



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 29, julio-diciembre 2013

BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012

La criminalidad organizada en general, y el terrorismo en particular, son probablemente los retos más importantes de cuantos tiene que afrontar la política criminal de los Estados contemporáneos: en la necesidad de dar respuesta al fenómeno terrorista se pone especialmente a prueba la capacidad de los Estados para conseguir un justo equilibrio entre las exigencias de la seguridad interior, por un lado, y el respeto a los derechos y a la libertad de los ciudadanos, por el otro.

Ahora bien, el equilibrio entre libertad y seguridad no solamente se ve comprometido en las tareas de estricta prevención de actos terroristas, ya corran a cargo de la policía o de los servicios de inteligencia civil o militar, sino que también entra en juego en las investigaciones que se pueden llevar a cabo para preparar el enjuiciamiento de delitos relacionados con el terrorismo: resulta obvio que también en esas investigaciones se hace preciso conjugar la eficacia en la represión jurídica de la criminalidad con el respeto a los derechos fundamentales de las personas implicadas. Y esto es así tanto en ordenamientos jurídicos como el español, donde la fase preparatoria del proceso penal conserva todavía un neto carácter jurisdiccional; como en ordenamientos en los que la investigación previa al proceso está encomendada al Ministerio Público.

En este marco se sitúan los trabajos incluidos en el volumen *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*. Fruto del esfuerzo de un equipo internacional de investigadores dirigido por la profesora Lorena Bachmaier Winter, catedrática acreditada de la Universidad Complutense de Madrid, el libro contiene una serie de valiosas aportaciones de alcance multidisciplinar. No se trata tanto de un tratado sistemático, como de un mosaico de contribuciones que, desde perspectivas distintas y aplicando metodologías también diversas, ofrece una rica pluralidad de aproximaciones al tratamiento judicial del fenómeno terrorista.

A grandes rasgos, el texto se divide en dos partes, precedidas por un estudio preliminar. En la primera parte, se contienen trabajos que, sin dejar de atender al derecho comparado, toman como referente principal el ordenamiento jurídico español. En la segunda parte, se incluyen tres artículos, cuidadosamente vertidos al castellano, que reflejan aspectos concretos de las experiencias jurídicas italiana, inglesa y estadounidense, y que sirven para enriquecer el conjunto de la obra.

El libro comienza con un estudio criminológico sobre la noción de “terrorismo” a cargo de Anna-Maria Getoš, profesora de la Universidad de Zagreb. Desde una posición que pretende ser axiológicamente neutra (esto es, “alejada de juicios de valor”), Getoš confronta las posiciones doctrinales más relevantes en el debate actual sobre el fenómeno terrorista, alineándose con quienes sostienen que, a diferencia de otros actos (o conjuntos de actos) violentos, el terrorismo se caracteriza por su dimensión comunicativa: para la autora, la violencia terrorista viene a ser, por encima de todo, un sistema de comunicación “retórico, sofisticado y minuciosamente ideado”, cuya principal finalidad es transmitir un mensaje al conjunto de la sociedad.

Aunque el estudio está lleno de referencias a distintas acciones terroristas que han tenido repercusión mediática internacional en las últimas décadas, Getoš centra especialmente su análisis en el terrorismo étnico de impronta nacionalista, y ello por dos motivos: en primer lugar, porque es el tipo de terrorismo que ha azotado los Balcanes; y en segundo lugar, porque se trata sin ningún género de duda la modalidad de terrorismo cuantitativamente más importante (de hecho, el estudio de Getoš evidencia que son muchas las organizaciones terroristas comúnmente adscritas al ámbito del “terrorismo religioso” que, o bien son en realidad grupos nacionalistas, o bien lo fueron en su origen, como es el caso de Al Qaeda).

El esfuerzo de claridad conceptual de la autora arroja resultados interesantes: a partir de una distinción tripartita que pivota sobre las nociones de terror (estrategia), terrorismo (táctica) y terrorista (sujeto integrado en una organización que hace uso de técnicas de terror, encaminadas a inducir el pánico en la sociedad), Getoš ofrece una definición de “terrorismo” que puede servir de ayuda a la hora de dilucidar si cabe calificar de “terrorista” en sentido propio a una acción criminal determinada.

El trabajo de Lorena Bachmaier, primero de los destinados específicamente al estudio de la proyección del fenómeno terrorista en el proceso

penal, se dedica a examinar las distintas modalidades de interacción (y, en ocasiones, de superposición) que se dan entre las llamadas “actividades de inteligencia” y las investigaciones preparatorias del enjuiciamiento penal. Tomando como referencia el caso español, la autora lleva a cabo un sugerente análisis comparado, atendiendo en especial a la regulación de la materia en los ordenamientos alemán, holandés e italiano (aunque no falta la oportuna mención de las principales especialidades que presenta el sistema legal estadounidense).

Bachmaier parte de una constatación empírica: si, por un lado, el protagonismo de los servicios de inteligencia en la lucha contra el terrorismo no ha parado de crecer en España en los últimos años, por otro lado se han ido creando “unidades de información” dentro de los distintos cuerpos de policía, uno de cuyos principales cometidos es precisamente detectar posibles amenazas terroristas, neutralizarlas antes de que puedan llegar a materializarse y poner a los responsables a disposición de la autoridad judicial.

De este modo, y en lo que a los delitos de terrorismo respecta, ha dejado de existir una nítida línea de separación entre actividades de inteligencia en la prevención del crimen y actividades de inteligencia en la reacción frente al mismo, produciéndose un “solapamiento parcial” de ambas tareas que se revela problemático desde el punto de vista procesal. Sobre todo cuando, como sucede en España, la ley guarda absoluto silencio sobre la cuestión, de manera que no están suficientemente claros los requisitos que se han de cumplir para que la información de inteligencia pueda ser recibida válidamente en el proceso; ni la eficacia que haya de atribuírsele a la hora de dictar sentencia; ni tampoco, en fin, la incidencia que pueda tener en el derecho de los justiciables al proceso debido.

Partiendo de estas premisas, la autora propone distinguir, a efectos procesales, dos tipos distintos de informaciones de inteligencia, cuyo régimen de admisión y de valoración por el tribunal serían asimismo diferentes: de un lado, los informes elaborados con fines de seguridad al margen del proceso (y, por tanto, sin sujeción al control de un juez); de otro lado, los dictámenes resultantes de la aplicación de técnicas de inteligencia (esto es, de “análisis de información”) en el marco de la instrucción penal (es el caso, por ejemplo, de lo que el Tribunal Supremo español viene denominando “informe pericial de inteligencia”). Ambas modalidades de información son objeto de un análisis pormenorizado,

en diálogo con la jurisprudencia más relevante sobre la materia y con los datos que suministra el derecho comparado.

Bachmaier concluye su aportación con una certera reflexión sobre las consecuencias que puede tener en el plano de los principios fundamentales del proceso penal la instauración de un régimen probatorio de excepción cuando de perseguir delitos de terrorismo se trata, relajando las garantías procesales básicas de la inmediación y la contradicción de una manera que, en condiciones normales y para la persecución de otras conductas, se consideraría intolerable. De este modo, al tiempo que viene a colmar un vergonzante vacío en la bibliografía española sobre procesos penales por delitos de terrorismo, suministra importantes elementos de juicio a tener en cuenta en la elaboración del nuevo Código Procesal Penal español, que se encuentra actualmente en discusión.

La contribución de Alicia Bernardo y María Teresa de Padura, profesoras de la Universidad Complutense de Madrid, versa sobre la polémica regulación española de la detención incomunicada por delitos de terrorismo. El objetivo de las autoras es dilucidar si esta regulación puede considerarse lesiva de los derechos humanos del detenido (según se ha sostenido desde distintas instancias internacionales, como el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas o el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa); o si por el contrario satisface cumplidamente las exigencias mínimas impuestas por los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España (tesis defendida tanto por el gobierno como por los tribunales españoles).

Tras un breve repaso introductorio del régimen general de la detención en los casos de terrorismo, las autoras analizan con detalle el régimen particular de la detención incomunicada, haciendo un recorrido por los principales derechos que asisten al detenido en estos casos (que se cifran, fundamentalmente, en el derecho a recibir información respecto de determinados extremos, tales como la facultad de guardar silencio, la posibilidad de instar el procedimiento de *habeas corpus* y de solicitar un reconocimiento médico, un abogado de oficio y un intérprete gratuito, etcétera). A continuación, hacen mención de los derechos de los que se ve privado el detenido en régimen de incomunicación, con especial hincapié en tres de ellos (el derecho a la libre designación de abogado, el derecho a una entrevista reservada con el abogado designado de oficio y el derecho a que el hecho de la detención y el lugar de la custodia sean

comunicados a un familiar o a la persona que el detenido indique); contrastando la regulación vigente con su aplicación práctica por los tribunales ordinarios, con la doctrina del Tribunal Constitucional español y con las recomendaciones formuladas por los organismos internacionales que se han ocupado del asunto.

Hechas estas consideraciones, se lleva a cabo un examen crítico del llamado “protocolo Garzón” o “protocolo antitortura”, al que se vienen amoldando desde hace unos años los Juzgados Centrales de Instrucción españoles (que se encargan, básicamente, de la investigación de delitos cometidos por organizaciones criminales). Este protocolo, que debe su nombre al célebre juez Baltasar Garzón, compila una serie de medidas de prevención de la tortura y los malos tratos que han sido recomendadas por distintas organizaciones de defensa de los derechos humanos para los casos de detención incomunicada, y que en líneas generales son las siguientes: la grabación en vídeo del detenido durante todo el tiempo que se encuentra en situación de incomunicación, la práctica de un reconocimiento médico por un facultativo de su confianza, la llevanza de un registro de entradas y salidas, la obligación de los agentes encargados de la custodia del detenido de dar cuenta al juez del estado del mismo cada doce horas, y la comunicación a la familia de la persona detenida del hecho, los motivos y el lugar de la detención. Bernardo y Padura examinan cada una de estas medidas, ponderando su función en la salvaguarda de los derechos fundamentales del detenido y confrontándola con su idoneidad desde el punto de vista de la eficacia de la investigación criminal.

Las autoras terminan su trabajo con una valoración realista de la institución de la detención incomunicada en España, pronunciándose en contra de su erradicación y a favor de la intensificación de las cautelas para evitar posibles abusos.

Jesús Santos Alonso, ex fiscal de la Audiencia Nacional española, y Mercedes de Prada, profesora del Centro Universitario Villanueva de Madrid, dedican su aportación a estudiar el sistema español de protección de testigos en los procesos por delitos de terrorismo. Después de exponer sucintamente el régimen normativo general de la protección de testigos a través de sus fuentes (nacionales e internacionales), y de introducir brevemente al lector en el modo en que está articulada la respuesta legal al fenómeno terrorista en España, Santos y de Prada efectúan una clasificación básica de los testigos protegidos atendiendo a su

nivel de protección, diferenciando así entre “testigos anónimos” y “testigos ocultos”. La distinción es relevante, por cuanto el régimen de cada una de estas figuras (sobre todo en lo que hace a la valoración de los conocimientos que aportan al proceso) no es enteramente coincidente.

A renglón seguido, los autores explican los deberes generales de los testigos en el ordenamiento español y las consecuencias procesales y penales de su infracción, para meterse ya de lleno en el estudio de las medidas de protección de testigos en particular, que agrupan en dos grandes bloques: medidas extraprocesales (concesión de nueva identidad y expedición de documentación acreditativa de la misma, establecimiento de un régimen penitenciario especial en caso de que se encuentren en prisión...) y medidas de índole estrictamente procesal (ocultación del nombre y los apellidos, ocultación de la apariencia física y distorsión de la voz durante el acto del juicio, utilización de un local reservado dentro de las dependencias judiciales...). Asimismo, se ocupan del procedimiento para la adopción de las medidas de protección, descendiendo a los detalles más prácticos y ofreciendo algunas sugerencias de mejora a distintos niveles.

Santos y de Prada concluyen su trabajo con sendos apartados dedicados a cuestiones que en los últimos tiempos han cobrado especial actualidad: las medidas especiales que cabe adoptar respecto de los “arrepentidos” (a quienes se puede ofrecer en España una rebaja considerable en la condena) y la problemática que plantea la figura de los testigos anónimos desde el punto de vista de las garantías básicas del proceso. En el epígrafe dedicado a esta segunda cuestión se incluye, además, una síntesis particularmente útil de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia.

Bajo el título “Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales en Italia”, María Lucía de Bitonto, profesora en la Universidad de Camerino, ofrece un completo e informativo estudio panorámico del estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano, desde una óptica muy crítica con la deriva defensiva adoptada por el legislador italiano en esta cuestión. Se trata de un trabajo que reviste un especial interés, porque en Italia se ha hecho una apuesta decidida por la llamada “doble vía”, esto es, por establecer un régimen procesal propio y distinto del ordinario para los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones criminales, que se caracteriza por imponer limitaciones más intensas a los

derechos y garantías del justiciable en razón de la particular gravedad de los hechos imputados.

John Vervaele, profesor de la Universidad de Utrecht (Holanda), ha estudiado el *state secrets privilege*, o “privilegio de exclusión” de que se benefician los documentos clasificados como secretos de Estado (y en general, cualesquiera informaciones sensibles para la seguridad nacional) en los Estados Unidos de Norteamérica.

Como es sabido, y como Vervaele se encarga de exponer con agudeza, los procesos penales estadounidenses (el federal y los estatales) están contruidos según un modelo “adversarial”, regido por la garantía o principio de la *prosecutorial disclosure*: como regla general, la defensa ha de tener garantizado el acceso al material probatorio que le sea favorable; de modo que si el fiscal dispone de materiales relevantes para la parte contraria (bien porque son de naturaleza exculpatoria, bien porque existe una “probabilidad razonable” de que pudieran determinar una disminución de la pena impuesta), en principio está obligado a revelárselos. Desde la sentencia dictada en el asunto *Estados Unidos c. Reynolds* (1953), una de las más importantes excepciones a esta regla se da precisamente cuando se pide del gobierno que aporte al proceso información clasificada: en esos casos, el Ejecutivo puede eludir la obligación de colaborar esgrimiendo el *state secrets privilege* (cuya naturaleza, por cierto, no está del todo clara) mediante la presentación del correspondiente *affidavit*.

Pues bien, el número de ocasiones en que se ha invocado este privilegio se ha disparado en los últimos años. Este hecho, unido a que el panorama normativo sobre el tema dista mucho de tener la claridad deseable (ya que junto a los pronunciamientos de la Corte Suprema acerca del *state secrets privilege*, existen dos importantes leyes de alcance federal cuyas disposiciones no siempre son fáciles de cohonestar), hacía muy conveniente un esfuerzo de sistematización como el que ha llevado a cabo el profesor Vervaele, que resultará de suma utilidad para quien quiera introducirse en el estudio de los mecanismos arbitrados por el ordenamiento estadounidense para la persecución del terrorismo internacional.

El último capítulo de la obra acoge un trabajo de Marianne Wade, profesora de la Universidad de Birmingham, dedicado a analizar el impacto de las medidas antiterroristas adoptadas en Inglaterra y Gales desde el 2001 sobre la población musulmana del Reino Unido. Aunque se trata más de una cuestión sociológica o criminológica que estrictamente jurídica, no deja de tener su importancia para el estudioso del proceso por

diversas razones; en especial, porque las decisiones de política legislativa que afectan al ejercicio de la función jurisdiccional en material criminal solo pueden resultar acertadas si se toman con la vista puesta en la realidad de las cosas. Por otro lado, Wade no limita su enfoque al plano sociológico, sino que ofrece ejemplos concretos de medidas antiterroristas (como la detención preventiva o las *control orders*) y las analiza críticamente desde el punto de vista de los derechos humanos y las garantías básicas del proceso penal.

En su estudio, Wade muestra cómo la tendencia policial al *racial profiling* se ha visto apuntalada merced a la legislación aprobada para combatir el terrorismo islamista, conduciendo a la larga a resultados contraproducentes: por mucho que sus defensores les atribuyan carácter “excepcional” y “temporal”, lo cierto es que estas medidas, al suponer una cierta relajación de las garantías ciudadanas frente a los poderes públicos que, en la práctica, solo se aplica a determinados sujetos por razón de su procedencia étnica, han contribuido a generar desconfianza hacia las autoridades en las comunidades musulmanas, extrañando a sus miembros de la sociedad británica y situándolos en riesgo de exclusión social.

En definitiva, como se puede comprobar a partir de la somera síntesis de sus contenidos que se acaba de hacer aquí, “Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales” es una obra rica en información y análisis, que aporta valiosos elementos de reflexión y debate y cuya lectura arroja luz sobre la siempre problemática relación entre libertad y seguridad en las sociedades contemporáneas.



Antonio MARTÍNEZ SANTOS*

* Doctor en derecho y profesor de Derecho Procesal en la Universidad Francisco de Vitoria de Madrid.