en la lucha contra la delincuencia organizada, incluido el blanqueo de capitales por parte de delincuentes extranjeros a través del sector inmobiliario, el blanqueo de las ganancias provenientes de delitos fiscales, y el contrabando de efectivo a gran escala. Las estadísticas muestran que los grupos de

delincuencia organizada están siendo desarticulados y privados de sus ganancias.

Se deben mejorar los mecanismos de reparto y repatriación de bienes con otros países (un aspecto que funciona relativamente bien con otros países de la UE, pero que plantea más dificultades con países no pertenecientes a la UE). Este problema queda paliado y tiene menos importancia en el contexto español porque las autoridades españolas habitualmente investigan de forma activa, persiguen y enjuician casos de blanqueo de las ganancias de delitos subyacentes cometidos en el extranjero (en lugar de optar por el enfoque más pasivo consistente en responder a las solicitudes de cooperación internacional de otros países)".

Investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos del terrorismo. Evaluación: Considerable

Según el GAFI España tiene un sistema eficaz en este apartado siendo sólo necesarias pequeñas mejoras. Lo que más se ha valorado en este caso ha sido los logros conseguidos en la investigación, persecución y enjuiciamiento de actividades vinculadas con la financiación del terrorismo tanto de ETA como de grupos terroristas islamistas. En este sentido, para el GAFI, "España es uno de los países a la cabeza de Europa con el mayor número de personas encausadas por delitos de terrorismo y de financiación del terrorismo"

Medidas preventivas y sanciones financieras en relación con la financiación del terrorismo. Evaluación: Moderada

En este ámbito, España, tiene un sistema eficaz, aunque ha de mejorar la aplicación efectiva de sanciones financieras específicas. Lo más importante es que España ha conseguido desmantelar la red

financiera de ETA. Asimismo, ha conseguido desmantelar redes de financiación de otros grupos terroristas.

Sanciones financieras relacionadas con la proliferación. Evaluación: Moderada

España tiene un sistema eficaz en este apartado ya que se realiza un seguimiento de las entidades financieras y de los sujetos no financieros obligados para comprobar si cumplen con sus obligaciones. Sin embargo, el grado de conocimiento de los riesgos relacionados con la proliferación es bajo.

5.- Normativa de prevención del blanqueo de capitales

- Real Decreto 304/2014 de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (BOE 5/5/14).

- Resolución de 10 de agosto de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 17 de julio de 2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE 23/08/12).

- Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE 29/04/10).

- Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

- Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en relación con el informe externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales.

- Directiva 2006/70/CE, de la Comisión de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de "personas del medio político" y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

- Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.

- Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

- Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador (BOE 22/01/05).

- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.

- Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

- Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993 sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 06/07/95).

- Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 29/12/93).

6.- Normativa de prevención y bloqueo de financiación del terrorismo

- Ley 12/2003 de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo

Normativa sobre movimiento de capitales

- Orden EHA 1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

- Circular 6/2001 del Banco de España, de 29 de octubre, sobre Titulares de Establecimientos de Cambio Moneda.

- Orden de 16 de noviembre de 2000 de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes.

- Resolución de 31 de octubre de 2000, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se modifica la Resolución de 9 de julio de 1996, de la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4, 5, 7 y 10 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior.

- Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito.

- Resolución de 9 de julio de 1996, de la Dirección General de Política comercial e Inversiones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4º, 5º, 7º y 10º de la Orden del Ministerio de Economía a y Hacienda, de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior.

- Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los Países o Territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

- Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior.

- Orden de 27 de diciembre de 1991 de desarrollo del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior

- Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen jurídico de Control de Cambios.