

15942 *Sala Segunda. Sentencia 169/2001, de 16 de julio de 2001. Recurso de amparo 3824/99, promovido por don Adolfo Francisco Scilingo Manzorro respecto de los Autos de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional y del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 que mantuvieron la prohibición de abandonar el territorio español y la retirada de su pasaporte.*

Vulneración del derecho a la libertad personal: falta de cobertura legal de las medidas cautelares impuestas; resoluciones judiciales desproporcionadas, porque no motivan el riesgo de fuga ni ponderan la duración de la causa.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3824/99, promovido por don Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Barragués Fernández y asistido por el Abogado don Fernando Pamos de la Hoz, contra los Autos de 19 de abril y 31 de mayo de 1999 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional y contra el Auto de 30 de julio de 1999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Han intervenido el Ministerio Fiscal; la Asociación Libre de Abogados, la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos Madrid, la Asociación Pro Derechos Humanos España, la Comisión de Solidaridad de Familiares de Presos Políticos, Desaparecidos y Muertos de la Argentina, la Asociación contra la Tortura, la Confederación Intersindical Gallega e Iniciativa per Catalunya, representados por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega y asistidos del Letrado don Carlos Slepoy Prada; doña Marta Inés del Valle Rondoletto, representada por el Procurador don José Miguel Martínez-Fresneda Gamba y asistida de los Letrados doña Virginia Díaz Sanz y don Enrique Santiago Romero; Izquierda Unida, representada por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega y asistida de los Letrados doña Virginia Díaz Sanz y don Enrique Santiago Romero; doña Marta Bettini Francese, representada por la Procuradora doña María Salud Jiménez Muñoz y asistida de la Letrada doña Carmen Lamarca Pérez; doña Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, doña Rosa Tarlovski de Roisinblit, doña Matilde Artes Company, doña María Nora Gutiérrez Penette y doña Carlota Ayub Larrousse, representadas por la Procuradora doña Esther Rodríguez Pérez y asistidas del Letrado don Jaime Sanz de Bremond y Mayáns; doña Hebe María Pastor de Bonafini, representada por la Procuradora doña Mónica Lumbreras Manzano y asistida del Letrado don Manuel Ollé Sesé; y don Guillermo Valera Laterrade, representado por el Procurador don Javier Fernández Estrada y asistido del Letrado don Guillermo Valera Laterrade. Ha sido Ponente don Julio Diego González Campos, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 17 de septiembre de 1999, el Procurador de los Tribunales don José Luis Barragués Fernández, en nombre y representación de don Adolfo Francisco Scilingo, interpuso recurso de amparo contra los Autos de 19 de abril y 31 de mayo de 1999 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que denegaron la solicitud de modificación de la medida cautelar impuesta consistente en la prohibición de abandonar el territorio español y la retirada del pasaporte, y contra el Auto de 30 de julio de 1999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó dichas resoluciones.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) En el curso de la instrucción de la causa 19/97 seguida en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional por conductas presuntamente constitutivas de delitos de terrorismo y genocidio, cometidas en Argentina y Chile durante los regímenes militares, el Juzgado decretó la prisión provisional del hoy recurrente de amparo en Auto de 10 de octubre de 1997; dicho Auto fue reformado por Auto de 18 de noviembre de 1997, que sustituyó la prisión provisional por la libertad provisional con fianza de cinco millones de pesetas, obligación de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, retirada del pasaporte y prohibición de salida del territorio nacional sin autorización expresa del Juzgado. Por Auto de 22 de diciembre de 1997, el Juzgado acordó rebajar la fianza impuesta a 500.000 pesetas ante la alegada ausencia de medios económicos del recurrente y apreciando la necesidad de que la prisión provisional no se prolongase indefinidamente.

b) El 9 de enero de 1998 la esposa de don Adolfo Francisco Scilingo solicitó al Juzgado la excarcelación sin fianza del todavía sometido a prisión provisional, dada la carencia de medios económicos para constituir la fianza. En Auto de idéntica fecha se reformó el de 22 de diciembre de 1997 y se acordó la libertad provisional con obligación «apud-acta de comparecer ante este Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designar domicilio conocido, hacer entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización al respecto».

c) La representación procesal del recurrente solicitó la modificación de la medida cautelar impuesta consistente en no permitirle abandonar el territorio español, en escrito de 25 de marzo de 1999. En Auto de 19 de abril de 1999 el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional denegó la solicitud con el siguiente fundamento jurídico único:

«Los argumentos expuestos por la representación procesal del Sr. Scilingo no pueden ser atendidos porque:

1. La prohibición de salida del territorio nacional es la única garantía que se tiene para poder mantener al imputado a disposición de la justicia española, y, para ser sometido en su día a juicio si se le procesa, como aparentemente indican los indicios que se fijaron en el auto de prisión.

2. La imputación, basada en sus propias declaraciones, para nada es difusa, sino precisa y concreta y se refiere a la presunta participación en hechos delictivos gravísimos que, integran los supuestos de genocidio, terrorismo, desaparición forzada de personas y torturas.

3. El grado de presunta responsabilidad es algo que deberá establecerse en otro momento procesal (Juicio oral), pero no es argumento para poner al imputado,

que dicho sea de paso, se sometió voluntariamente a la Jurisdicción española, fuera del alcance real de ésta.

4. El cumplimiento de órdenes delictivas no puede eximir de su presunta participación de la responsabilidad que le corresponde.

5. Si bien la posibilidad de huida es improbable, desde luego el regreso, si se le autoriza a salir del territorio nacional será imposible, porque de esa forma se eximiría de la eventual responsabilidad que aquí puede exigirse.

Vistos los artículos 528, 529, 530 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

d) Recurrido en reforma y subsidiaria apelación, fue desestimada la reforma en Auto 31 de mayo de 1999, sosteniendo que las «razones que se exponen en la resolución impugnada son de suficiente peso y sustancia para evidenciar que la medida cautelar adoptada es la mínima que se puede tomar y hacer compatible la libertad de deambulación del sujeto con su sometimiento a la jurisdicción española, que de otra forma no se podría garantizar». Paralelamente se inadmitió a trámite el recurso de apelación.

e) Recurrido en queja, la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la desestimó en Auto 30 de julio de 1999. Con carácter previo a la resolución del recurso, la Sección solicitó el preceptivo informe del Instructor, quien lo emitió en el sentido de interesar la desestimación del recurso por entender que la medida cautelar era necesaria. En el mismo trámite se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal quien interesó la estimación del recurso, solicitando al mismo tiempo que se archivase las actuaciones.

1) Respecto de la petición del Ministerio Fiscal de archivo de las actuaciones, la Sección afirmó que no podía pronunciarse sobre dicha cuestión dado que la petición excedía del contenido del recurso, pues éste sólo tenía por objeto el levantamiento de la medida cautelar concreta de prohibición de abandonar el territorio nacional: «En consecuencia, dicha petición debe de hacerse ante el Instructor y posteriormente en caso de resolución denegatoria, por vía de recurso a la Sala».

2) El mantenimiento de la medida cautelar se fundamentó razonando que «aun cuando resulta menos lesiva que la de prisión tiene también unos límites determinados por la equidad y no puede mantenerse con carácter indefinido, al menos si no va precedida o seguida de un Auto de procesamiento y en este momento procesal debiera de producirse una decisión al respecto, sin embargo ante la gravedad de los delitos que se narran aunque sea necesario que se acompañe en el futuro de un Auto de Procesamiento, si procede dictarlo, debe de acordarse por el momento para tener ciertas garantías de que el proceso llegue a su fin, mantener la medida de prohibición de abandonar el territorio nacional».

3. Las pretensiones del recurrente se centran en las vulneraciones de los derechos al Juez ordinario predeterminado por la ley en relación con el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 24.2 en relación con los arts. 24.1 y 25.1 CE), y a la libertad personal en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 17 en relación con el art. 24.1 CE).

a) Como fundamento de la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley en relación con el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 24.2 en relación con los arts. 24.1 y 25.1 CE), se aduce que la medida cautelar habría sido

dictada por un órgano manifiestamente incompetente y por unos presuntos hechos sobre los que se habría aplicado legislación de carácter punitivo de forma retroactiva. Se afirma que esta alegación se efectúa debido a las consecuencias procesales que la misma tendría en relación con el segundo de los motivos de la demanda de amparo y respecto «a la causa en su conjunto». Como argumentos que sustentan la pretensión, el recurrente hace suyos los aducidos por el Ministerio Fiscal en los distintos informes y recursos planteados en la causa respecto de la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles.

Se afirma dicha falta de competencia, en primer término, en aplicación de los principios de territorialidad, personalidad, real o de protección y de justicia universal. En primer lugar, habría de tenerse en cuenta de forma prioritaria el principio de territorialidad y la falta de competencia en aplicación de este principio ya que los hechos imputados fueron todos cometidos en Argentina; y en segundo término, se alega que no hay ciudadanos españoles que hayan provocado o inducido dichos hechos por lo que no resulta aplicable el principio de personalidad activa. En tercer lugar, tampoco aparecería respaldada la competencia por el principio de protección real, pues las figuras delictivas no se enmarcan en el ámbito de los delitos enumerados en el art. 23.3 LOPJ en aplicación del mismo.

Por último, en relación con la posible aplicación del principio de jurisdicción universal, teniendo en cuenta la eventual calificación de los hechos como genocidio o terrorismo, se comienza afirmando que «los delitos de asesinato y detención ilegal, incluido el secuestro de menores, no son, por el momento, objeto de Tratado que encomiende a las autoridades españolas su persecución penal». A ello se añade que no es posible aplicar la legislación con «trascendencia punitiva» con efectos retroactivos, de forma que, aunque los hechos fueran calificables de genocidio o terrorismo, si la atribución de competencia a la jurisdicción española es posterior a la comisión del delito, ello sería incompatible con el mandato del art. 9.3 CE. Se afirma que las normas «que hacen operativa la jurisdicción española por delitos perpetrados fuera de España no pueden tener nunca efecto retroactivo, en la medida en que entraña una extensión del ámbito de aplicación, prevalentemente territorial, de la legislación penal patria». En la medida en que los crímenes cometidos por y durante la permanencia de la Junta militar argentina fueron perpetrados entre 1976 y 1983 y la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se produjo en 1985 sin que la legislación previa atribuyera competencia a los Tribunales españoles por delitos de genocidio y terrorismo, su persecución y enjuiciamiento en España constituiría aplicación retroactiva de esta normativa.

De otra parte, se argumenta que el art. 6 del Convenio sobre prevención de los delitos de genocidio de 9 de diciembre de 1948 —del que son parte tanto España como Argentina— excluiría la competencia española al prescribir que las personas acusadas de genocidio serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio fue cometido el acto, o ante la Corte Penal Internacional competente.

Finalmente se niega que los hechos puedan ser calificados ni de delito de genocidio ni de terrorismo. De un lado, no cabría calificar los hechos de delito de genocidio ni conforme al citado Convenio ni conforme al art. 607 CP de 1995, pues ambos definen el genocidio como todo acto perpetrado con intención de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, de forma que de los datos no se deriva que los militares argentinos, cuando realizaron las acciones que se les atribuyen, estuvieran movidos por el propósito de eliminación de grupos de personas en atención a

su etnia, nacionalidad y religión, sino en razón a su ideología. Por consiguiente, se entiende que, aunque dicho exterminio no deba quedar impune, su punición no puede hacerse mediante la aplicación de la figura de genocidio, pues pretender que el art. 607 CP español alcanza a otros grupos constituye una interpretación extensiva *in malam partem*.

Sobre la posible calificación de los hechos como terrorismo se advierte, en primer lugar, que la idea que define el terrorismo es cometer delitos (asesinato, estragos...) actuando al servicio de o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La legislación española aplicable en aquella época era el Código Penal (texto refundido 1973) que enmarcaba estas conductas bajo el epígrafe de «Delitos contra la Seguridad Interior del Estado», haciendo referencia al bien jurídico como la unidad nacional, la integridad territorial, el orden constitucional o el orden público, y no el derecho a la vida y a las libertades públicas. En segundo lugar, la referencia a la seguridad interior debe entenderse como del «Estado español» y no la de otros Estados. En tercer lugar, a pesar de la gravedad de los crímenes, no cabe estimar que han sido perpetrados «por una banda armada o terrorista» en el sentido legal y jurisprudencial que la expresión tiene. Se acaba sosteniendo que «no puede decirse que una organización nacida del propio Estado, constituida por el propio ejército argentino, pueda ser —como tal organización y en el sentido técnico-jurídico— sujeto activo de los delitos de terrorismo; y en cuanto a la expresión “terrorismo de Estado” ... tampoco tiene una equivalencia jurídica -en la legislación española-...».

b) Con carácter subsidiario del anterior se alega la vulneración del art. 17 CE en relación con el art. 24 CE. En la fundamentación de esta vulneración se toma como punto de partida la jurisprudencia constitucional en materia de prisión provisional y el hecho de que la prohibición de salir de España constituye una restricción del derecho a la libertad consagrado en el art. 17 CE, de forma que la adopción y mantenimiento de esta medida cautelar no estaría fundamentada y sería, por tanto, desproporcionada.

En este marco se sostiene, en primer término, que, aunque la medida pretenda evitar la tentación de huida, no es posible la aplicación de la medida cautelar de forma mecánica con abstracción de las circunstancias personales del propio inculpado, pues los riesgos de fuga deben ponderarse en relación con otros elementos relativos a las características personales del inculpado -arraigo social, familiar, profesional, medios económicos ...-. Se alega que ha de tenerse en cuenta en relación con ello que el recurrente se presentó voluntariamente ante el órgano instructor para cooperar en la causa mediante su declaración.

En segundo término, se aducen una serie de irregularidades en cuanto a la transcripción de la declaración del recurrente, a la falta de asistencia del Ministerio Fiscal a la misma y se alega también la ausencia de responsabilidad penal del recurrente, básicamente, en atención al lugar que ocupaba en la jerarquía militar, entendiéndose que carecía de capacidad de mando, que las órdenes y la motivación de las mismas, origen de los delitos, fueron ajenas a él, y que carecía de posibilidad de valorarlas como ilícitas.

En tercer lugar, el demandante argumenta que el efecto de la medida cautelar es el de una pena anticipada, un híbrido procesal atentatorio contra los más elementales derechos, y que, al igual que en la prisión provisional, han de rechazarse las razones de prevención general y especial como fundamento de su adopción.

En cuarto lugar, se transcriben algunos de los párrafos del Auto de 18 de noviembre de 1997 que sirvieron

de fundamento al Juez de Instrucción para rebajar la prisión provisional a libertad condicional con la imposición de fianza y sometimiento a la medida cautelar hoy impugnada, para sostener que las mismas razones expuestas en ellos avalan el carácter innecesario de esta medida. Así:

«En primer lugar ha de tenerse en cuenta que la actitud de colaboración de Adolfo Scilingo demostrada en la causa ... debe tenerse en cuenta a la hora de valorar su situación personal.

En segundo lugar, no parece que el imputado suponga un riesgo grave para la instrucción sumarial al haber facilitado todos los elementos de que disponía y con el ofrecimiento de hacerlo respecto de todos aquellos de los que disponga u obtenga.

En tercer lugar, no existe riesgo de reiteración delictiva habida cuenta de que la actividad delictiva básica, aunque con trascendencia social permanente, ya concluyó hace años respecto del recurrente.

En este sentido, se atisba que el Sr. Scilingo, por el contenido de sus declaraciones, puede tener mayores riesgos en su propio país que en cualquier otro, por lo que en principio dicha posibilidad de huida se observa como improbable».

En quinto lugar, se sostiene que la gravedad del hecho y la relación que pudiera tener con la alarma social producida ni pueden fundamentar la medida cautelar, ni constituir el único criterio que sirva para acreditar la absoluta necesidad de mantenerla.

Finalmente, se alega que la medida acordada es contraria a los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, provisionalidad y proporcionalidad fijados en la STC de 26 de julio de 1995 y no se sustentaría en indicios de criminalidad.

4. Por providencia de 6 de abril de 2000, la Sala Segunda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. Acordó también, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, constando ya en la Sala las actuaciones, dirigir comunicación al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, a fin de que emplazase a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, en su caso, en el recurso de amparo y defender sus derechos.

5. Por providencia de 21 de septiembre de 2000, la Sala Segunda, acordó, en primer término, tener por personadas y parte a la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega en nombre y representación de la Asociación Libre de Abogados (ALA), la Asociación Argentina pro Derechos Humanos Madrid (AAPDHM), la Asociación Pro Derechos Humanos España (APDHE), la Comisión de Solidaridad de Familiares de Presos Políticos, Desaparecidos y Muertos de la Argentina (COSOFAM), la Asociación contra la Tortura (ACT), la Confederación Intersindical Gallega (CIG) e Izquierda Unida (IU); a la Procuradora doña Esther Rodríguez Pérez en nombre y representación de doña Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, doña Rosa Tarlovski de Roisinblit, doña Matilde Artes Company, doña María Nora Gutiérrez Penette y doña Carlota Ayub Larrousse; a la Procuradora doña Mónica Lumbreras Manzano en nombre y representación de doña Hebe María Pastor Bonafini. Acordó, también, tener por personados y parte en el procedimiento a la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega en nombre y representación de Iniciativa per Catalunya (IC) y la Federación de Asociaciones de Abogados «Libertad y Defensa», a la Procuradora doña María Salud Jiménez Muñoz, en nombre y representación de doña Marta Bettini Francesc, a la Procuradora doña Mónica Lumbreras Manzano,

en nombre y representación de doña Marta Petrone de Badillo y doña Juana Meller de Pargament, y al Procurador don José Miguel Martínez Fresneda Gamba, en nombre y representación de doña Marta Inés del Valle Rondoletto, quedando supeditado dicho acuerdo a que en los diez primeros días de los veinte otorgados para efectuar alegaciones, se presentaren escrituras de poderes originales acreditativas de las representaciones que decían ostentar.

En segundo término, se acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, para efectuar las alegaciones que estimaren pertinentes, de conformidad con lo previsto en el art. 52.1 LOTC.

Por último, se acordó poner de manifiesto a las partes personadas y al Ministerio Fiscal la existencia del posible motivo de amparo relativo a la falta de previsión legal de la garantía consistente en la retirada del pasaporte y la prohibición de abandonar el país sin autorización judicial, concediéndoles igual plazo para que formularan las alegaciones que estimaren pertinente respecto a la posible existencia de dicha vulneración (art. 84 LOTC).

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 18 de octubre de 2000, la representación del demandante de amparo efectuó sus alegaciones en relación con los dos motivos de amparo planteados en su demanda, añadiendo ulteriores razonamientos referentes al menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas que agudizarían la vulneración de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados.

En primer término, realiza una serie de consideraciones sobre el Auto de procesamiento dictado contra él de 2 de noviembre de 1999, modificado por Auto de 9 de marzo de 2000, advirtiéndole que sigue sometido a la medida cautelar de retirada de pasaporte y prohibición de salida del territorio español, de modo que llevaría treinta y seis meses sometido a distintas medidas cautelares en el momento de efectuarse estas alegaciones. Sostiene que la modificación del Auto de procesamiento sería ilegítima, desde la perspectiva del derecho de defensa, la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la seguridad jurídica, al integrar y ampliar el núcleo del relato fáctico -presuntas víctimas, secuestros, privaciones de libertad, torturas, desapariciones forzadas y apropiaciones de menores- que sustentaría las imputaciones de genocidio, torturas y terrorismo, con la excusa de haberse producido errores de transcripción, materiales o aritméticos en el de 2 de noviembre de 1999. Todo ello tendría como consecuencia la nulidad del Auto de procesamiento y dicha nulidad habría de tomarse en consideración a los efectos de la medida cautelar teniendo en cuenta el llamamiento realizado por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional al Juez de Instrucción en el sentido de que la medida cautelar debía ir acompañada del Auto de procesamiento.

En segundo lugar, en relación con la pretensión de lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, dada la falta de competencia de la jurisdicción española, además de reiterar los fundamentos expuestos en la demanda de amparo, se añade que se han iniciado en Argentina distintos procedimientos sobre los mismos hechos, de modo que ha de entenderse que la jurisdicción argentina es competente de forma preferente.

En tercer lugar, se alega que determinadas actuaciones judiciales y extrajudiciales del Magistrado-Juez que instruye la causa evidenciarían la pérdida de la necesaria y obligada imparcialidad, vulnerándose el derecho al Juez imparcial. Dicha tacha constituyó el fundamento del incidente de recusación instado, que fue inadmitido.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 24 de octubre de 2000, el Ministerio Fiscal evacuando trámite de alegaciones, interesó la estimación de la demanda de amparo por haberse vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente (art. 17.1 CE).

a) Respecto de la pretensión de lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, entiende el Ministerio Fiscal que el Tribunal no debería analizar su fondo, pues concurrirían dos causas de inadmisión que devendrían causas de desestimación, ya que ni se habría invocado previamente, ni se habría agotado la vía judicial previa [art. 44.1 a) y c) en relación con el art. 50.1 a) LOTC]. El recurrente no habría invocado esta lesión ni en el escrito de solicitud de modificación de la medida cautelar ni en los recursos instados contra su denegación. Esta falta de invocación formal de la lesión vendría, además, avalada por la propia actitud procesal del recurrente, pues el demandante acudió a declarar ante el Juez de Instrucción voluntariamente y por su propia iniciativa, de modo que esta conducta implicaría la negación misma de la pretensión de falta de competencia de la jurisdicción española. De otra parte, se advierte que, si bien la adopción de una medida cautelar precisa de las mismas condiciones que se exigen al Juez para resolver sobre el fondo del asunto, sin embargo, ello no significa que el Tribunal Constitucional pueda analizar las cuestiones relativas a la competencia en relación con las resoluciones dictadas respecto de la medida cautelar, ya que ello afectaría al núcleo de la causa, cuyo curso podría verse impulsado o detenido. Por ello, debería esperarse hasta que se dictaran las resoluciones sobre el fondo de la causa, a fin de que los Tribunales ordinarios puedan remediar la violación alegada.

b) En relación con el segundo motivo de la demanda, comienza por advertir que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos constituye una exigencia derivada de la necesaria proporcionalidad de la medida, de modo que la falta de motivación implica la lesión del derecho limitado, por lo que el canon de enjuiciamiento de esta pretensión sería la libertad misma y no el derecho a la tutela judicial efectiva. Ello no obstante, debe precisarse con carácter previo si la medida cautelar impuesta participa de la naturaleza de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, y en particular de la prisión preventiva, debiéndose exigirse los mismos requisitos que la jurisprudencia constitucional requiere para la legitimidad de su adopción. Con cita de la STC 56/1997 argumenta la parificación de la prisión preventiva con otras medidas cautelares restrictivas de la libertad, de modo que cualquier medida que la limite o restrinja sería incardinable en el ámbito de protección dispensado por el art. 17 CE. Por consiguiente, considera que han de analizarse los Autos impugnados desde la perspectiva de la concurrencia de todos los extremos que justifican dicha restricción de la libertad y desde la óptica de que la ponderación realizada sea adecuada con los fines de la institución.

Sostiene el Ministerio Fiscal que las resoluciones impugnadas realizan una adecuada ponderación de los intereses constitucionales en conflicto, ya que, de un lado, se apoyan en indicios delictivos relacionados en el Auto de 10 de octubre de 1997; de otro, la medida se fundamenta en el riesgo de que el afectado se susstraiga a la acción de la Justicia, dada su nacionalidad, la falta de objeto de su regreso a España en el caso de una previa salida del territorio español o la entidad de los delitos perseguidos, genocidio y terrorismo, que racionalmente impulsarían al encartado a alejar la hipótesis de la imposición de una pena privativa de libertad

de elevada duración. Dichas razones que justificarían el fin de la medida no resultarían alteradas ni por la mención en los Autos recurridos de la improbable huida, ni por haber prestado en un principio declaración, a la vista de la nueva actitud del declarante cuestionando la jurisdicción española y justificando la falta de responsabilidad penal en su conducta. Todo ello habría sido expuesto en el Auto de 19 de abril de 1999.

Sin embargo, el Fiscal ante este Tribunal entiende que del Auto de 30 de julio de 1999 se desprende la falta de proporcionalidad de la medida cautelar, pues el recurrente fue puesto en prisión desde el Auto de 10 de octubre de 1997 y hasta la fecha del Auto impugnado —31 de julio de 1999—, no había sido procesado, es decir, el Juez no había establecido la existencia de indicios racionales de criminalidad. Ponderando esta circunstancia con el tiempo de duración de la medida de prohibición de salida del territorio español, considera el Fiscal «desproporcionada una decisión de tal naturaleza, que coloca durante más de dos años a una persona en limitada libertad deambulatoria sin que contra ella existan declarados los mencionados indicios y sin que se conozca el tiempo que puede permanecer aún sujeta a la referida limitación». Por ello considera dicha medida lesiva del derecho a la libertad (arts. 17 y 24.1 CE).

c) Por último, en relación con la cuestión puesta en evidencia por el propio Tribunal Constitucional relativa a la falta de cobertura legal de esta medida, considera que, ciertamente, no existe cobertura legal de la misma, aunque alguna disposición la mencione, y, entiende también, que el Juez no ha compensado el déficit de regulación legal pues, como acaba de exponer, la medida es desproporcionada. Por ello, considera, en aplicación de la doctrina contenida en la STC 49/1999, que se ha producido la vulneración del art. 17 CE.

En particular, entiende que el art. 8.3 de la Ley 4/1985, de extradición pasiva, no puede considerarse habilitación legal por cuanto está prevista para los casos en que exista una Sentencia condenatoria o un mandamiento de detención firmes. Tampoco lo sería el art. 10.2 de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana, pues esta disposición «contempla la hipótesis de tal medida, que no obstante no regula, planteándose en consecuencia cuáles puedan ser los requisitos para su adopción, su extensión o alcance, o su duración». De otra parte, entiende también, que no resulta posible considerar que la regulación de la prisión provisional cubre esta medida al habilitar al Juez para la privación de libertad, de modo que pudiera entenderse que también tiene competencia el Juez para imponer medidas de menor alcance. La razón reside en que ello conduciría inexorablemente al terreno de la arbitrariedad «ya que autorizaría a cada Juez, a imponer su particular medida restrictiva de la libertad, y cuyas múltiples variantes cabe imaginar en este concreto ámbito de la limitación de la salida del territorio nacional (delimitación de presupuestos; limitación a determinadas fechas; limitación a determinados países, que por su lejanía o proximidad hicieran más o menos difícil o costoso el regreso a España para ser enjuiciado; duración temporal de la medida... etc)»; de modo que las posibles decisiones a adoptar podrían llegar a ser infinitas y resultaría imposible el control de tales medidas por un órgano jurisdiccional superior.

Lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992 se enmarca en la atribución de competencias al Gobierno a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de seguridad ciudadana, de manera que tan sólo prevé la consecuencia -no expedición del pasaporte o documento que lo supla- cuando una decisión judicial resuelva impedir la salida del territorio español a un inculpado en un proceso penal. La existencia o no de respaldo legal a dicha prohibición legal es algo ajeno a la autoridad

gubernativa que debe limitarse a dar cumplimiento a las órdenes judiciales que recibiere.

Aduce el Ministerio Fiscal también, mediante su transcripción, lo razonado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala Segunda de 15 de octubre de 1999, en el sentido de que el acuerdo de dicha prohibición puede ser constitutivo de delito de prevaricación.

Mantiene, asimismo, el Ministerio Fiscal que no puede considerarse previsión legal el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España, que en su párrafo 3 establece la posibilidad de que la puesta en libertad del sometido a prisión preventiva pueda condicionarse a una «garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio», pues, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ello ha de entenderse en el sentido de la legitimidad de las garantías que específicamente prevea cada Estado en su propio ordenamiento. En su apoyo aduce la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Toth, de 12 de diciembre de 1991, § 62, Stogmuller, de 10 de noviembre de 1969, § 15, Matznetter, de 10 de noviembre de 1969, § 11, y Tomasi, de 27 de agosto de 1992. En ellas se parte de la legitimidad de la garantía consistente en la intervención del pasaporte en la medida en que la legislación interna prevé expresamente dicha medida. Avalaría este planteamiento lo dispuesto en el art. 2 del Protocolo 4 a dicho Convenio en relación con los derechos a la libre circulación en el territorio de los Estados y al abandono de cualquier país, pues esta disposición establece que el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que las «previstas en la ley».

A la vista de la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 49/1999, en el sentido de que la falta de previsión legal de la medida restrictiva de un derecho fundamental puede ser colmada por la actuación judicial, y teniendo en cuenta que, en el caso, la prohibición de salida del territorio español carece de previsión legal y la decisión judicial no ha sido respetuosa de la proporcionalidad que ha de observarse en la limitación de los derechos fundamentales, concluye el Ministerio Fiscal la vulneración del derecho a la libertad e interesa que se otorgue el amparo solicitado.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de octubre de 2000, doña Marta Inés del Valle Rondoletto e Izquierda Unida efectuaron sus alegaciones de oposición al presente recurso de amparo. Sobre el primer motivo del recurso se sostiene que no se ha invocado la lesión en el procedimiento ordinario, por lo que el análisis del fondo de la demanda debe circunscribirse al motivo referido a la lesión del art. 17.1 CE:

a) No obstante, y para el caso de que el Tribunal Constitucional decidiera examinar el fondo del recurso, se razona la competencia y jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los hechos. En primer término, se parte de lo dispuesto en el art. 23.4 LOPJ en el sentido de que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional que sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como genocidio o terrorismo, para razonar que, efectivamente, los hechos imputados en el sumario 17/97 pueden ser calificados de delito de genocidio del art. 607 del vigente Código Penal, y 137 bis del antiguo Código Penal, a la luz de la interpretación que se ha realizado por los organismos internacionales y las distintas conferencias internacionales que han tenido lugar sobre prevención y castigo del crimen de genocidio o unificación del derecho penal, y a la luz de la interpretación del propio Tribunal Supremo español en la Sentencia de 6 de julio de 1983. Asimismo, se argumenta la posible calificación

de los hechos como delito de terrorismo a partir de la interpretación de la Asamblea General de Naciones Unidas y la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa.

En contra de considerar que los hechos sean cosa juzgada al haber sido ya juzgados en Argentina, se aduce el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que «nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Se cita también el art. 27 de la Convención de Viena que establece que ninguna parte podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

De otra parte, se alega que el propio art. 23.4 LOPJ en su párrafo g) admite la competencia española para el conocimiento de «cualquier otro [delito] que, según los Tratados y los Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España», apuntándose en este contexto la consideración delictiva de los hechos tanto en el Convenio contra la Tortura, de 10 de diciembre de 1984, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En segundo lugar, en relación con la imposibilidad de aplicación retroactiva del art. 23.4 LOPJ, se argumenta que nos encontramos ante una norma de carácter procesal, de modo que la ley aplicable es la vigente al tiempo de iniciarse las actuaciones judiciales y no al momento de cometerse los hechos. Se sostiene, además, la distinta vigencia del principio de legalidad en el ámbito procesal dada la admisión de la analogía. De otra parte, se entiende que también al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 sería competente la jurisdicción española, pues esta ley preveía en su art. 326 esta competencia para el conocimiento de los delitos contra la seguridad exterior del Estado en cuyo marco el art. 137 bis CP regulaba el delito de genocidio. Lo mismo es argumentable respecto de los delitos de terrorismo que se recogían en el Código de Justicia Militar.

Se aduce que, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional consuetudinario, los países son competentes para conocer de estos delitos, citando en este ámbito el caso Eichmann, el caso Barbie o el caso Dusko Tadic. Se afirma que los delitos cometidos bajo la dictadura militar argentina violan normas de ius cogens y que ello avalaría la jurisdicción de los Tribunales españoles. Se razona la imprescriptibilidad y la jurisdicción universal en los crímenes contra la humanidad y se fundamenta que los hechos imputados son constitutivos de crímenes contra la humanidad a partir del desarrollo internacional que ha tenido su configuración desde los Tribunales de Nuremberg hasta las discusiones de la Asamblea de Naciones Unidas sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996, y citándose precedentes sobre la cuestión, desde la Primera Conferencia de la Haya o las Convenciones de Ginebra. Con parecidos argumentos y citas se sostiene que los hechos son constitutivos de delitos de tortura de conformidad con el Derecho Internacional y citándose precedentes de su aplicación en los Tribunales norteamericanos o en el Reino Unido en el caso Pinochet. Se aduce en este contexto la falta de vigencia de las leyes de amnistía, la primacía del Derecho Internacional sobre el interno, así como el carácter imprescriptible de estos delitos en dichos casos debido al carácter de ius cogens de las normas vulneradas. Se cita en este sentido la Declaración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considerando que las leyes de punto final y

de obediencia debida así como el Decreto de indulto eran incompatibles con la Declaración Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre y con la Convención Americana de Derechos Humanos. Se razona también en este contexto la imposibilidad de aplicar la prohibición de bis in idem, si el autor del crimen contra la humanidad no ha sido juzgado debidamente y la justicia no ha obrado de manera independiente e imparcial.

En tercer lugar, se fundamenta la existencia de responsabilidad penal individual a partir de las tipificaciones realizadas en Derecho Internacional sobre los actos de preparación, conspiración, planificación, colaboración, intervención, pertenencia a organización o ejecución de los crímenes, que dan lugar a responsabilidad penal en el marco de los crímenes contra la humanidad, analizándose exhaustivamente los cargos imputados en el Proceso de Nuremberg y comparándolos con los hechos imputados en el sumario 17/97: así, lo sucedido en la Escuela Mecánica de la Armada y los métodos utilizados para secuestrar y hacer desaparecer personas, apropiación de niños, operaciones en el exterior del país y otros. Se expone la evolución del Derecho Internacional con posterioridad a los Tribunales de Nuremberg en cuanto a la tipificación de los hechos que dan lugar a responsabilidad penal individual, por ejemplo, en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el caso Tadic y en otros.

b) Sobre la vulneración del derecho a la libertad, se sostiene que, a la vista de la gravedad de las imputaciones, la prohibición de salida del territorio español constituía la medida cautelar menos gravosa para el afectado capaz de garantizar que estuviera a disposición de la justicia española. De otra parte, se entiende que, a pesar de lo alegado en la demanda, sí se imputan hechos concretos y que no es posible apreciar la eximente de obediencia debida. Finalmente se afirma que la actitud de colaboración con la justicia que se alega ha cesado, de modo que ello avala la existencia de riesgo de fuga del recurrente.

9. Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de octubre de 2000, evacuó trámite de alegaciones doña Marta Bettini Francese. Respecto de la alegación de falta de competencia de los Tribunales españoles, sostiene que el motivo debe inadmitirse de plano ya que el demandante de amparo no impugnó dicha cuestión cuando fue decidida por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 4 de noviembre de 1998, y porque tampoco ha sido alegado en los escritos y recursos relativos a la medida cautelar impugnada. En cuanto al fondo de la cuestión se entiende que es competente la jurisdicción española en atención a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, aplicando el principio real o de protección de intereses entendiendo que los hechos serían constitutivos de los delitos de genocidio, que era un delito integrado entre los relativos a la seguridad del Estado, así como de terrorismo. En relación con la alegada lesión del derecho a la libertad, se entiende que la medida cautelar no afecta a este derecho, sino que afectaría al derecho a la libre circulación consagrado en el art. 19 CE. De otra parte se razona que las normas procesales, si bien no de forma expresa, dan cobertura legal a esta medida ya que al autorizar a la imposición de la medida más gravosa, la privación de libertad, también autorizan la restricción de un aspecto de esa libertad. Aparece no obstante de forma expresa esta medida en la Ley de Extradición Pasiva en su art. 8.3, de modo que cabría realizar una interpretación analógica de la misma que no estaría prohibida por resultar de entre todas las medidas la más favorable al reo.

10. Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de octubre de 2000, presentaron sus alegaciones doña

Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, doña Rosa Tarlovski de Roisinblit, doña Matilde Artes Company, doña María Nora Gutiérrez Penette y doña Carlota Ayub Larrousse:

a) En relación con el primer motivo de amparo se sostiene que se trata de resoluciones interlocutorias que no pueden ser objeto de amparo, que no consta invocada en vía jurisdiccional previa la infracción del precepto constitucional y que no se ha agotado la vía judicial previa. Se entiende que el recurrente no impugnó la competencia cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 4 de noviembre de 1998 declaró la competencia de la jurisdicción española, cuando el procesado ya era parte en el procedimiento en aquel momento. Se señala también que el demandante todavía puede plantear el motivo en el proceso de origen entre los artículos de previo pronunciamiento, en el propio juicio oral y en el recurso de casación.

b) Respecto de la pretensión de vulneración del art. 17 CE, se advierte, en primer término, que la demanda no precisa qué apartado concreto de esta disposición entiende vulnerado. Considera que no consta que haya denunciado esta lesión, y que carece de forma manifiesta de contenido, pues estas medidas no afectan al derecho a la libertad, sino a la libertad de circulación del art. 19 CE, que es un derecho que se refiere exclusivamente a los españoles. De otra parte, se sostiene que esta medida debió recurrirse cuando se impuso en el Auto de 10 de octubre al rebajarse la prisión provisional a libertad provisional con fianza y sometimiento a las medidas cautelares.

c) En relación con la falta de previsión legal de las medidas, afirma que, aunque hubiera sido más deseable que el legislador hubiera establecido un catálogo de medidas cautelares sustitutivas de la prisión provisional, sin embargo, existe previsión legal suficiente, y que dicha normativa, de un lado, no contradice ni la Constitución, ni la legislación internacional, y, de otro la adopción de la medida en el caso concreto está justificada y es proporcionada.

En primer término, se afirma que el motivo no debería ir referido al art. 17 CE, sino al art. 19 CE que garantiza la libre circulación, y que ello repercute no sólo en su menor protección, sino también en que, mientras el derecho a la libertad se refiere a «toda persona», el derecho a la libre circulación se adscribe a «los españoles». De modo que el recurrente, de nacionalidad argentina, no estaría amparado por el art. 19 CE.

En segundo lugar, se sostiene que la cobertura legal de esta medida se encuentra en el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 29 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que prevé que los extranjeros que se encuentren en territorio español no podrán ser privados de la documentación que acredite su identidad «salvo en los mismos supuestos previstos para el documento nacional de identidad», en el art. 10.2 de la misma Ley, que establece que la autoridad judicial puede prohibir la expedición de pasaporte o la salida de España respecto de quien «se halle inculcado en un proceso penal».

También constituiría cobertura legal la Ley de Extranjería y su Reglamento, vigentes en ese momento, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y Real Decreto 155/1996, de 2 febrero. De un lado, el art. 21.2 de la Ley establecía que «cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves... el Juez podrá autorizar... su salida de España», de modo que en los casos de delitos graves no podría otorgar dicha autorización. De otro, el art. 21.4 de la Ley y el art. 121 del Reglamento establecen la posibilidad de que el Ministro del Interior imponga tal prohibición de salida. Finalmente, el art. 67 del Reglamento prevé

la posibilidad de imponer dichas prohibiciones como medidas de seguridad. Se añade en este marco que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España no ha variado la situación legal, ya que su art. 5 dispone que «los extranjeros que se hallan en España... tendrán derecho a circular libremente por territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado», reiterando su art. 26.1 que «las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente ley». Respecto de la retirada del pasaporte el art. 4, establece la posibilidad de su privación en los supuestos previstos en esta Ley y en la Ley Orgánica 1/1992.

Se alega, también que la prohibición de salida al extranjero se encuentra prevista en el Reglamento del Servicio Militar en su art. 9 g).

Sobre la constitucionalidad de dichas previsiones legales se advierte que estas normas fueron acordadas mediante Ley Orgánica, respetando lo previsto en el art. 81.1 CE y que no suscitaron dudas al Tribunal Constitucional ni en la STC que ponderó la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/1992, ni en las SSTC 108/1984, 66/1989, 56/1997, 72/2000 que se ocuparon de estas medidas cautelares. Asimismo, se sostiene que tampoco le suscitan dudas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, si bien no ha abordado directamente la cuestión, sí se ha referido tangencialmente a ellas.

Finalmente, se afirma que la medida es absolutamente proporcionada y está justificada, pues es la medida menos gravosa que puede evitar la fuga del procesado del territorio español. Esta probabilidad de huida relevante derivada de que el procesado trata por todos los medios de evitar la jurisdicción de los Tribunales españoles y de que su huida a Argentina implicaría su impunidad, ya que las autoridades argentinas se han negado a colaborar con el Juez Instructor desoyendo las comisiones rogatorias enviadas y dado que en Argentina las leyes de impunidad avalarían la impunidad del procesado.

A mayor abundamiento se entiende que si no es posible dictar esta medida cautelar todos los extranjeros sujetos a procedimiento en España serían sometidos a prisión provisional, por lo que las medidas cautelares serían más gravosas.

Se realizan, por último, una serie de consideraciones sobre la existencia de normas de carácter internacional que avalarían la adopción de estas medidas cautelares en casos en los que existe un mandato de ejercicio de jurisdicción universal. En este marco se citan: el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prevén la posibilidad de supeditar la libertad provisional a una garantía que asegure la comparecencia del acusado en el juicio, si bien ninguna de estas normas precisan cuáles pueden ser estas garantías; el art. 16 del Convenio Europeo de Extradición que autoriza a los Estados a tomar las medidas necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada y el art. 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva que prevé la posibilidad de dejar en libertad al detenido «adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga: ... orden de no ausentarse en un lugar determinado sin la autorización del Juez, ... retirada de pasaporte...»; el art. 6.1 de la Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984 que establece la posibilidad de adoptar la detención u «otras medidas para asegurar su presencia», «de conformidad con las leyes de tal Estado»; el art. 68 del Acuerdo de adhesión al Convenio de Schengen de 14

de junio de 1985, que también prevé la posibilidad de adoptar otras medidas subsidiarias a la detención preventiva que garanticen la permanencia de la parte requerida en los casos de huída para evitar el incumplimiento de una pena o medida privativa de libertad.

En relación con el principio de jurisdicción universal, esta medida cautelar se encontraría prevista en las normas que integran el mandato de ejercer tal jurisdicción universal, como instrumento para su efectividad y que específicamente prevén la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar la presencia en juicio del inculcado y para permitir o facilitar su enjuiciamiento y castigo. En este contexto se citan: el art. 6.1 de la Convención contra la Tortura; el art. 14 f) de la Declaración sobre Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/Res/47/133), el principio núm. 1 de los Principios de Cooperación Internacional en la identificación, detención y extradición de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, se razona que el recurrente es un criminal internacional al que se le imputan los delitos más graves que se pueden cometer y que su carácter delictivo queda avalado a nivel internacional con independencia de la consideración de los hechos en la legislación de su país, pues el art. 7.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sentido similar, establecen que «el presente artículo [referido al principio de legalidad] no impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

11. Por escrito registrado en este Tribunal el 26 de octubre de 2000, efectuaron sus alegaciones la Asociación Libre de Abogados (ALA), la Asociación Argentina Pro Derechos Humanos Madrid (AAPDHM), la Comisión de Solidaridad de Familiares de Presos Políticos, Desaparecidos y Muertos de la Argentina (COSOFAM), la Asociación contra la Tortura (ACT), la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), Iniciativa per Catalunya (IC) y la Confederación Intersindical Gallega (CIG).

a) En relación con el primer motivo de amparo se sostiene que se trata de resoluciones interlocutorias que no pueden ser objeto de amparo, que no consta invocada en vía jurisdiccional previa la infracción del precepto constitucional y que no se ha agotado la vía judicial previa. Se entiende que el recurrente no impugnó la competencia cuando el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró, por unanimidad, la competencia de la jurisdicción española, cuando el procesado ya era parte en el procedimiento en aquel momento. En cuanto al fondo del motivo se manifiesta que la cuestión ha recibido cumplida respuesta pormenorizada en las distintas resoluciones que desestimaron los recursos interpuestos por el Fiscal en la causa, en particular en el Auto de 20 de septiembre de 2000.

b) En relación con el segundo motivo, se sostiene que no consta alegada la infracción constitucional. En cuanto al fondo, entiende que es evidente que el recurrente carece de arraigo social y familiar en España y que por dicha razón y la existencia de riesgo de fuga se opusieron al acuerdo de libertad provisional. De otra parte, se entiende que se imputan hechos concretos y que no es posible apreciar la eximente de obediencia debida. Finalmente, se afirma que ya no existe la actitud de colaboración con la justicia que se alega.

c) En cuanto a la falta de previsión legal de la medida, las alegaciones efectuadas son idénticas a las rea-

lizadas en el escrito de 23 de octubre que encabeza doña Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, por lo que en este punto resulta suficiente una remisión al antecedente anterior.

12. Por escrito registrado en este Tribunal en idéntica fecha, presentó sus alegaciones doña Hebe María Pastor de Bonafini. Las alegaciones realizadas sobre los dos primeros motivos de la demanda son idénticas a las efectuadas en el escrito de 26 de octubre de 2000 encabezado por la Asociación Libre de Abogados (ALA), por lo que nos remitimos al antecedente anterior apartados a) y b). Las alegaciones sobre el motivo consistente en la falta de previsión legal de la medida cautelar son idénticas materialmente a las expuestas en el escrito de 23 de octubre de 2000 encabezado por doña Enriqueta Estela Barnes de Carlotto, a pesar de exponerse en distinto orden, por lo que nos remitimos al antecedente 11 apartado c).

13. La Sala Segunda, por providencia de 7 de noviembre de 2000, acordó incorporar a las actuaciones los escritos presentados por los Procuradores don José Miguel Martínez Fresneda Gamba, doña Isabel Cañedo Vega, don Javier Fernández Estrada y doña María Salud Jiménez Muñoz, adjuntando escrituras de poder acreditativas de las representaciones que decían ostentar. Asimismo, no habiéndose acreditado por la Procuradora doña Isabel Cañedo Vega su representación respecto de la Federación de Asociaciones de Abogados «Libertad y Defensa», ni por la Procuradora doña Mónica Lumbreras Manzano, la representación que dijo ostentar respecto de doña Marta Petrone de Badillo, ni respecto de doña Juana Meller de Pargament, acordó tener por decaídos en su derecho a personarse en el presente recurso a dichos codemandados.

14. Por providencia de 12 de julio de 2001, se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige contra los Autos de 19 de abril y 31 de mayo de 1999 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que denegaron la solicitud de modificación de la medida cautelar impuesta en el procedimiento 17/97, consistente en la libertad provisional con prohibición de abandonar el territorio español y retirada del pasaporte, y contra el Auto de 30 de julio de 1999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó dichas resoluciones. A ellas se atribuye la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) en relación con el principio de legalidad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el principio de irretroactividad de las disposiciones no favorables restrictivas de derechos individuales (arts. 24.1 y 25.1 CE), al entender que los Tribunales españoles carecen de competencia para el conocimiento de los delitos que se imputan al recurrente; así como la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por considerar que las decisiones judiciales relativas a dicha medida cautelar carecen de motivación y son, en consecuencia, desproporcionadas.

Objeto de esta demanda de amparo es, asimismo, la eventual lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) debido a la ausencia de previsión legal de la medida cautelar impuesta, cuestión sometida por este Tribunal, en uso de la atribución conferida al efecto por el art. 84 LOTC, a las partes personadas para que alegaran lo que estimaren pertinente. Pero no constituyen

objeto del presente amparo las alegaciones añadidas por el recurrente en el escrito de 18 de octubre de 2000, referidas a los eventuales menoscabos de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso sin dilaciones indebidas, fundamentadas en relación con el Auto de procesamiento dictado el 2 de noviembre de 1999 y el Auto de 2 de noviembre de 1999 que modifica el anterior. Pues, como este Tribunal tiene declarado, es el escrito de la demanda de amparo y no el de alegaciones el que fija el objeto del amparo cuyo otorgamiento se solicita (por todas SSTC 30/1989, de 7 de febrero, FJ 1; 2/1990, de 15 de enero, FJ 1; 132/1991, de 17 de junio, FJ 2; 185/1996, de 25 de noviembre, FJ 1; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 3).

A todo ello se oponen todas las partes personadas con la excepción del Ministerio Fiscal, quien interesa la estimación de la demanda de amparo ya que considera que se ha vulnerado el derecho a la libertad personal del recurrente, en virtud de la ausencia de previsión legal y de proporcionalidad de la medida cautelar.

2. Como ha quedado expuesto con detalle en los antecedentes, el demandante alega la lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) al entender que la jurisdicción española no es competente para el enjuiciamiento de los delitos que se le imputan de terrorismo, genocidio y torturas cometidos en el período de gobierno de la Junta Militar Argentina. Todas las partes personadas coinciden en señalar la existencia de una causa de inadmisión de esta pretensión, consistente en la falta de invocación en la vía judicial previa del derecho que se pretende vulnerado [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC], pues ni en la solicitud de modificación de la medida cautelar ni en los recursos instados contra las resoluciones adoptadas respecto de la misma se alegó la lesión del derecho fundamental. Es más, el Ministerio Fiscal añade que la falta de invocación formal del derecho resulta corroborada por la actitud procesal del recurrente de amparo, quien, con su presencia voluntaria ante el Juez de Instrucción para declarar sobre los hechos objeto de la causa 17/97, evidenció su reconocimiento de la competencia de los Tribunales españoles para enjuiciar estos hechos.

Pues bien, ha de otorgarse la razón a quienes se oponen a la admisión de este motivo de amparo. De la lectura de las actuaciones —en particular, de los escritos de solicitud de modificación de la medida cautelar, de petición de autorización de salida del territorio, y de los recursos contra las resoluciones relativas a dicha medida— se desprende, ciertamente, que el recurrente no puso de manifiesto ante el órgano judicial la lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Por consiguiente, ha de desestimarse esta pretensión, en aplicación de nuestra doctrina sobre la falta de invocación del derecho que se considera vulnerado en la vía judicial previa (por todas SSTC 1/1981, de 26 de enero, FJ 4; 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 201/2000, de 24 de julio, FJ 3, con amplio resumen de la jurisprudencia constitucional), lo que hace innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre la eventual concurrencia de los otros óbices procesales que las partes alegan, e impide el examen del fondo de la cuestión.

3. Si bien la segunda vulneración alegada en la demanda se centra en la lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), que el recurrente fundamenta con base en la falta de motivación y ausencia de proporcionalidad de la medida impuesta, sin embargo, su examen se efectuará con posterioridad a la cuestión relativa a la falta de cobertura legal de la medida acordada, puesta de relieve por este Tribunal a las partes, pues la ausencia de previsión legal

de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado (SSTC 52/1995, de 23 de febrero, FFJJ 4 y 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y es condición previa imprescindible de la legitimidad constitucional de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

Ahora bien, con carácter previo, se ha de precisar si nos encontramos ante un supuesto de afeción del derecho a la libertad y seguridad personal protegido en el art. 17.1 CE o si, como sostiene alguna de las partes personadas, se trata de una medida que afecta a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE sólo para los españoles, de modo que, la medida cautelar impuesta, al haber sido adoptada respecto de un nacional de otro país, no podría constituir violación alguna de este derecho fundamental.

4. Los argumentos que sustentan esta fundamentación desestimatoria de la pretensión se asientan en dos premisas que no pueden ser compartidas por este Tribunal: la absoluta exclusión de los nacionales de otros Estados del ámbito de protección del art. 19 CE y la autonomía de la prohibición de salida del territorio español y la retirada del pasaporte en cuanto medida limitativa de los derechos del demandante de amparo.

a) En primer término, el hecho de que el art. 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita. En la STC 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2), sostuvimos que «la inexistencia de declaración constitucional que proclame la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema... La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley... Y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE... Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19» (en sentido similar SSTC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 86/1996, de 21 de marzo, FJ 2; 24/2000 de 31 de enero, FJ 4). De suerte que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos.

Desde esta perspectiva, la pretensión de amparo, para alcanzar la conclusión de que los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4) requeriría, más allá de la conclusión desestimatoria extraída por alguna de las partes, analizar si el derecho a la libre circulación está reconocido con carácter general en alguna ley interna o en algún tratado internacional suscrito y ratificado por España; y a este fin, cabe constatar que el art. 20

de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente en el momento de adoptarse las resoluciones impugnadas, disponía que «las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente —salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley». De modo que, sentado lo que antecede, la constitucionalidad de la prohibición de salida del territorio español del demandante de amparo, que llegó a España de forma lícita para declarar voluntariamente en el procedimiento 17/97, en cuanto medida limitativa de su derecho a la libre circulación, precisaría examinar también si constituye una limitación prevista en la ley y si es proporcionada y necesaria, ya que, en todo caso, no podemos olvidar que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable (por todas STC 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4). Así lo hemos declarado también específicamente respecto de las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3). Todo ello, no obstante, con independencia de que si se llegara a la conclusión de que la medida impuesta afecta a la libre circulación de las personas, las exigencias de previsión legal y proporcionalidad debieran ser analizadas desde la perspectiva de un canon diferente al requerido por el derecho a la libertad personal.

b) En el caso analizado, la prohibición de salida del territorio español y la consecuente retirada del pasaporte no constituye una medida autónoma, sino una de las garantías que integran la medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, esto es, la libertad provisional. En efecto, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional dictó Auto de prisión provisional del recurrente, que fue sustituido por su libertad provisional con fianza, obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, designación de domicilio conocido, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización judicial. Tras alegar la ausencia de medios económicos, el Juzgado acordó la libertad provisional sin fianza, manteniendo el resto de las condiciones que garantizan la futura presencia del recurrente en el juicio. De modo que la determinación del derecho que resulta afectado no puede realizarse sin tener en cuenta la vinculación de la prohibición de salida del territorio español y la retirada del pasaporte con la libertad provisional y con la prisión provisional, pues aquélla se impuso como garantía que integra la libertad provisional adoptada como medida cautelar de carácter personal sustitutiva de la prisión provisional.

Así, este Tribunal ha declarado que la libertad provisional con o sin fianza, en cuanto medida cautelar de naturaleza personal, implica una restricción de la libertad personal (SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7), de modo que ello tiene como consecuencia que «las restricciones a la libertad personal en que puedan traducirse las diversas medidas cautelares deben, ciertamente, ser contrastadas con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE)» (STC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9). Pero además, este Tribunal ha afirmado también que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan la imposición de una fianza, cuando sustituye la prisión provisional o permite eludir, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento (así, de forma implícita ya en la STC 108/1984, de 26 de noviembre,

FFJJ 4 y 6; 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, en relación con el denominado arresto del quebrado; 66/1989, de 17 de abril, FJ 5; 85/1989, de 10 de mayo; explícitamente en las SSTC 127/1984, de 28 de diciembre, FJ 5; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; AATC 336/1995, de 11 de diciembre; 158/2000, de 15 de junio, FJ 2).

Por consiguiente, la legitimidad constitucional de las resoluciones impugnadas ha de examinarse desde la óptica impuesta por el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, ya que, con independencia del contenido material de la garantía acordada, es decir, del derecho restringido por la condición que asegura la presencia en juicio del sometido a ella, lo que define el ámbito de protección constitucional es el tratarse de una condición impuesta como garantía que integra la medida cautelar de carácter personal, que, además, sustituye a la prisión provisional. El propio carácter restrictivo de la libertad personal de la medida cautelar —la libertad provisional— y su carácter sustitutorio de la prisión provisional, es decir, la posibilidad de que mediante el incumplimiento de la condición se reinstaure la misma, son los rasgos que avalan la afección del derecho a la libertad personal del demandante de amparo en este caso y delimitan el marco de análisis de las resoluciones impugnadas.

5. Despejadas las dudas de las partes sobre esta cuestión, se ha de proceder a examinar la existencia o no de cobertura legal de la medida restrictiva de la libertad personal, con independencia de que esta posible lesión no se haya alegado en la demanda, ni sobre ella se haya manifestado el recurrente una vez sometida a su consideración por este Tribunal, pues el art. 84 LOTC le permite el examen de oficio de otros motivos distintos de los alegados en los procesos constitucionales, habilitando un trámite cuya finalidad reside en asegurar la contradicción de las partes sobre los eventuales motivos de admisión o estimación, por lo que constituye garantía frente a la indefensión de las partes y del Ministerio Fiscal (por todas STC 2/1984, de 18 de enero, FJ 1).

En su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal interesa la estimación de este motivo de amparo al entender que, a pesar de las referencias contenidas en el art. 8.3 de la Ley 4/1985, de Extradición Pasiva, en los arts. 10 y 11 de la Ley 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, o en el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esta medida carece de cobertura legal. Las otras partes personadas se oponen a la estimación de esta pretensión, aduciendo como cobertura legal existente, en síntesis: a) Las normas que regulan la prisión provisional, pues en la medida en que autorizan al Juez para la imposición de la medida más gravosa —la privación de libertad—, ha de considerarse que autorizan también la restricción de un aspecto de la libertad; b) El art. 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva, o una norma creada a partir de su interpretación analógica; c) La legislación en materia de seguridad ciudadana, así el art. 11 en relación con el art. 10.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana; d) En el marco de la legislación en materia de extranjería, Ley Orgánica 7/1985 y su Reglamento (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) se citan el art. 21.2 de la Ley a sensu contrario, el art. 21.4 de la misma Ley, y los correspondientes arts. 67 y 121 del Reglamento. Asimismo se mencionan los arts. 4, 5 y 21.6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; e) El art. 9 g) del Reglamento del Servicio Militar; f) Finalmente se citan normas de carácter internacional. Así: el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 16 del Convenio Europeo de Extradición, el art. 6.1 de la Convención contra la Tortura de 10

de diciembre de 1984, el art. 14 f) de la Declaración sobre Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el art. 68 del Acuerdo de Adhesión al Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985.

El examen de la lesión del derecho a la libertad personal, dada la posible falta de cobertura legal de la medida restrictiva de este derecho impuesta, requiere dos precisiones previas relativas al objeto de examen. En primer término, a la luz de la heterogeneidad y multiplicidad de las normas citadas por las partes como eventuales coberturas normativas de la medida, ha de señalarse que, en el examen de esta vulneración, este Tribunal debe ceñirse a analizar las normas que la autoridad judicial actuante considera que habilitan su intervención, pues no podemos olvidar que nos encontramos ante un recurso de amparo cuyo objeto es un concreto acto de un poder público, materializado en determinadas resoluciones judiciales relativas a la citada medida cautelar, y que su pretensión fundamental reside en su anulación; de modo que el análisis de la lesión del derecho no puede realizarse haciendo abstracción del contenido de dichas resoluciones, emprendiendo este Tribunal una tarea, para la que carece de competencia, de análisis del ordenamiento jurídico español en su conjunto. Ello, no obstante, sin perjuicio de lo que este Tribunal puede considerar pertinente manifestar en relación con las disposiciones apuntadas por las partes, a los efectos de dar una respuesta a quienes tienen, y han manifestado ante este Tribunal, un interés legítimo en oponerse al presente recurso de amparo.

La segunda precisión necesaria reside en la delimitación de la medida cautelar impuesta. Como acabamos de señalar a los efectos de identificar el derecho fundamental afectado, no estamos ante una medida impuesta como medida cautelar autónoma, sino ante una de las condiciones que integran la libertad provisional. De manera que la medida cautelar es la libertad provisional sin fianza y condicionada a específicas cautelas, consistentes en la obligación *apud acta* de presentarse semanalmente ante el Juzgado y siempre que fuere llamado, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización. En definitiva, libertad provisional y condicionada a estar a disposición del órgano judicial.

6. Las resoluciones impugnadas citan como normas aplicables las siguientes: en el Auto de 19 de abril de 1999, los arts. 528, 529, 530 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en el Auto de 31 de mayo de 1999, los arts. 528 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; mientras que en el Auto de 30 de julio de 1999, no se cita ninguna disposición legal. Por consiguiente, son estas disposiciones las que han de ser objeto de examen a los efectos de dilucidar si prevén la medida cautelar consistente en la libertad provisional con prohibición de salida del territorio nacional y retirada de pasaporte.

A tal efecto, hemos de recordar que, con carácter general, hemos declarado que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. Así, lo hemos afirmado, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4) el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), o el derecho a la libertad

personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2). Lo que se corrobora en atención a lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad y vida privada (SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, § 66 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, § 46; de 16 de febrero de 2000, caso Amann, §§ 50, 55 y siguientes; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru, § 52 y siguientes) o el derecho a la libertad de expresión (Sentencias de 27 de abril de 1995, caso Piermont, § 63 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso Rekveny, § 34; de 25 de noviembre de 1999, caso Hashman y Harrup, § 31).

En la STC 49/1999 sostuvimos que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución Española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “única y exclusivamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)» [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4].

Por consiguiente, como afirmamos en la citada Sentencia, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del poder público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (FJ 4).

En relación con la insuficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, señalamos que si bien constituye una vulneración autónoma e independiente de cualquier otra del derecho fundamental, que sólo el legislador puede remediar, ya que la insuficiente adecuación del ordenamiento a los requerimientos de certeza crea para los hipotéticos destinatarios de las medidas «un peligro en el que reside dicha vulneración», no implica por sí misma necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales, siempre que éstos hubieran actuado en el caso concreto respetando las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5). En cuanto al canon de la previsibilidad, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio (SSTEDH, 26 de abril de 1979, caso Sunday Times, § 49; 25 de marzo de 1983, caso Silver, § 85 y siguientes; 2 de agosto de 1984, caso Malone, § 66 y siguientes; de 24 de abril de 1990, caso Kruslin y Huvig, § 27 y siguientes; de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, § 46 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso Rekveny, § 34; de 25 de noviembre de 1999, caso Hashman y Harrup, § 31; de 16 de febrero de 2000, caso Amann, §§ 50, 55 y siguientes; de 4 de mayo de 2000, caso

Rotaru, § 52 y siguientes), una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad.

En síntesis, las disposiciones alegadas deben ser examinadas desde la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales: la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica.

7. Hecha la anterior precisión, el análisis de la existencia de una específica cobertura legal de la medida debe partir, como antes se ha dicho, del contenido de las normas que regulan la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es de sus arts. 528 y siguientes y de las disposiciones concordantes relativas también a la libertad provisional sustitutiva de la prisión provisional (art. 504 LECrim), que son aquéllas a las que se ha hecho referencia en las resoluciones judiciales impugnadas.

Pues bien, sin necesidad de reproducirlas, su lectura pone de relieve que la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita a los órganos judiciales para acordar la libertad provisional como medida autónoma (arts. 528 y siguientes), y como medida sustitutiva de la prisión provisional (art. 504, párrafo 2). Al igual que nos muestra, de un lado, que esta Ley autoriza al Juez a imponer, con carácter facultativo y dependiendo de las circunstancias concurrentes, dos tipos de garantías, la fianza (art. 529) y la privación provisional del uso del permiso de conducir con retirada del documento acreditativo del mismo (art. 529 bis). De otro, que el órgano judicial debe imponer al procesado la obligación de comparecencia ante el Juzgado *apud acta* tanto si se encuentra en libertad provisional con fianza como sin sujeción a fianza. En suma, constituyen la genérica habilitación normativa con rango de Ley que la restricción judicial del derecho fundamental a la libertad personal consistente en la libertad provisional condicionada a permanecer a disposición de los órganos judiciales requiere. Pero es evidente que no contienen una habilitación legal específica en cuanto a la prohibición de que los extranjeros abandonen el territorio nacional y la retirada del pasaporte, que es lo que se cuestiona por el recurrente en el presente caso.

8. De otra parte, en respuesta a las alegaciones de los intervinientes en este proceso constitucional, cabe señalar, además, que ninguna de las disposiciones mencionadas en sus respectivos escritos cumple la triple exigencia que la previsión legal de una medida restrictiva de derechos fundamentales precisa.

a) En primer lugar, no pueden constituir cobertura legal específica todas las normas citadas por las partes carentes del rango de Ley requerido por el art. 53.1 CE (por todas STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4). Como es el caso de los Reglamentos en materia de Extranjería o Servicio Militar, o las Declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, ni las normas que no estaban en vigor en el momento de adoptarse la medida —Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En segundo lugar, tampoco pueden considerarse cobertura legal específica aquellas disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial, o aquéllas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar esta medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes. Como es el caso de las normas de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que habilitan al Ministro del Interior para imponer la prohibición de salida del territorio español en ciertos casos, y la Ley de Extradición Pasiva. Pues basta reparar, en cuanto a la primera, que no autoriza a los órganos judiciales, ya que su art. 10.2 sólo habilita a la autoridad administrativa, que tiene competencia para expedir documentaciones, para negar su expedición, siempre que la prohibición de expedición del documento o de salida de España haya sido acordada por el órgano judicial en un proceso penal en el que el interesado está inculcado. Lo que presupone una remisión a la legislación procesal penal, cuando ésta, como antes hemos visto, no contiene una habilitación específica. En cuanto a la segunda, que si bien, ciertamente, contiene en su art. 8.3 una habilitación expresa y precisa para adoptar esta medida cautelar en el seno de un procedimiento de extradición y a los efectos de garantizar este procedimiento y la entrega del extraditable, no lo es menos que el recurrente no se encuentra sometido a ningún procedimiento de extradición, de modo que queda fuera del ámbito de esta específica habilitación y previsión legal. Finalmente, tampoco ninguna de las normas de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos o la Convención sobre la Tortura aporta la previsión legal a los efectos analizados, dado que es la legislación interna de los Estados Parte la que ha de prever las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales (por todas SSTEDH de 2 de agosto de 1984, caso Malone, § 67; 30 de julio de 1998, caso Valenzuela, § 46), y dado que dichas normas simplemente establecen que los Estados pueden prever medidas tendentes a asegurar la sujeción del encausado al proceso sin precisar cuáles puedan ser estas medidas en cada Estado; materia cuya regulación queda a la discreción de los Estados que la precisarán en sus respectivas legislaciones.

b) Por razones similares ha de negarse también que el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España constituya una habilitación para adoptar esta medida cautelar en un proceso penal. Dicho art. 21.2. dispone que «cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el juez podrá autorizar, previa audiencia del fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...». Si bien podría entenderse, en una interpretación a contrario, que esta disposición autoriza para prohibir la salida de España en caso de delitos graves, esta opción interpretativa se desvanece desde el momento en que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal evidencia la falta de autonomía de esta concreta habilitación al Juez para autorizar la salida. De modo que si la autorización para la salida, en caso de estar encartado el afectado en un procedimiento por delitos menos graves, queda supeditada a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por las mismas razones está partiendo esta disposición de que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal es la que habilita para prohibir la salida de los extranjeros encartados en procedimientos por delitos graves. Por tanto, y como no podía ser de otro modo en atención a sus

específicas finalidades regulativas de la situación administrativa de los extranjeros en España, la legislación de extranjería no contiene habilitación legal al margen de lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda prever para que, en el seno de un procedimiento penal, el órgano judicial pueda acordar el condicionamiento de la libertad provisional del extranjero a la prohibición de salida del territorio nacional.

De lo que resulta, en suma, que ninguno de los preceptos de la Ley de Seguridad Ciudadana y de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España contiene una autónoma autorización legal para que los órganos judiciales puedan acordar esta medida en el curso de un procedimiento penal, sino que, en todo caso, parten de su existencia en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Descartado que dicha expresa y específica habilitación se encuentre en las normas que regulan la libertad provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, restaría sólo por analizar si las normas concordantes con éstas y relativas a la regulación de la prisión provisional constituyen una suficiente cobertura legal, en el entendimiento de que estas disposiciones, que habilitan específicamente para adoptar la medida cautelar más restrictiva del derecho a la libertad personal, aportan paralelamente cobertura legal para que los órganos judiciales acuerden medidas cautelares menos restrictivas del propio derecho a la libertad personal. Ahora bien, tampoco puede ser positiva la respuesta en este caso.

En efecto el razonamiento *ad maiore ad minus* sólo serviría para admitir, en su caso, que los preceptos relativos a la prisión provisional suponen la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental, al igual que hemos afirmado que contiene la normativa relativa a la libertad provisional; pero, como afirma en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, no permite sostener que dicho conjunto de disposiciones aporta la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere, como hemos declarado (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4). Es decir, dicha genérica habilitación legal seguiría siendo insuficiente desde la perspectiva de la calidad de ley exigida para la protección del derecho fundamental a la libertad personal, dado que no prevé específicamente como garantía de aseguramiento personal del encausado la prohibición aquí considerada ni se precisan sus presupuestos y condiciones y su duración máxima; cuestiones éstas expresamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de otras garantías que pueden integrar la libertad provisional. Como tiene declarado este Tribunal, y al margen de que, ciertamente, prisión y libertad provisionales tienen rasgos comunes derivados de constituir medidas cautelares de carácter personal y de compartir la finalidad de asegurar la sujeción del encausado al proceso, los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento no son legalmente idénticos (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2). Por lo que cabe estimar que una aplicación analógica de estas normas haría quebrar la garantía de previsibilidad de las restricciones acordadas por la autoridad judicial en la libertad personal del sometido a un procedimiento penal.

9. Por último, debe analizarse, de conformidad con la doctrina sentada en la STC 49/1999, de 5 de abril, FFJJ 4 y 5, si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado la proporcionalidad de la medida impuesta y la consiguiente eventual lesión del derecho a la libertad personal alegada por el recurrente (art. 17.1 CE). Y aunque éste aduce la vulneración no sólo de este derecho

sustantivo, sino también del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), al denunciar la falta de motivación de las resoluciones judiciales que denegaron la modificación de la prohibición de salida del territorio español, no procede abordar, como hemos declarado en otras ocasiones, el estudio autónomo de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que lo que está prioritariamente en juego es la libertad personal; pues su restricción requiere una resolución judicial motivada y el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva (por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 14/2000, de 17 de enero, FJ 3).

Al respecto, conviene recordar que este Tribunal ha declarado que la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (por todas STC 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4). Hemos de recordar, también, que la situación ordinaria en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar, así se deduce de la efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE; por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 14/2000, de 17 de enero, FJ 3). Su carácter excepcional y la necesaria protección del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio exige que las medidas cautelares se adopten allí donde haya indicios racionales de criminalidad (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3) y en la medida en que sean necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, que, en particular, en lo atinente a la libertad provisional, reside en asegurar la disponibilidad física del imputado ante el órgano judicial, garantizando de esta forma su sujeción al proceso y, en su caso dependiendo de lo que resultare del mismo, su presencia en el juicio (por todas SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; y 14/2000, de 17 de enero, FJ 7).

Plasmación de las exigencias constitucionales de la proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales (por todas STC 207/1996, 16 de febrero, FJ 4) son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Esto es, que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido —idoneidad—; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto —necesidad—; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre —proporcionalidad estricta.

10. En concreto, respecto al análisis de la proporcionalidad de la medida, hemos de señalar, en primer lugar, que las resoluciones impugnadas, por remisión a las declaraciones prestadas por el recurrente ante el Juez, exteriorizan la existencia de indicios de criminalidad, por lo que ha de entenderse concurrente el presupuesto para la adopción de la medida y no puede otorgarse la razón al recurrente en este punto. En este marco, la alegación referida a su falta de culpabilidad o a la justificación de su conducta es ajena al requisito relativo a la existencia de indicios de criminalidad, como presupuesto legal de la medida cautelar y como requisito de su legitimidad constitucional.

En segundo término, consta en las resoluciones impugnadas la finalidad constitucionalmente legítima de la medida cautelar. Así, de un lado, en el Auto de 19 de abril de 1999 se afirma que «la prohibición de salida del territorio nacional es la única garantía que se tiene para poder mantener al imputado a disposición de la justicia española, y, para ser sometido en su día a juicio si se le procesa»; de otro, en el Auto de 31 de mayo de 1999 se sostiene que las «razones que se exponen en la resolución impugnada son de suficiente peso y sustancia para evidenciar que la medida cautelar adoptada es la mínima que se puede tomar y hacer compatible la libertad de deambulación del sujeto con su sometimiento a la jurisdicción española, que de otra forma no se podría garantizar»; y, finalmente, en el Auto de 30 de julio se declara que «ante la gravedad de los delitos que se narran aunque sea necesario que se acompañe en el futuro de un Auto de Procesamiento, si procede dictarlo, debe de acordarse por el momento para tener ciertas garantías de que el proceso llegue a su fin, mantener la medida de prohibición de abandonar el territorio nacional».

Ahora bien, el dato cierto de que en las resoluciones judiciales impugnadas se manifieste un fin legítimo no significa que la medida adoptada sea necesaria, adecuada y proporcionada para alcanzarlo. Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales derivadas de su proporcionalidad requieren que consten en las resoluciones los elementos que permiten a este Tribunal apreciar que se ha efectuado la ponderación requerida por el juicio de proporcionalidad. En el caso, las resoluciones afirman la imposibilidad de garantizar el sometimiento a la jurisdicción española del recurrente de otra forma, partiendo de la existencia de riesgo de fuga, o de riesgo de no regreso a España en caso de que se autorizase la salida. Sin embargo, no manifiestan ninguna razón al efecto.

Como este Tribunal ha declarado en distintas ocasiones en un ámbito similar, si bien conjurar el riesgo de fuga es uno de los fines legítimos de la prisión provisional, su apreciación exige de los Tribunales la ponderación de las circunstancias personales del sometido a la misma, máxime si estos datos son conocidos por el órgano judicial y aportados como alegaciones por el recurrente (por todas SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 7; 14/2000, de 17 de enero, FJ 4). En el caso, el recurrente alegó en todos los escritos la inexistencia de riesgo de fuga y su actitud demostrada de colaboración con la justicia al acudir voluntariamente a declarar ante el Juez. Sin embargo, ninguna de las resoluciones impugnadas da respuesta individual a esta alegación ni evidencia qué circunstancias ha tomado en cuenta el órgano judicial para considerar que existía un riesgo de sustraerse a la acción de la Justicia. Cuestión ésta que a este Tribunal no compete ponderar, pues nuestra atribución en este marco se cñe a efectuar un examen externo de las resoluciones judiciales impugnadas.

De otra parte, y como alega el Ministerio Fiscal, la falta de proporcionalidad de la medida deriva también de la ausencia de límites temporales de la misma. Ha de tenerse en cuenta, en este contexto, la gravedad de la medida que asegura la presencia en el proceso del recurrente, pues se trata de un ciudadano argentino cuya residencia, familia y trabajo se encuentran fuera de España. De modo que la sujeción personal del encausado al proceso en este caso, en atención al específico contenido limitativo de la garantía, constituye una situación especialmente gravosa para quien la sufre no comparable con los perjuicios que puedan ocasionar otras situaciones de libertad provisional condicionadas a otras garantías —fianza o prohibición del uso del permiso de circulación—, ni con los perjuicios que la misma medida

puede ocasionar a una persona, nacional o extranjero, que ha residenciado su centro vital en España. Todo ello hace tanto más necesario que los órganos judiciales ponderen la proporcionalidad de la medida, a la luz del tiempo que ya ha estado sometido a la prohibición de salida del territorio español el recurrente y la previsible lentitud de la marcha de un procedimiento como el instruido, dada su evidente complejidad y magnitud. Pues el carácter indefinido de la prohibición de salida podría constituir por sí mismo fundamento suficiente de la desproporción de la limitación del derecho y, por tanto, de la lesión del derecho a la libertad personal del recurrente (*mutatis mutandis* STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4).

11. En atención a cuanto antecede, hemos de declarar que se ha lesionado el derecho a la libertad personal del demandante de amparo tanto debido a las insuficiencias de la ley que prevé la medida limitativa del derecho fundamental acordada desde las exigencias de certeza del Derecho, como en atención a la falta de proporcionalidad de la medida impuesta, y, en consecuencia, hemos de anular los Autos impugnados. Ello no obstante, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 12; 98/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 142/1998, de 29 de junio, FJ 4; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 8; 14/2000, de 17 de enero, FJ 8), es al órgano judicial a quien corresponde la adopción o no de las medidas cautelares permitidas por el ordenamiento de conformidad con las previsiones constitucionales de protección del derecho a la libertad personal y, en todo caso, de acuerdo con lo declarado por este Tribunal en el FJ 10 en cuanto a la proporcionalidad de la medida y específicamente a la fijación de un límite temporal a la misma en atención a las necesidades del proceso y su gravedad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la presente demanda de amparo y, en su virtud:

1.º Inadmitir la pretensión relativa al derecho al Juez legalmente predeterminado (art. 24.2 CE).

2.º Declarar que se ha lesionado el derecho a la libertad personal del recurrente (art. 17.1 CE).

3.º Anular los Autos de 19 de abril y 31 de mayo de 1999 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, y el Auto de 30 de julio de 1999 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de dos mil uno.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Tomás S. Vives Antón.—Vicente Conde Martín de Hijos.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Firmado y rubricado.