

INFORMES DE EVALUACIÓN REALIZADOS POR EXPERTOS INTERNACIONALES

Contenidos

- I. Informe de Víctor Rodríguez Rescia
- II. Informe de Iñaki Rivera Beiras
- III. Informe de Luis Salas Calero
- IV. Informe de John A.E. Vervaele

Introducción

A continuación se incluye un capítulo dedicado a informes de evaluación. Tal y como se ha mencionado anteriormente en la presentación, en el encargo que hizo la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco al Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua se contemplaba, además del estudio de distintos aspectos de la aplicación de la normativa antiterrorista, la supervisión y evaluación de la totalidad del trabajo por algunos evaluadores que debían analizar varios aspectos del mismo y realizar distintas propuestas dirigidas a mejorar el contenido de futuros informes.

Para ello, se acudió a cinco expertos en el tema de la normativa antiterrorista (Prof. Kai Ambos –Universidad de Göttingen-; Prof. John Vervaele –Universidad de Utrecht-; Prof. Iñaki Rivera –Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona-; y prof. Víctor Rodríguez Rescia –Subcomité de Prevención de la Tortura de la ONU-), que plasmaron dichas opiniones y propuestas en cinco informes de evaluación.

Los documentos que a continuación se reproducen coinciden con cuatro de dichos informes.

Hay que destacar que si bien, por motivos de formato, no se ha procedido a la publicación de la evaluación del Prof. Kai Ambos, la consulta de dicho informe está disponible en la biblioteca del IVAC/KREI.

I. EVALUACIÓN SOBRE TERRORISMO Y DEBIDO PROCESO EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITERRORISTA.

Víctor Rodríguez Rescia

I. Introducción

El Instituto Vasco de Criminología/ Kriminologiaren Euskal Institutoa (IVAC/KREI) por encargo de la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco / Eusko Jaurlaritzaren Giza Eskubideen Zuzendaritza, ha encargado al Instituto Vasco de Criminología, la elaboración del “Informe sobre Derechos Civiles y Políticos 2008”, para lo cual contrató a un destacado grupo de expertos en el tema con el fin de que desarrollaran artículos específicos como obra conjunta.

Uno de esos ejes temáticos fue terrorismo y derechos humanos, el cual abarca de las páginas 241 a la 600 y cubre los siguientes tópicos:

- I. La detención
- II. La cuestión de la incomunicación
- III. Torturas y tratos inhumanos y degradantes
- IV. Tutela judicial efectiva. Juez predeterminado por la ley
- V. Intimidad y privacidad
- VI. Libertad de asociación
- VII. Libertad de expresión

La presente evaluación involucra una valoración de esos temas únicamente en las cuestiones relativas a la normativa internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, específicamente en lo que respecta a la “aplicación de la normativa antiterrorista”. No es una evaluación de los contenidos ni del enfoque de los artículos; únicamente pretende identificar la efectiva utilización de instrumentos internacionales de derechos humanos en relación con los temas.

II. Valoración general y contexto

La normativa antiterrorista vigente en España responde a una tendencia global de combate al terrorismo y, de manera específica, a los efectos de los atentados terroristas en Estados Unidos del 11 de septiembre.

Desde una perspectiva y enfoque de derechos humanos, la normativa aplicable a situaciones de investigación de delitos bajo los estándares del debido proceso no es diferente de las garantías judiciales que deben existir para la investigación de otros delitos que involucra su comisión por parte de grupos organizados, incluyendo el terrorismo.

El derecho penal se rige por estándares generales del debido proceso y por principios que no solo están contemplados en la normativa interna española, sino también en tratados internacionales vigentes en España, tanto derivados del sistema onusiano como del sistema regional europeo. Igualmente hacen parte de esos estándares las reglas de derecho internacional emergente conocidas como “soft law”, que no caen dentro de la categoría de tratados y declaraciones, pero que representan recomendaciones emitidas por órganos internacionales de derechos humanos que cada vez cobran mayor vigencia como recomendaciones con un importante nivel de legitimidad.

Si bien el derecho penal responde a una necesidad de orden público derivada del “ius poniendi”

y, por lo tanto, acto soberano de los Estados para determinar qué es delito, es lo cierto que debe enmarcarse dentro de unos parámetros de garantías procesales que incluyen derechos incluso irrenunciables como el derecho a la defensa; no declarar contra sí mismo; disponer de los tiempos y medios para ejercer la defensa; acceso a un defensor público gratuito si no se tienen los medios para contratar a uno particular; non bis in idem; derecho a un recurso en materia penal; principio de legalidad y otros derechos relacionados con el respeto a la integridad física y psíquica de las personas (imputados en este caso).

El principio de legalidad hace parte de la doctrina del derecho penal relacionada con la persecución de delitos cuya conducta (verbo) no solo debe estar prevista en una ley previa, sino que debe comprobarse con certeza y sin margen de duda que el imputado cometió efectivamente la acción que se le endilga (derecho penal de acción). Con preocupación se observa una tendencia última por retroceder hacia la tipificación de delitos que no responden a esa doctrina, sino más bien a penalizar la pertenencia a determinados grupos, independientemente de la comisión efectiva de delitos concretos (derecho penal de autor).

Igualmente, luego de procesos de reforma penal y procesal penal que marcaron la transición entre sistemas inquisitivos a sistemas acusatorios, se evidencia una tendencia de “contra reforma” que incluye, entre otras medidas, normativa de endurecimiento de penas en general y en particular para cierto tipo de delitos (delincuencia organizada y terrorismo entre otros); disminución de la edad penal y voces que claman por la restitución de la pena de muerte.

De una u otra manera, todo ese contexto ha derivado en una forma de aplicar e interpretar el derecho penal de manera discriminatoria. Esa práctica es lo que se ha dado en llamar “derecho penal del enemigo”, término evocado por el profesor alemán Günther Jakobs en 1985 y 1999. Cuando se sataniza a las personas que suelen cometer delitos –habituales, reincidentes o profesionales– la esfera política reacciona y junto a algunos medios de comunicación presentan ante la opinión pública a aquellas personas como enemigos de la sociedad y, con ello, olvidan que el criminal, aunque cometa dos, diez o cien delitos, sigue siendo un ciudadano.

La ley antiterrorista, a pesar de fundamentarse en un fin válido y legítimo, responde en buena medida a la tendencia descrita. Si bien el “ius poniendi” justifica que se intensifique la tipificación y el combate de nuevas formas de delincuencia, ello no justifica una reducción de las garantías mínimas al debido proceso como un derecho humano fundamental que garantiza y sustenta el principio de inocencia como pilar y norte de la investigación criminal.

Mejorar las técnicas de investigación, dotar a las instituciones que persiguen e investigan delitos relacionados con el terrorismo, suscribir acuerdos de cooperación bilateral y multilateral, crear instancias interinstitucionales e interagenciales para facilitar la coordinación en la investigación penal, son medidas necesarias, válidas y legítimas para combatir el terrorismo. Disminuir las garantías procesales y el marco del debido proceso únicamente para una categoría de procesados, no solo es una violación por discriminación, sino la apertura de un portillo sumamente riesgoso que termina afectando los derechos de todas las personas acusadas de delito.

Una política y prácticas que reduzcan el marco de garantías judiciales no solo perjudica a los imputados, sino a las mismas víctimas de delitos y la institucionalidad democrática.

La seguridad jurídica y el marco de garantías del debido proceso penal son valuartes de un Estado de Derecho. La ley antiterrorista, en el tanto disminuya derechos para una categoría de imputados, no solo atenta contra el principio de inocencia, sino echa por la borda los más caros principios que informan el derecho penal y procesal penal moderno y, por ende, una concatenación de derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales ratificados por España.

En esa medida y contexto, tanto esa normativa como prácticas de abuso de poder y de autoridad que violen derechos humanos de personas acusadas de delitos en general, o de

terrorismo en particular, no solo infringen derechos constitucionales, sino obligaciones internacionales asumidas por España como Estado ratificante de los principales tratados en derechos humanos conforme a los principios de buena fe (*pacta sunt servanda*) y la no invocación del derecho interno para no cumplir obligaciones internacionales válidamente asumidas; principios contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Todos los artículos del Informe analizados en esta evaluación hacen referencia de una forma u otra al enfoque antes descrito, lo cual le da unidad al documento en su conjunto dentro de la lógica de un marco teórico consistente en el análisis crítico de los riesgos de la aplicación de normativa y práctica contraria a derechos humanos que se ha venido consolidando como política de Estado en materia de terrorismo, especialmente en lo que se refiere a salvaguardias judiciales en el marco de detenciones e investigaciones criminales.

Teniendo clara la responsabilidad internacional de España respecto de los instrumentos internacionales vigentes en ese país, se realizó una valoración de las partes pertinentes del “Informe sobre derechos humanos 2008” sobre los temas asignados en esta consultoría (debido proceso, detención, incomunicación, torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, tutela legal efectiva, juez predeterminado por la ley, intimidad y privacidad y libertad de asociación) a la luz de los siguientes instrumentos internacionales y fuentes:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas;
- Convención de los Derechos de la Infancia[sic] (del Niño).
- Convención de Naciones Unidas contra la Tortura;
- Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos;
- Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aún cuando este tribunal internacional no es competente para España, se tomó en cuenta alguna de su jurisprudencia como doctrina internacional.

Valoración sobre la invocación y utilización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En términos generales, todos los artículos analizados han sido sumamente cuidadosos al momento de invocar y citar jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Todos los escritores y escritoras son conocedores y conocedoras de su jurisprudencia y la han utilizado adecuada y oportunamente en el contexto del análisis de la ley antiterrorista, pero sobre todo, en el marco de las garantías del debido proceso legal en el ámbito penal.

En el caso de situaciones de violaciones a derechos humanos de personas acusadas de delitos, incluyendo terrorismo, ha habido cuidado de citar la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo desde el caso *Caso Lawless v. Ireland*, de 1 de julio de 1961, hasta casos generales de detenciones ilegales más recientes (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*, *Caso Nuray Sen v. Turkey*, de 17 de junio de 2003; *Caso Abdulsamet Yaman v. Turkey*, de 2 de noviembre de 2004; el *Caso Yasar v. Turkey*, de 24 de enero de 2006; el *Caso Affaire Bilen c. Turquie*, de 21 de febrero de 2006; y otros). El amplio listado de casos consultados en página 457 evidencia una amplia consulta de jurisprudencia regional europea que enriquece el enfoque del informe de manera integral.

A partir de esos precedentes, se cita jurisprudencia regional acorde con sentencias por violaciones a la integridad física y psíquica de personas acusadas de delito y privadas de libertad, especialmente en situación de prisión preventiva que es el momento procesal de mayor riesgo de violaciones a las garantías al debido proceso y al derecho a la defensa. Precisamente, es en ese tipo de circunstancias que existe mayor riesgo de aplicación de prácticas abusivas y discriminatorias producto de una aplicación e interpretación errónea de la ley antiterrorista.

La utilización de jurisprudencia del Tribunal Europeo también fue incorporada en los temas de derecho a la privacidad, libertad de asociación y libertad de expresión, todo lo cual fortalece el enfoque internacional junto con el análisis de la legislación española y el estudio de casos.

En relación con la utilización de instrumentos internacionales en derechos humanos

Todos los artículos analizados han tomado en cuenta los principales tratados generales en derechos humanos que conforman la llamada “Carta de Derechos Humanos” (Declaración Universal de los Derechos Humanos y Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); en especial, en lo que se refiere a los derechos civiles y políticos.

En ese sentido, hay claridad en la importancia y el entendimiento de esos tratados como derecho internacional de aplicación automática en el país y como un rasero de mínimos garantistas del debido proceso en la investigación de delitos en general y de terrorismo en particular.

Efectivamente, los distintos textos analizados se articulan y complementan alrededor de los siguientes derechos y garantías individuales en el contexto de personas sometidas a procesos de investigación de casos de terrorismo:

- Principio de inocencia
- Principio de legalidad
- Principio de acceso a la justicia y derecho de petición
- Principio de juez natural
- Principio de justicia pronta y cumplida (retardo injustificado en los procesos)
- Prohibición de detenciones ilegales y arbitrarias
- Derecho a la defensa en materia penal
 - Acceso a defensa técnica gratuita en caso de necesitarla
 - Tiempo y medios para ejercer la defensa
 - Igualdad de armas en el proceso
 -
- Non bis in idem
- Derecho a un recurso integral en materia penal
- Derecho a la privacidad y de las comunicaciones
- Derecho a la integridad física y psíquica de las personas (prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes)

Ninguno de los artículos desarrolla adecuadamente el error judicial como garantía de derechos humanos en el marco del debido proceso legal, ni el recurso de revisión para restituir ese derecho como medio de nulidad de sentencias penales viciadas.

En relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, hay suficiente análisis a lo largo de todos los artículos estudiados y, en particular, respecto de los casos de detenciones ilegales que representan un riesgo como política de Estado al momento de combatir el terrorismo si no se observan adecuadamente las garantías básicas en materia de restricción a la libertad.

Se observa también la invocación al Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura (OPCAT) que crea el Subcomité para la Prevención de la Tortura, así como los mecanismos nacionales para la prevención de la tortura.

Se recomienda ampliar el debate sobre las obligaciones de España para prevenir la tortura en el marco del OPCAT, en especial, por la mora internacional en que se encuentra el país al haber transcurrido en demasía el plazo de un año para crear el mecanismo nacional para la prevención de la tortura, sin que haya logrado cumplir con esa obligación.

En esta misma línea de prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, se observa la reducida utilización de las visitas e informes sobre España elaborados por el CPT.

En el artículo de la doctora Pérez Machío se hace un excelente desarrollo del marco de protección de la libertad y de las situaciones de violaciones a los derechos de las personas por detenciones ilegales o arbitrarias.

En el apartado sobre la detención legítima de las personas, el documento establece una relación muy estrecha entre la garantía de la persona detenida de ser puesta a disposición de una autoridad judicial a partir del momento en que es aprehendida y la detención preventiva y la posibilidad de prorrogar el período de esa detención.

Considero que debe distinguirse esa detención administrativa (detención preventiva) de la propiamente conocida prisión preventiva en sede judicial penal. Aunque esa distinción podría estar clara en el contexto español, genera confusión en el marco de los instrumentos internacionales.

Ambas garantías, a pesar de tener relación directa con el derecho a la libertad, deben ser tratadas de manera separada por ser circunstancias, autoridades y momentos diferentes los que hacen operar esos derechos. Mientras que la prisión preventiva depende de una decisión judicial dentro del marco de un proceso penal, lo mismo que su prórroga, la garantía de poner a la persona a disposición de una autoridad judicial a la brevedad posible es más bien un momento precedente y se refiere a situaciones de detenciones administrativas. La violación de la garantía de poner a la persona a la orden de autoridad judicial no guarda relación con el momento, las circunstancias y la legalidad de definir la prisión preventiva cuando el proceso penal ya está dentro de una investigación preliminar.

La distinción de ambas garantías es relevante para efectos de entender los distintos plazos para supuestas personas inculpadas del delito de terrorismo:

1. El término breve para poner a disposición a la persona ante autoridad judicial o competente para esos efectos, debe ser igual para cualquier tipo de procesados porque la detención administrativa no debe extenderse más allá de lo necesario y lo razonable para que sea luego, el juez de la causa, quien determine la detención judicial por medio de la prisión preventiva. Ese plazo debe ser igual para imputados por delitos comunes como para personas acusadas de terrorismo.
2. La legislación especial en materia de terrorismo, sí puede ampliar los plazos de prisión preventiva de manera razonada y justificada, pero en razón de que ya existen elementos de juicio que puedan validar los criterios que la ley permite para prorrogar esa prisión preventiva. En una detención administrativa, que debe ser de algunas horas, el principio que opera es poner a la persona a la orden de la autoridad judicial cuanto antes, no valorar elementos para judicializar esa detención, lo cual no corresponde hacer a autoridades administrativas.

Mi recomendación es separar ambas garantías para que no se genere confusión en cuanto a su análisis y tratamiento.

En este mismo artículo de la doctora Pérez Machío, tengo una forma distinta de valorar los alcances de la detención preventiva y los motivos de su prórroga o ampliación. Según la doctrina, la prisión preventiva debe ser dictada por la autoridad judicial para evitar la evasión de la justicia, es decir, independientemente de los indicios y pruebas sobre la responsabilidad penal. Lo que el juez debe valorar es si la persona inculpada podría evadir la justicia porque hay elementos que le hagan pensar que podría huir del país, que no tiene arraigo o que la gravedad del delito y de una eventual sentencia lo impulsen a hacer todo lo posible para ausentarse del proceso. La detención preventiva no necesariamente tiene relación directa con la culpabilidad, porque de lo contrario estaría funcionando como una suerte de pena anticipada

y esa no es su naturaleza.

Por esa misma razón, difiero de que por razones de excepción (suspensión de garantías), se pueda prorrogar la prisión preventiva si no hay un vínculo directo con la situación de la persona inculpada en ese momento. Por ejemplo, si se presentara una situación de emergencia, incluso un acto terrorista que amenaza la realización de procesos por esos delitos, bien podría utilizarse esa circunstancia especial para prorrogar la prisión preventiva mientras se normaliza la situación hasta que se puedan rehabilitar los procesos judiciales. Pero no puede utilizarse de manera genérica una situación especial de emergencia para suspender garantías para ampliar los plazos de prisión preventiva si no se establece una causa y efecto con los casos concretos.

En el mismo artículo de la doctora Pérez Machío comparto el análisis que se hace del artículo 520 LECrim. En mi criterio personal considero que el artículo 520 bis analizado en este apartado es inconstitucional por discriminar en relación con un grupo de imputados a los que se les amplía la detención provisional de manera automática por ser catalogados como supuestos terroristas. Tal y como se recoge en el artículo 520 bis 1) LECrim, “[...] podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un máximo de otras 48 horas [...]”. Ello no es cónsono con la naturaleza de una detención administrativa. La detención administrativa conocida como detención provisional debe ser un acto de mero trámite y transición hacia la judicialización de una investigación más detallada. Prorrogar la detención preventiva para imputados de terrorismo es incluso un riesgo adicional innecesario, ya que lo que urge es que sea la autoridad judicial la que declare si cabe dictar prisión preventiva conforme a los parámetros de la legislación procesal penal. Entre más rápido conozca la autoridad judicial del caso y tenga el control de la detención, mayores serán las garantías para el imputado, pero también para la investigación, ya que las pruebas iniciales y su control deben estar a cargo del juez a la brevedad posible. La detención administrativa (detención provisional) no debe ser para ejercer una investigación plena, sino solo para justificar la detención con unos indicios razonables de que ha habido comisión de un delito o que la persona inculpada probablemente participó de él. No es para demostrar la culpabilidad.

Por lo demás, establecer plazos distintos para inculcados por delitos determinados, o restringir derechos relacionados con la prisión preventiva es una normativa y práctica discriminatoria, según lo determinó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Suárez Rosero contra Ecuador.

En relación con la incomunicación, el texto hace una muy buena relación jurídica sobre la reforma legal que permite la incomunicación administrativa para inculcados de terrorismo en España. Esa normativa es claramente inconstitucional y contraria a los estándares internacionales. La única modalidad de incomunicación válida es la que se realiza bajo control judicial, siempre y cuando no se le aisle totalmente al imputado del mundo exterior. Al menos, debe mantener contacto con el abogado de su elección o con un abogado público designado, lo mismo que con su familia.

Recomiendo que se incluya en el texto otros tratados internacionales como la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas respecto del tema de la incomunicación en España. El Comité contra la Tortura fue claro al establecer que la incomunicación del imputado, aún teniendo acceso a su abogado, favorece la tortura. Al respecto, ha dicho ese comité:

10. El Comité sigue profundamente preocupado por el mantenimiento de la detención incomunicada hasta un máximo de 5 días, para determinadas categorías de delitos especialmente graves, durante la cual el detenido no tiene acceso ni a un abogado ni a un médico de su confianza ni a notificar a su familia. Si bien el Estado Parte explica que esta incomunicación no implica el aislamiento absoluto del detenido, ya que este cuenta con asistencia de un abogado de oficio y de un médico forense, el Comité considera que el régimen de la incomunicación,

independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos. (Subrayado agregado). (Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura de la ONU al Estado español a tenor del cuarto informe periódico presentado por España. Comité contra la Tortura 29º período de sesiones 11 al 22 de noviembre de 2002. CAT/C/XXIX/Misc.3 19 de noviembre de 2002 Original Español. VERSION NO EDITADA España. Cf. <http://www.google.co.cr/search?hl=es&q=incomunicacion+comite+contra+tortura&btnG=Buscar+con+Google&meta=>

Es evidente que la reforma legal en debate es todavía más restrictiva que la práctica de incomunicación señalada por el Comité contra la Tortura de la ONU. La aplicación de esa normativa o practicar la incomunicación en esos términos, es una violación flagrante a la integridad física y psíquica a los imputados que no requiere de mayor discusión.

Considero que el punto IV sobre tutela judicial efectiva, podría ser revisado para que sus objetivos estén más balanceados. Esto es que, además de los dos objetivos señalados (derechos de los imputados), se agreguen otros en relación con la victimología. Ello tiene una especial relevancia ya que en la introducción se indica que habrá un enfoque interdisciplinario donde se atenderá también la complejidad que tiene el tema de la victimología. El debido proceso y sus respectivas garantías deben estar enfocadas en beneficio de todas las partes procesales. Si bien se evidencia que la lucha contra el terrorismo se ha inclinado hacia la aprobación de nuevas leyes antiterrorismo y de prácticas que violentan los derechos de los acusados por delitos de terrorismo, el análisis del debido proceso debe ser integral.

Lo que debe quedar claro en este capítulo es la premisa de que si se respeta el derecho al debido proceso y los derechos humanos de los acusados por terrorismo, en esa misma proporción se garantizan los derechos de las víctimas, ya que se evitan nulidades y prescripciones que, finalmente, afectan principalmente a las víctimas y terminan favoreciendo a los autores de terrorismo.

Lo anterior debe resaltarse en relación con precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se hace en el mismo apartado donde se indica que en un análisis del terrorismo en relación con el Derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana consideran inderogables los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo. En esa misma línea se ha determinado como inderogables aquellas garantías procesales necesarias para proteger los derechos que no pueden ser suspendidos en situación de emergencia (el recurso de hábeas corpus y el recurso de amparo) (Ver en ese sentido: Corte IDH. **El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987.** Serie A No. 8 y Corte IDH. **Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.** Serie A No. 9.

En la página 377, en el punto “3. 4. 2 Motivación de otras medidas restrictivas de derechos en el ámbito penitenciario”, hizo falta hacer más referencias a instrumentos internacionales de soft law (derecho emergente), con el fin de hacer más comparaciones y análisis respecto de las condiciones de las personas privadas de libertad, incluyendo a las vinculadas con casos de terrorismo. Entre esos instrumentos se recomienda revisar los siguientes:

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado

en Ginebra en 1955, ONU Doc. A/CONF/611, anexo I, E.S.C. res. 663C, 24 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) p. 11, ONU Doc. E/3048 (1957), modificado E.S.C. res. 2076, 62 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) p. 35, ONU Doc. E/5988 (1977).

Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, A.G. res. 45/111, annex, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 200, ONU Doc. A/45/49 (1990).

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, A.G. res. 43/173, anexo, 43 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 298, ONU Doc. A/43/49 (1988).

En relación con el derecho a la vida privada y las políticas antiterroristas, el artículo elaborado por Gema Varona Martínez es prolijo en la utilización de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, particularmente, sobre si las mismas restricciones y regulaciones al derecho a la privacidad y de las comunicaciones en casos de terrorismo son similares o debieran ser más amplias para la investigación de casos de terrorismo. En tal sentido, la sentencia del Caso Valenzuela Contreras c. España, es un buen antecedente al respecto, donde el TEDH especificó una serie de garantías concretadas en seis extremos, en lo que se refiere a las grabaciones telefónicas. Pero resulta fundamental como principio general, el que se cite la jurisprudencia en el Caso Klass y otros c. Alemania, respecto de la prevención del terrorismo, donde el estándar del Tribunal de Estrasburgo, si bien justifica medidas de vigilancia secreta de correspondencia y telecomunicaciones en una sociedad democrática, no deja abierta la posibilidad de que se adopte cualquier tipo de medida, salvo que esté dentro del marco de las garantías adecuadas y suficientes para evitar abusos estatales.

El artículo de Varona Martínez es balanceado y objetivo ya que también cita jurisprudencia del tribunal europeo que es más permisiva en la utilización de medidas de registro de domicilios sin orden judicial, atendiendo a la “gravedad del delito” y al margen de apreciación de los Estados en el contexto de la prevención del terrorismo; jurisprudencia emitida en el Caso Murray c. Reino Unido, que no es pacífica. La sentencia en el Caso Weber y Saravia c. Alemania y el Caso Klass y otros c. Alemania, confirman los riesgos de ese “margen amplio a la hora de elegir los medios para alcanzar el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional” (“el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado policial, no es tolerable de acuerdo con el Convenio más que en la medida estrictamente necesaria para la salvaguarda de las instituciones democráticas” (Klass y otros c. Alemania, par. 49; pfo. 41-42)). Este principio debe ser el estándar internacional y nacional para todo tipo de acciones estatales que bordeen los derechos a la privacidad de las personas.

El Apartado III sobre tutela del derecho al respeto a la vida privada en el enjuiciamiento de delitos de terrorismo en relación con ETA, es rico en la casuística, pero especialmente valioso en la utilización de estándares internacionales que no fueron citados en artículos anteriores, pero que podrían ser objeto de revisión y adecuación, según la temática. Me refiero a la utilización del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de los estándares internacionales sobre terrorismo y los derechos humanos. Si bien este informe no tiene competencia geográfica respecto de España, sí contiene fuentes primarias de jurisprudencia y doctrina con alcance de complementariedad; en particular sobre el derecho al respeto de la vida privada y, básicamente, en relación con la investigación de cuentas bancarias, reconociendo el carácter no absoluto de este derecho (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre terrorismo, p. 106).

Este informe de la Comisión Interamericana, emitido en un momento histórico clave después de los atentados del 11 de septiembre, contiene una serie de referentes que salvaguardan los derechos humanos y principios básicos de las personas detenidas y procesadas por denuncias de terrorismo. Podría ser útil tomarlo en cuenta en otros de los artículos desarrollados en el informe en estudio y no solo para la materia de derecho a la privacidad.

En relación con el derecho o libertad de asociación analizado en el artículo redactado por la Dra. Garro Carrera, valen las mismas valoraciones hechas en esta evaluación en las consideraciones generales, cuando se hizo referencia a los riesgos de volver a la aplicación el

derecho penal de autor y no de acción. Con ello se abre un portillo peligroso en término de garantías judiciales fundamentales, que no ha estado cerrado del todo puesto que el delito de asociación ilícita sigue estando reconocido en muchísimas legislaciones penales, pero que ha venido siendo ampliado para otros fenómenos donde la pertenencia a ciertos grupos o colectivos se ha convertido en delito en sí misma, independientemente de la comisión de delitos específicos. La experiencia en algunos países centroamericanos para “combatir” la delincuencia de pandillas o “maras”, ha sido bastante aleccionadora en Guatemala, Honduras y El Salvador con la emisión de “leyes antimaras”. El prefijo “anti” tiene todo una carga y connotación persecutoria que va más allá de los límites naturales del ius poniendi. La inconstitucionalidad de ese tipo de normativa ha sido declarada de manera contundente en El Salvador, aún cuando ha quedado instaurada una práctica, especialmente policial, que ha sido difícil de erradicar debido a una peligrosa corriente de “mano dura” que, como discurso político electoral, ha tenido importantes réditos.

El antiterrorismo está bien como política de Estado para garantizar la seguridad y el bien común, siempre que sean medidas que no rebasen los límites naturales de los derechos civiles y políticos y las garantías fundamentales y que no se convierta en una persecución generalizada sin atender la naturaleza especial de la teoría general del delito que debe basarse en la comprobación del modo, tiempo y lugar de la comisión de delitos y no de figuras genéricas que trascienden del objeto y fin del derecho penal.

III. conclusión:

El Informe sobre Derechos Civiles y Políticos 2008 es un documento de alto nivel técnico jurídico que está claramente enfocado en los derechos civiles y, en lo que atañe a los apartados asignados a evaluación de este consultor, de manera muy focalizada en los derechos de las personas arrestadas, detenidas, investigadas, procesadas y condenadas por delitos de terrorismo.

No hay duda que la emisión de leyes antiterrorismo, incluyendo políticas, prácticas y enfoques interpretativos, hay una fuerte presión social y política para que se detenga y condene a los responsables, lo cual debe ser una función natural de todo el sistema de administración de justicia, incluyendo en este circuito a la función policial que es donde se inicia el acceso a la justicia.

Todo el andamiaje de los derechos civiles y políticos reconocidos en instrumentos internacionales, data desde 1948 con la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero alcanza su máxima expresión con la aprobación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966 y, regionalmente en Europa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. España, como parte de ambos sistemas internacionales de protección de derechos humanos, no solo ha asumido obligaciones para adecuar su derecho interno en relación con esos estándares internacionales, sino que ha sido evaluado a partir de casos concretos por violaciones de derechos humanos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por informes generales y temáticos por parte de órganos específicos de promoción y protección de derechos humanos, incluyendo el Comité contra la Tortura y en CPT respecto de la prevención de la tortura.

Precisamente, esta evaluación versó sobre un análisis de la utilización de estos instrumentos a lo largo de los artículos específicos desarrollados en relación con el debido proceso.

En ese campo específico, es difícil encontrar un estudio tan completo que incluya análisis de la normativa interna, enfoque de los instrumentos y jurisprudencia internacional y estudio de casos. En lo que respecta a la utilización del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente el sistema europeo, todos los autores invocaron jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo con enfoque temático y no solo la relacionada a casos concretos de España. Por lo tanto, el informe, no solo es útil para España, sino para cualquier persona que quiera investigar y profundizar sobre el debido proceso en el contexto de leyes o políticas antiterroristas.

Los riesgos del estudio, cuando se focaliza con preeminencia en los derechos de las personas acusadas de terrorismo, aún cuando se entiende que lo hace también a favor de las personas acusadas de delito en general, es que la materia se vuelve “políticamente” riesgosa, cuando de por sí, ya los derechos humanos han estado estigmatizados como “derechos de los delincuentes” o bien, como “derechos de los terroristas”, connotación injustamente atribuida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los casos sentenciados contra el Perú por claras violaciones al debido proceso de personas condenadas o detenidas en relación con delitos de terrorismo. Sin embargo, un estudio técnico como el presente, debe ser valiente en el enfoque de los riesgos de hablar de los derechos de las personas acusadas de terrorismo, siendo que los tratados internacionales que se han tomado en consideración no hacen distinciones entre derechos de las personas y no se debe caer en la tendencia de crear “derechos penales diferenciados” (derecho penal del enemigo).

En ese sentido, esta evaluación utilizó como metodología objetiva revisar las partes pertinentes del informe respecto del debido proceso a la luz de los estándares internacionales con independencia de cualquier tipo de enfoque político, ideológico o de oportunidad. En suma, los tratados internacionales utilizados, pero sobre todo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son fortalezas claras de la investigación que confirman asimetrías en la aplicación y respeto de las garantías judiciales en perjuicio de las personas vinculadas o investigadas por terrorismo en España. En ese sentido, se recomienda fortalecer más el enfoque victimológico de forma que, de manera transversal, quede claro que este no es un estudio a favor de una categoría de personas (acusadas de terrorismo), sino un informe que busca fortalecer LA EFICACIA POLICIAL Y JUDICIAL DESDE LA PROTECCION DE LAS GARANTIAS, lo que a su vez fortalece el Estado de Derecho y las instituciones democráticas. Ello se deriva de los principios generales de todos los tratados internacionales que este consultor tomó en consideración para evaluar el informe.

Finalmente, de manera específica, en esta evaluación se hacen algunas recomendaciones, más bien sugerencias, para incluir algunos enfoques y jurisprudencia internacional, especialmente derivada del sistema interamericano de protección de derechos humanos, entendida en este caso como fuente complementaria de derecho –en la misma manera que la Corte Interamericana cita interminablemente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-. Así, de manera expresa se recomienda hacer una relectura del informe sobre terrorismo elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual tiene muchas aristas que podrían utilizarse para enriquecer el enfoque de protección de los derechos humanos y el debido proceso en casos de terrorismo.

II. INFORME SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Iñaki Rivera Beiras
Observatorio del Sistema penal y los derechos humanos
Universidad de Barcelona

El presente Informe se emite en cumplimiento del encargo realizado por los profesores Ignacio Muñagorri Laguía, José Luis de la Cuesta Arzamendi y Ana Isabel Pérez Machío (del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco) a quien lo suscribe. A su vez, el trabajo examinado se realizó como cumplimiento del mandato que dicho Instituto recibió de la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco para su realización durante los años 2007-2008.

La presente valoración se ha estructurado en base a los siguientes apartados:

- Planteamiento general de la investigación
- Equipo investigador, marco teórico y modelo epistemológico adoptado
- Principales temáticas abordadas
- Conclusiones generales

A continuación, se abordarán cada uno de los apartados señalados para una mejor consideración de la investigación examinada.

I) Planteamiento general de la investigación.

El Informe sobre Derechos Civiles y Políticos que se analizará tiene como **objetivo principal** “diagnosticar la incidencia de la posible vulneración de derechos fundamentales de las personas detenidas por delitos derivados de la aplicación de la normativa antiterrorista” (p. 5 del aludido Informe). Y para cumplir con dicho objetivo general, la investigación plantea desde el inicio una serie de **objetivos específicos** entre los que cabe destacar, sucintamente, los siguientes:

- El examen jurídico de la normativa internacional sobre derechos humanos, para comparar su mayor o menor cumplimiento,
- El análisis jurídico de la normativa interna vinculada con los aspectos penales, procesales y penitenciarios de la problemática terrorista,
- La consideración de la aplicación de la normativa antiterrorista en supuestos muy concretos y relevantes (detención, incomunicación, prohibición de torturas, garantías procesales...),
- La cuantificación de las personas condenadas por delitos de terrorismo en un período determinado (distinguiéndose aquí entre delitos, penas, y una especial consideración al caso de los menores).

En aras del desarrollo de tales objetivos, la investigación se ha centrado en un **período temporal** comprendido entre los años 2000 a 2007.

Por cuanto hace a la **estructura** de la investigación examinada, la misma se agrupa en torno a cuatro Partes como son:

- Una primera, en la que el trabajo se presenta dentro de una estrategia propia de derechos humanos,
- Una segunda, de imprescindible contextualización socio-política y jurídica, esta última considerada desde los planos internacional e interno,

- Una tercera, de factura empírica que se focalizará sobre las personas detenidas por aplicación de la legislación antiterrorista,
- Una cuarta, de consideraciones finales.

II) Equipo investigador, marco teórico y modelo epistemológico adoptado.

La investigación que se recoge en el volumen del Informe sobre Derechos Civiles y Políticos, ha sido desarrollada durante los últimos dos años por un vasto y complejo **equipo de sólidos profesionales** de disciplinas jurídicas y sociales. Resulta indudable que la Dirección del equipo investigador, a cargo de los profesores José Luis de la Cuesta Arzamendi e Ignacio Muñagorri Laguía pone de relieve la solvencia académica del mismo, al tratarse de dos sólidos profesionales del derecho de larguísima trayectoria intelectual y académica, tanto en el plano nacional como en su proyección internacional.

Asimismo, es muy pertinente que el trabajo se haya realizado en el marco de las actividades del Instituto Vasco de Criminología, ámbito disciplinar especialmente propicio para el desarrollo de una investigación sobre derechos humanos y política antiterrorista. Desde el punto de vista de los conocimientos propios de las ciencias penales, resulta especialmente relevante la coordinación ejercida por la profesora Ana Isabel Pérez Machío de la Universidad del País Vasco.

Por cuanto hace tanto a los asesores, Patxi Etxeberría Guridi y César San Juan Guillén, como a las Investigadoras, Enara Garro Carrera, Eva Jiménez Martín, Benito Morentín Campillo, Izaskun Orbegozo Oronoz, Laura Pego Otero, Gema Varona Martínez y Laura Vozmediano Sanz, aquí no puede menos que destacarse la relevancia profesional de todas ellas, lo cual le otorga al presente trabajo una solidez que se constata en la lectura y examen detallado del mismo.

Especial mención ha de hacerse en torno al **marco teórico y modelo epistemológico** adoptado en la presente investigación. Entiendo que el mismo es el propio de un enfoque de carácter socio-jurídico y, más aún, asentado en un paradigma socio-jurídico penal, lo cual requiere una explicación.

Tal y como el Informe señala desde su página 5 en adelante, los ámbitos gnoseológicos abordados parten de diseccionar el universo político jurídico que se investigará en, al menos, tres niveles claramente diferenciados:

- El primero es el momento de producción del derecho, en el cual se examina, primero, de manera contrastada la vasta legislación internacional (págs.. 41 y ss.), tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas cuanto en el propio de la Unión Europea. En un segundo momento, la legislación española interna es examinada con una exhaustividad notable (págs.. 55 y ss. Pero en innumerables partes del trabajo se vuelve a ella) en lo que se refiere a sus facetas penales, policiales, jurisdiccionales, procesales y penitenciarias, tanto para el caso de adulto como para los menores.
- El segundo momento al que una perspectiva socio-jurídica se refiere es el de la interpretación y aplicación del derecho antes examinado, en sus consecuencias reales y materiales ante la sociedad sobre la cual debe operar. Y, en efecto, son muchas las consideraciones que se realizan en este Informe en relación a las decisiones jurisprudenciales adoptadas en orden a la temática terrorista. Los muestreos de sentencias que se vierten y el análisis de las principales doctrinas elaboradas por los jueces y tribunales encargados de la aplicación de la legislación antiterrorista, constituyen una clara prueba de ello.
- Finalmente, un tercer momento es el de la consideración fáctica o empírica, y el mismo es propio de un modelo epistemológico como el adoptado aquí donde se acaban por constatar los efectos que sobre las personas afectadas producen los dos niveles anteriormente citados (los de la creación y aplicación del derecho). La investigación examinada no se queda sólo en el

examen de las disposiciones y decisiones jurídicas, sino que desciende al terreno de la realidad social a través de toda la Parte dedicada al estudio empírico realizado en torno a las personas detenidas sobre las que se aplicó la legislación antiterrorista antes examinada. Así, el lector tiene ocasión de conocer, a través de un vasto universo poblacional examinado, los efectos de semejante aplicación, las vulneraciones de derechos fundamentales producidas, la relación entre el decreto de una prisión incomunicada y las alegaciones sobre torturas y malos tratos y otras relaciones de notable interés que luego se valorarán.

Hace mucho tiempo que en la doctrina penalística española se reclamaba por parte de algunos autores, la adopción de un modelo semejante que no abordase exclusivamente el plano prescriptivo o normativo (que ordena cómo *debe ser* ordenada una realidad) sino que descienda al plano descriptivo (que no ordena sino que muestra *cómo está siendo* ordenado un determinado conjunto social). Y ese doble plano no puede ser abordado unidireccionalmente por una disciplina jurídico penal apegada exclusivamente al ámbito del examen normativo, como hasta ahora casi siempre había sucedido.

Creo, por tanto, que este es uno de los grandes méritos de la investigación comentada porque sin duda la misma, de cara al futuro en España, muestra y abre un camino fructífero para el conocimiento y el desarrollo científico social.

III) Principales temáticas abordadas.

Tal y como se ha señalado anteriormente, el Informe sobre Derechos Civiles y Políticos aquí comentado se ha estructurado en base a diferentes partes, las cuales serán abordadas a continuación para ir señalando las principales temáticas y valoraciones (y en su caso, críticas) que se hagan sobre las mismas.

a) Contextualización socio-política y jurídica.

La investigación comienza, como también se apuntó ya, con una delimitación no sólo temática sino temporal, abarcando los años de 2000 a 2007. Semejante corte en el tiempo se justifica en el trabajo señalándose que se “toma como inicio el 2000, un año antes que se produjeran los atentados del 11-S en los Estados Unidos, en el cual se anunciaron y se pusieron en práctica desde el Gobierno del Estado español (al igual que en muchos otros países), un gran número de nuevas medidas dirigidas a la lucha contra el terrorismo” (pág. 11). Mas, pese a esa delimitación, el trabajo reconoce que debe comenzar un poco antes, en concreto a partir de la tregua anunciada por ETA en 1998 (señalándose otros acontecimientos como el cierre del periódico *Egin* en 1998, o el Indulto a Barrionuevo, exMinistro del Interior (la investigación no señala ese cargo político y entiendo que debería hacerlo pues no todos los lectores, de diferentes ámbitos, edades y países pueden conocerlo).

A partir de aquí, el capítulo comentado describe muchísimos episodios de la política vasca y española procesos electorales, pactos antiterroristas, ilegalizaciones de formaciones políticas, cierres de periódicos, macro-procesos judiciales, nueva tregua de ETA y final de la misma con el atentado en el aeropuerto de Barajas el 30 de diciembre de 2006. La consideración de todo ello, al menos para un lector de fuera del País Vasco (como es mi caso), pone de relieve la existencia de un conflicto político de una envergadura tal que, posiblemente, requiriese de una mayor contextualización –fundamentalmente histórica- que penetre en las raíces del problema examinado.

Soy plenamente consciente que no es ese el objeto de estudio del trabajo comentado. Ya he mencionado antes cuál es el objetivo general del mismo y cuáles sus objetivos específicos. Asimismo, cabe señalar aquí que estamos en presencia de un vasto trabajo de una dimensión de 800 págs. y, por ello mismo, de una longitud considerable. Sin embargo, tal vez algunas referencias, aunque solo fueran breves, que sitúen históricamente los ejes fundamentales del conflicto político dentro del cual se va a desarrollar toda la problemática jurídica que luego se abordará, serían sumamente útiles para entender mejor (repito, para un lector que no vive cotidianamente dentro de Euskadi) multitud de acontecimientos y de claves

que se suministran a lo largo del trabajo. Por otro lado, la consideración histórica que se sugiere, entiendo que reforzaría una interpretación que no es sólo jurídica sino política de la problemática tratada.

b) Contextualización jurídica (normativa).

Debe resaltarse lo apropiado que resulta comenzar por una contextualización como la indicada en el precedente título, pero de carácter internacional como se hace a partir de la pág. 41 del Informe comentado. Y ello pues se inicia su tratamiento con la consideración de aquellos instrumentos internacionales para la lucha contra el terrorismo toda vez que lo que se va a poner de manifiesto como punto más relevante es la confrontación entre lucha contra el terrorismo y mantenimiento de unas estructuras propias del derecho internacional de los derechos humanos. Es evidente que esta es la tensión en la que se juega el futuro de gran parte de la civilización occidental.

Una vez analizada esa cuestión, en el ámbito propio de la Organización de las Naciones Unidas, este capítulo pasa a la consideración de los instrumentos que en el ámbito propiamente europeo se pueden considerar a partir de la decisión Marco de 2002. Allí se consideran los temas que, a partir del tratamiento de la Europol, Eurojust, la red judicial europea, la orden de detención europea y otras medidas, otorgan la posibilidad de hablar de un espacio penal “común” europeo. Sin que aquí se proponga exactamente el examen a fondo de esta cuestión, sí que debemos destacar que la misma requeriría mayor consideración por la envergadura y consecuencias de la misma.

Asimismo, y en el indicado sentido, sería muy importante, si se pretende sostener la tesis de un espacio penal europeo, considerar también el nivel penitenciario. Es decir, así como se habla de un espacio policial y judicial más o menos común en Europa occidental ¿puede sostenerse la hipótesis de un espacio penitenciario común europeo? Desde un punto de vista estrictamente normativo, la pregunta podría ser afirmativamente respondida por la existencia de unas Reglas penitenciarias europeas (las últimas de 2006 y todos sus antecedentes desde 1973 en adelante). Mas, desde un punto de vista material, difícilmente pueda responderse del mismo modo a la vista de la inmensa disparidad de situaciones carcelarias en Europa occidental. Repito que soy consciente que no es ese el eje del capítulo en cuestión mas podría constituir un importante punto a considerar, también desde la aplicación de normas y directivas de carácter antiterrorista.

Una vez planteado el ámbito internacional que se ha señalado, a partir de la pág. 55 en adelante se inicia un muy exhaustivo examen interno propio de los marcos penal, procesal y penitenciario españoles. El examen de los tipos penales centrará el comienzo de este examen detallado e imprescindible. La lectura del pulcro análisis realizado va dejando muy claro cómo se ha ido tejiendo un entramado excepcional para dar respuesta a una emergencia como la propia de la violencia política en las leyes penales sustantivas. Claro que, una vez más, se choca con el problema de la definición de terrorismo, punto que será tratado más adelante con la especial consideración que merece la (falta de) una definición clara de uno de los objetos de estudio.

La investigación no se detiene sólo en el examen de los tipos penales como se ha dicho, sino que afortunadamente desciende al terreno de las penas previstas y, sin perjuicio de cuanto se dirá, se considera expresamente la figura procesal/penológica de los “arrepentidos”, aunque creo que sobre ella podría haberse detenido más a la vista de que se trata de una de las figuras más controvertidas que puede llegar a subvertir los fundamentos mismos de un derecho penal de raigambre liberal.

Especial consideración merece el tratamiento del marco normativo procesal. El tratamiento de al menos cuatro figuras claves aquí, como son la detención, incomunicación, los problemas que se plantean en torno a la inviolabilidad del domicilio y las excepciones al derecho al secreto de las comunicaciones, le otorgan a este apartado una solidez muy especial y ahonda de la tesis de la excepcionalidad antes mencionada.

Lógica continuidad de lo señalado es el abordaje que a continuación se realiza en torno al marco normativo penitenciario. Aquí considero que si bien resulta muy apropiado el examen relativo a la calificación en grados de los reclusos condenados por aplicación de normas antiterroristas, la consideración de la llamada “política penitenciaria de dispersión” podría haber merecido mayor tratamiento. Y ello pues es sabido que semejante política ha venido constituyendo (y aún constituye) una poderosa herramienta en la política general antiterrorista en España. Y aunque se diga pretendidamente que se ha tratado de una “novedad” de las últimas décadas, ello no es del todo cierto. En efecto, como ha podido demostrar Aranda Ocaña (cfr. 2009), la posibilidad de modular espacialmente el cumplimiento de penas privativas de libertad en función del comportamiento y actitud de los reclusos, acompaña la historia (ya decimonónica) penitenciaria española y sólo en las últimas décadas ha sido adoptada por la estrategia antiterrorista.

c) Contextualización jurídica (jurisprudencial).

Ahora bien, cuanto se ha dicho en relación a los tipos penales y al cumplimiento de las penas, queda claro que se refería a un nivel estrictamente normativo. Por ello resulta sin duda sumamente pertinente la consideración de la jurisprudencia que ha acabado por configurar los contornos de ambos institutos. En efecto, desde el inicio de la consideración judicial de la evolución en la interpretación de los elementos de la definición de terrorismo (y de organización terrorista), hasta el examen posterior de la interpretación judicial de los tipos delictivos, aquí se pone de manifiesto la tensión de una magistratura que ha tenido que ha tenido la tarea de interpretar y aplicar un derecho especial, por más que se haya pretendido su incorporación a la legislación ordinaria.

Pero donde seguramente más se revela la presencia de la excepción a la que se alude, es en el terreno de la interpretación judicial de los aspectos penológicos de la legislación antiterrorista. Veamos por partes. A partir de la pág. 133 se inicia el examen detenido del control jurisdiccional de la ejecución de las sentencias. Y seguramente sea en el ámbito del examen de las funciones tradicionales de los Jueces de vigilancia penitenciaria donde sea vea el paulatino alejamiento de las mismas en la construcción de una figura nueva como es el Juez Central de vigilancia penitenciaria en el que, al menos principios como el de intermediación, resulta cuanto poco puestos en entredicho. Pero si las consecuencias de la “emergencia penal” se constatan de ese modo en el tema aludido, sin duda cuando se aborda la llamada “doctrina Parot” se descende hasta el fondo de la misma en donde el torcimiento o forzamiento interpretativo del derecho alcanza uno de sus puntos culminantes que lo conducen a una suerte de paroxismo retributivo y preventivo general que cada vez requiere de mayores esfuerzos justificativos por parte de sus intérpretes.

Más aún, en la dirección señalada se sitúa también la problemática relativa a la retroactividad de algunos aspectos de las últimas reformas legislativas, en lo que se refiere al denominado “período de seguridad” y a los ejercicios de *ingeniería jurídica* precisos de hacer en la comentada tarea interpretativa en todo lo vinculado con los beneficios penitenciarios a las personas condenadas por delitos de terrorismo. La posibilidad de modular la intensidad del sufrimiento legal en estos supuestos, llega incluso a la articulación de sistemas penitenciarios “duales” al concebirse espacios “especiales” como el mismo Fichero de internos de especial Seguimiento (FIES) pero también regímenes de atenuación como el previsto en el art- 100.2. Esta flexibilidad de la pena en fase ejecutiva muestra ya la hipertrofia de un sistema que muestra los resultados de tantos años de agregados y parches excepcionales de cada vez mayor dificultad en su convivencia normal con el derecho ordinario.

Cuanto se está señalando en el plano de la interpretación judicial, se ve definitivamente constatado cuando en el Informe aquí examinado se presenta la “muestra de condenas” obtenida y perteneciente a los años de 2000 a 2007. Este descenso a la arena en la cual el derecho está llamado a producir sus consecuencias tiene un incalculable valor y no podrá ser ignorado en futuras consideraciones e investigaciones sobre la materia, y muestra la riqueza de una aproximación socio-jurídica propia del paradigma adoptado en el trabajo, según se dejó

antes sentado. Ahora puede verse de una vez desde el perfil de las personas condenadas, su procedencia, su grado de participación en los delitos y su modalidad de victimación. No es el único estudio empírico que se presenta sino que deberá verse en conjunto con el estudio sobre detenidos, pues éste se centra en fallos condenatorios. Luego se volverá sobre ello.

d) Contextualización jurídica (aplicación de la legislación).

En el camino de seguir hasta el fondo con la implementación de una estrategia jurídico política antiterrorista, el estudio pasa ahora a la consideración del instituto de **la detención**. En armonía con la factura y metodología que impregna a todo el Informe, se parte del examen de esta figura en el derecho internacional primero, y en la legislación española después. Es particularmente alarmante aquí la consideración de las prórrogas que semejante instituto puede ir sufriendo.

Y ello porque, como se examina a partir de la pág. 265 en adelante, el aludido instituto puede ir acompañado (y lo va de ordinario como luego se verá) nada menos que del decreto de **la incomunicación**. A estas alturas, la arquitectura de una auténtica “zona de no-Derecho” (Costa 1974) desde el universo mismo del derecho, obtiene una articulación que se asienta en la “suspensión” de aquellos derechos y garantías procesales ordinarias que habían supuesto los pilares y fundamentos de un derecho penal ilustrado y garantista. Lo más alarmante de esta sección es constatar cómo los sucesivos gobiernos españoles han ido haciendo oídos sordos, no sólo a los autores y organizaciones españolas que han criticado estos institutos antiterroristas, sino a los mismos reclamos internacionales vertidos en igual sentido. En efecto, desde ambos se ha recomendado tantas veces que debe evitarse la posibilidad de dejar a la persona detenida en las exclusivas manos policiales, que se permita al detenido la posibilidad que el mismo designe un abogado de su confianza, informe a su familiares y sea visitado por un médico de su lección (entre otras recomendaciones) que la reiterada negativa a todo ello pone de manifiesto una decidida voluntad de perpetuar la situación. Lo cual, obviamente, reviste una gravedad específica cuando los detenidos son menores de edad. La expropiación paulatina de los mínimos instrumentos de defensa de una persona detenida frente al *ius puniendi* estatal ha ido desmantelando el “lenguaje mismo de los derechos” (cfr. Muñagorri 2008 y Ferrajoli 2008), en una más que preocupante dirección, si se contempla desde el prisma de los derechos humanos.

Y como no cabía esperar de otro modo, todas las anteriores consideraciones nos conducen al tratamiento de la problemática de **la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes**, cuestión que se aborda a partir de la pág. 319 en adelante. Como en las anteriores secciones del Informe comentado, la presente también aborda las principales líneas de prohibición en el contexto internacional. Así, partiendo de las disposiciones contenidas en la Declaración universal de derechos humanos de 1948 y los demás Pactos y tratados que la desarrollan, se da cuenta de todo el entramado del derecho internacional de los derechos humanos en la materia, el cual por cierto establece toda una serie de obligaciones a los Estados parte (v. al respecto Rivera Beiras 2008), que será necesario contemplar para examinar el caso español.

A continuación se examina la legislación interna en materia de prohibición de torturas tras la cual se establecen algunas conclusiones. En esta sede debe llamarse la atención sobre que, y debido a la importancia del tema tratado, los análisis podrían haber sido más exhaustivos. Me refiero a que el tema de la tortura en el ámbito de la aplicación de la legislación antiterrorista (pero también de la legislación ordinaria) constituye siempre un punto de inflexión. Por la importancia de la misma, podría haberse tratado más todo lo relativo a las diversas formas de luchar contra la tortura que desde hace años algunas importantes organizaciones sociales y profesionales vienen desarrollando en España. Aludo principalmente (pero no es la única) a las iniciativas emprendidas desde la Coordinadora para la Prevención de la Tortura (www.prevenciontortura.org) que actualmente nuclea a cuarenta y cuatro organizaciones sociales, corporaciones profesionales y universidades públicas. Desde que en 2002 la ONU adoptó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura (OPCAT), las organizaciones que en España venían trabajando activamente en la prevención y denuncia de

la tortura se agruparon en torno a la Coordinadora citada para lograr que el gobierno firmara el OPCAT, primero, y adoptara su máxima novedad: la creación de los Mecanismos Nacionales de Prevención de la tortura. Se logró lo primero pero no lo segundo, hasta el momento.

Son innumerables los estudios, Jornadas, campañas, bases de datos, denuncias, etc., que la Coordinadora viene promoviendo en los últimos años. Algunas importantes iniciativas han tenido que ver, precisamente, con el ámbito de la aplicación de la legislación antiterrorista y de las mismas puede extraerse así una válida contribución para luchar contra la persistencia de la lacra.

e) Contextualización jurídica (derechos y garantías procesales)

Desde la pág. 343 en adelante se inicia ahora un largo y exhaustivo análisis relativo a una serie de derechos fundamentales y de garantías procesales. Comenzando por el **derecho a la tutela judicial efectiva**, se aborda también el derecho al **juez natural predeterminado por la ley y del derecho a un proceso con todas las garantías**. Antes de señalar nada sobre el extenso examen que en esta sede aborda el Informe comentado, debemos señalar la precisa delimitación conceptual y metodológica que el mismo adopta. Y ello porque no sólo se enfoca este importante tema desde una perspectiva interdisciplinaria, sino porque incluso desde el prisma estrictamente jurídico, éste es considerado en los aspectos de derecho internacional y nacional y de jurisprudencia de igual doble consideración. Todo ello le otorga una solvencia analítica que debe ser puesta de manifiesto desde el principio.

Este examen de derechos fundamentales y garantías procesales adopta además el formato clásico de los estudios del derecho internacional de los derechos humanos y de los listados de derechos que se contienen tanto en las normas internacionales cuanto en la Constitución Española, enumeración que se sigue en el capítulo examinado.

Destacaría principalmente los análisis que se realizan en torno a siempre espinosa cuestión de la competencia de la Audiencia Nacional y en torno a la propia existencia de la misma, en relación a los derechos y garantías examinados. Por otro lado, la larga consideración de esos derechos y garantías enumeradas del 1 al 20, aplicados a la particular problemática que se trata, señalan hasta qué punto las mismas presentan toda una serie de particularidades en comparación a cuando las mismas deban operar para supuestos digamos, ordinarios.

Y en relación con lo que acaba de manifestarse, resulta de especial interés el “análisis de una muestra de sentencias de la Audiencia Nacional” durante el período objeto de investigación, esto es el que transcurre entre 2000 y 2007. Tal y como se señala en la pág. 425, el objetivo inicial consistió en “conocer un número relevante de resoluciones judiciales, fundamentalmente en primera instancia, relativas al enjuiciamiento de delitos de terrorismo en relación con ETA, en el período 2000 a 2007”. Allí se establece en 178 el total de resoluciones judiciales que se pudieron analizar, número que representa por sí mismo uno importante y significativo. Nuevamente debo resaltar entonces el empleo del paradigma socio-jurídico en el sentido de descender al terreno de la interpretación y aplicación del derecho. Ahora este empleo se vierte sobre los derechos fundamentales y garantías procesales que se examinaron antes en el primer nivel de la producción del derecho. Pero, además, el tratamiento que se hace de esta cuestión utiliza indicadores internacionales basados en el respeto a los derechos fundamentales, aclarándose que los indicadores han sido desarrollados por el Centro de las Naciones Unidas para los derechos Humanos y pueden verse en el Compendio de las Naciones Unidas de Estándares y Normas para la prevención del delito y la justicia penal, realizado por la Oficina de las Naciones Unidas de Control de las Drogas y Prevención del Delito (cfr. pág. 451).

Siguiendo con el examen que se señala en torno a derechos fundamentales, el Informe aborda, desde la pág. 463 en adelante, la virtualidad de los **derechos a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones** cuando se trata de la aplicación de la legislación antiterrorista. Manteniéndose la misma factura y estructura de comenzar siempre

por el tratamiento y reconocimiento internacional de las problemáticas examinadas, este capítulo analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos paradigmáticos. Destacaría que el derecho al secreto de las comunicaciones, en particular el secreto de la correspondencia, en el ámbito penitenciario, podría ser objeto de un mayor examen debido a la capital importancia que en el ámbito propio de la vida en reclusión el mismo posee.

En otros trabajos me he ocupado de esa cuestión (véase Rivera Beiras 2006 y 2009) en aras a considerar, en supuestos como los analizados aquí, la configuración normativa (nacional e internacional) pero especialmente la configuración, alcance y límites del mismo en la vida segregada. Por ejemplo, el empleo de la doctrina de la relación especial de sujeción ha sido siempre uno de los principales argumentos empleados para proceder a una devaluación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en ámbitos digamos ordinarios. Su especial consideración puede resultar útil para el análisis, también, de tales derechos en supuestos de personas condenadas por aplicación de la legislación antiterrorista.

Desde la pág. 517 en adelante, se aborda en el Informe un tema particularmente espinoso en la problemática de examinar todo un entramado legislativo antiterrorista, cual es el relativo a la **libertad de asociación** y, en particular, en su aplicación a la ilegalización de organizaciones sociales y Partidos políticos. Se resalta en esta sede la delicada cuestión que representa para un Estado de derecho la posible fiscalización de los ámbitos internos, incluido el de la disidencia, claro está, propios de organizaciones sociales y especialmente de los Partidos políticos.

Así se asume y sintetiza, en parte, la discusión doble que rodeó al momento de la adopción de la Ley de Partidos: por un lado, el problema de su oportunidad política; por otro lado, el relativo a su naturaleza normativa (¿ley penal, constitucional, administrativa?...). Se ahonda por esa vía la demostración de un entramado legislativo cada vez mayor para el abordaje del fenómeno de la violencia política y el peligro de sus interpretaciones extensivas que pueden redundar en un estrechamiento de la disidencia y en última instancia del propio sistema democrático. No parece que a estas alturas puedan albergarse demasiadas dudas en torno a que la propia existencia de la Ley de Partidos políticos ha supuesto la creación de una norma nueva y especial para los supuestos que pretende, sino también la necesidad de su aplicación por parte de una Magistratura especial y también de la previsión de una serie de medidas también especiales.

La sombra de la excepción, nuevamente, se ensancha hacia caminos no, estrictamente, punitivos sino de otra índole, pero igualmente sancionatorios. Los peligros que entrañan las posibles aplicaciones extensivas de preceptos vagos y carentes de un mandato de precisión y concreción, se constatan en las posibles interpretaciones que se han dado, por ejemplo, de presunción de colaboración delictiva a quienes han estado cerca (o simpatizado simplemente) de programas propios de la cultura vasca, la promoción de la lengua y similares (o los programas de apoyo humanitario a los presos condenados por terrorismo), bajo la sospecha de que ETA se sirve de ellos.

Continuando con el análisis de estos derechos de carácter político, el Informe examina posteriormente los aspectos más relevantes de la **libertad de expresión**, sus límites y cercanías con figuras que han sido criminalizadas como lo son los supuestos de apología, reclamo público y enaltecimiento del terrorismo. También se centra la cuestión, primero, en el contexto internacional tanto en las normas de tal derecho como en las decisiones más relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, el tratamiento de la normativa y jurisprudencia españolas, iniciado desde la pág. 571 y siguientes, examina figuras tan controvertidas –por sus límites difusos y el peligro de sus interpretaciones extensivas– como las mencionadas (apología, enaltecimiento...). Y los peligros que venimos comentando ya no sólo se refieren a la posible aplicación criminalizadora a ciertas personas sino, incluso, a su extensión al cierre de medios de comunicación. No puede olvidarse que, en los casos reales que la investigación analiza, algunos cierres se llegaron a adoptar por medidas puramente cautelares –en colisión con el también analizado derecho a la presunción de inocencia– las

cuales, como bien indica la conclusiones de la pág. 596, “vulneraron el principio de legalidad al realizarse una interpretación analógica extensiva prohibida por la ley”.

El delicado tema que se comenta tiene su continuidad en el análisis del Informe cuando el mismo, a partir de la pág. 601 en adelante, aborda ya de lleno la problemática propia de una **responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Toda la problemática que ha suscitado la interpretación del art. 129 del Código penal español es aquí abordada con precisión. Y ello prepara el terreno para que, de inmediato, se haga una especial referencia al supuesto de clausura y suspensión de las actividades de los medios de comunicación. Si se suman los casos de los cierres de los periódicos *Egin* y *Euskaldunon Egunkaria* a los de ilegalización y suspensión de las actividades de organizaciones sociales y Partidos políticos, pocas dudas quedan ya en torno al peligro de expansión del espacio punitivo y estrechamiento del político.

f) Investigación empírica

Definitivamente, el Informe sobre Derechos Civiles y Políticos alcanza su profundización más clara cuando se aborda, desde un punto empírico, los **efectos reales sobre las personas detenidas por aplicación de la legislación antiterrorista** antes analizada (cfr. págs.. 639 en adelante).

El Informe es muy preciso en esta sede en relación al procedimiento seguido y a la metodología empleada para la aludida investigación. Ante todo se pone de relieve el carácter “extraordinariamente complejo” del acceso a la información considerada como “sensible”. Tras todas las explicaciones que en tal sentido nos suministran los investigadores, se concreta en 232 detenidos el total del universo poblacional examinado en los 8 años que se han considerado. Inmediatamente se consignan los materiales utilizados por los autores para la investigación señalada. Por cuanto hace a los resultados concretos de la misma, podemos destacar como aspectos más sobresalientes algunos de los siguientes: el perfil del detenido y las incidencias que rodearon al momento mismo de su detención (sitio, hora, registros en inmuebles, cuerpo policial encargado de la detención, aplicación de la incomunicación...).

Como se ve, ahora se verificarán empíricamente los exhaustivos análisis jurídico-políticos antes vertidos a lo largo del trabajo. Cabe destacar, por ejemplo, y como simple muestra de lo que se está diciendo, el porcentaje de aplicación de la medida –extraordinaria, no lo olvidemos- de la incomunicación: de 232 detenidos, se aplicó a más del 92, 9% de los casos. Si alguien necesita mayor confirmación de la “extensión” de la excepción sobre lo ordinario, allí tiene un dato de valor incuestionable.

Los resultados que arroja este extenso capítulo de investigación empírica ponen luz sobre todos los aspectos antes tratados. Incidencias procesales, asistencia letrada, traslados, cumplimiento de condenas y duración de las mismas, archivos, sobreseimientos y absoluciones. Y, posteriormente, a partir de la pág. 707 en adelante, la denuncia por vulneración de derechos interpuestas por detenidos, acaba por ilustrar en torno a la cuestión examinada, también desde un punto de vista empírico. De ese modo se procederá inmediatamente a realizar una valoración (criminológico-forense) de las denuncias interpuestas por vulneración de derechos que se comunicaron al juzgado de instrucción central. Así se constata que las principales vulneraciones son: torturas y malos tratos físicos y psicológicos, posturas anómalas, asfixia por boca, amenazas, vejaciones sexuales, inducción a la declaración.

Finalmente, la consideración de la detención y enjuiciamiento con leyes antiterroristas a menores de edad, cierra el apartado que se analiza con la especificidad que dicho colectivo merece, en atención a su vulnerabilidad. De la importante cantidad de análisis que contiene este capítulo final, imposible de analizar aquí con detalle, quisiera al menos poner de manifiesto (tal y como el Informe hace) la difícil, por no decir imposible, compatibilidad que puede haber entre una legislación (y su aplicación) represiva sobre los menores con el universal principio del “interés superior” que sobre aquella categoría de sujetos establece la Declaración universal correspondiente de la Organización de las Naciones Unidas.

g) Consideraciones finales.

Tras todo cuanto se ha dicho hasta aquí, resulta evidente que estamos ante una investigación de un valor incalculable, imprescindible para conocer la realidad que la misma examina, grave sin duda alguna. Puedo asegurar que la misma posee un rigor y una exhaustividad que he podido analizar en los últimos meses, desde que los resultados de la investigación me fueron proporcionados para cumplir la tarea del presente dictamen.

Deseo, para acabar, hacer solo unas breves apreciaciones que mencioné en la primera evaluación que en su día se me requirió en los inicios de este trabajo, por si las mismas pueden ser tenidas en cuenta en éste y otros trabajos futuros relacionados. Se trata de las siguientes:

- Una tiene que ver con la posibilidad de contemplar ciertos aspectos, experiencias e investigaciones realizadas en otros ámbitos que han vivido experiencias similares a la aquí estudiada (ya mencioné en su día los casos particulares de Alemania e Italia en los que existen serios trabajos al efecto).
- Otra se refiere a la mayor consideración del problema de la (falta de) definición del concepto mismo de terrorismo que planea a lo largo de estos trabajos.
- La última alude a la consideración de la situación de las víctimas de los hechos que aquí se mencionan. Que no se mal-entienda lo que deseo señalar. Aludo a una *nueva* reconsideración del concepto de "víctima", desde las víctimas directas de los delitos cometidos, a las víctimas (también directas) del sistema penal, pasando por las víctimas (no tan directas, pero sí afectadas) de un conjunto social que también viene padeciendo los efectos de un conflicto político que ha sacudido sus mismas entrañas y trastocado los conceptos tradicionales de cohesión y solidaridad sociales.

Me atrevo, por todo cuanto he podido mencionar hasta aquí, a recomendar que esta investigación sea divulgada (por supuesto que publicada previamente) hacia todos aquellos ámbitos académicos, pero también de las autoridades políticas (a nivel internacional y nacional) y evidentemente ante la sociedad civil, para dar cuenta de sus resultados. Resulta incuestionable que, a partir de ahora, todos los posteriores estudios, ensayos y publicaciones que sobre la temática aquí comentada se presenten, ya no podrán ignorar esta investigación que, por ello, representa un hito en el modelo, paradigma y metodología empleados.

BIBLIOGRAFÍA empleada.

ARANDA OCAÑA, M. (2009), Política criminal en materia de terrorismo en España. Tesis doctoral. Departamento de derecho penal y ciencias penales. Universidad de Barcelona.

BERGALLI, R./RIVERA BEIRAS, I. (2006), *Torturas y abuso de poder*. Desafío(s) núm. 2, monográfico. Barcelona: Anthropos editorial.

CANO, F./RIVERA BEIRAS, I. et al (2008), *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*. Barcelona: Editorial Icaria.

COSTA, P. (1974), *Il progetto giuridico*. Giufre editores

FERRAJOLI, L. (2008), “La batalla contra la tortura: la batalla de la razón”. En *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional* (17-22). Barcelona: Editorial Icaria.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (2008), “Privación de libertad y derechos fundamentales”. En *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional* (97-137). Barcelona: Editorial Icaria.

PORTILLA, G. (2008), “La práctica de torturas y rigor innecesario contra detenidos y presos en España: análisis de la legislación procesal, penal, administrativa y penitenciaria que le sirve de cobertura”. En *Privación de libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional* (139-171). Barcelona: Editorial Icaria.

RIVERA BEIRAS, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

RIVERA BEIRAS, I. (2009), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto (2da. edición).

III. VALORACION DEL CONTENIDO DE DERECHO INTERNACIONAL DEL INFORME SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS ELABORADO POR EL INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA /KRIMINOLOGIAREN EUSKAL INSTITUTOA (IVAC/KREI) EN EL AÑO 2008

Luis Salas Calero
Profesor y Director del Centro para la Administración de Justicia
Florida Internacional University
Miami, Florida USA

15 de marzo de 2009

1. Introducción

Este reporte consiste en una valoración somera sobre el tratamiento del tema del derecho internacional en el "Informe sobre derechos civiles y políticos" que la Dirección de Derechos Humanos del Gobierno Vasco/ Eusko Jaurlaritzaren Giza Eskubideen Zuzendaritza encargó al Instituto Vasco de Criminología /Kriminologiaren Euskal Institutoa (IVAC/KREI), y que fue completado a finales del 2008. Dentro de los cuatro objetivos del trabajo, en este informe nos limitamos al "Análisis jurídico de la normativa internacional relacionada con la limitación de derechos existentes en la detención y las posibles excepciones existentes en materia antiterrorista, con especial referencia a la normativa de los Derechos Humanos." Aunque el trabajo no lo define claramente, pareciera éste se limita al terrorismo de ETA y no trata el nuevo fenómeno del terrorismo islámico. Lo último se desprende por la limitación del estudio al año 2007, aunque el punto no está claro, pues no es sino hasta la página 152 del análisis de referencia en que los autores señalan que algunos de los datos pudieran reflejar actos terroristas islámicos. Este es el caso de las cifras oficiales relativas al "número de internos por pertenencia a bandas terroristas". El pie de nota aclara que "Si bien aquí no se distingue entre ETA y otras, lo cierto es que ETA representa claramente el mayor porcentaje. En los últimos años sí debe considerarse el incremento del terrorismo de carácter islamista." Esto tiene gran importancia y se debe definir más directamente ya que las estrategias del estado al combatir ambas formas de terrorismo son distintas y conllevan distintos efectos sobre los derechos humanos y la jurisprudencia al respecto. Esta aclaración se encuentra en la página 173 al limitar la muestra de sentencias de la Audiencia Nacional delitos de terrorismo relacionados con ETA.

II. Análisis socio-político

El trabajo inicia con un análisis socio-político de la problemática del terrorismo en el contexto vasco con el propósito de ayudar "a comprender las razones de los diferentes cambios legislativos." En este tipo de trabajos ese análisis es sumamente útil pero muy difícil de desarrollar sin pecar de ser demasiado escueto o ser tan extensivo en el análisis que este capítulo se convierte en el foco del mismo. Los autores han realizado un buen trabajo al resumir la problemática y limitar la discusión al período 2000-2007. Sin embargo, mucho del contenido escapa al lector extranjero que puede desconocer el contexto en el cual ocurrieron los acontecimientos. También se hacen algunas afirmaciones que no están claramente sustentadas. Por ejemplo, en la página 19 se indica que en el año 2003 se impide la presentación de coaliciones de electores nacionalistas vascos. Tanto el Presidente como varios de sus ministros, "aseguraron la imposible participación de estas agrupaciones, constituyendo una injerencia política sobre el poder judicial, la cual anticipó con total seguridad el resultado de las elecciones del Tribunal Supremo."

La discusión del contexto socio-político pudiera mejorarse si, en lugar de presentarlo en esta forma cronológica abreviada, se presentara de manera narrativa la cual sería más útil y amena para el lector. También se pudiera incluir la discusión de aspectos específicos, como por ejemplo el cierre de medios de comunicación, cuando se discute el derecho afectado, verbigracia la libertad de prensa o expresión. Igualmente, la discusión de la política de dispersión de presos condenados por terrorismo se pudiera situar en la sección posterior cuando se trata el tema de derechos de internos.

Finalmente, para completar este capítulo sería bueno incluir un análisis de las visitas e informes que organizaciones de derechos humanos, tanto oficiales como no gubernamentales, así como las conclusiones de las visitas y la reacción del gobierno español ante las críticas.

Cabrían mencionar por ejemplo la visita de análisis de un órgano internacional más cuestionada por el Gobierno Español fue la de el Relator de Naciones Unidas, Theo Van Boven en 2004.¹ El Gobierno Español rechazó muchas de las afirmaciones del Relator incluyendo citas de declaraciones falsas de autoridades españolas, datos incorrectos y en general una protesta por varias de las afirmaciones, uso de normas internas derogadas, y con conclusiones del informe del Relator.² Posteriormente Álvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, preparó un informe sobre la situación de los derechos humanos en España como resultado de su visita en el año 2005.³ El reconoció que "(a) pesar del persistente y durísimo ataque terrorista que ha sufrido España desde su transición hacia la democracia hace casi 30 años, y del dramático incremento de la intensidad de la violencia terrorista visible en los ataques del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 - los cuales fueron perpetrados precisamente en Madrid - y los más recientes acaecidos en Londres en julio 2005, no se ha producido, como consecuencia de ello, ninguna modificación legislativa para recortar, restringir o limitar el disfrute de los derechos de los que disfrutaban los detenidos por delitos de terrorismo. Tampoco se ha adoptado ninguna legislación de excepción. Tengo, por mi parte, el convencimiento, como las ONGs con las que me entrevisté durante esta visita, de que los casos de malos tratos ocurren, en la España democrática actual, de manera esporádica y no sistemática."⁴

En el año 2008, Martin Scheinin, Relator Especial de la ONU sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, visitó España, analizó la normativa antiterrorista y elaboró un informe en el cual concluyó que "ciertas definiciones jurídicas de los delitos de terrorismo no respetan plenamente el principio de legalidad."⁵

Las organizaciones de derechos humanos no gubernamentales han sido más severas en su apreciación de la situación española. *Human Rights Watch*, una organización internacional no gubernamental de derechos humanos, en el año 2005 presentó un informe sobre las medidas antiterroristas en España y su efecto sobre los derechos humanos en España.⁶ Los autores del informe reconocieron los esfuerzos de España para cumplir con los derechos humanos y, al mismo tiempo, lanzar una campaña efectiva para combatir el terrorismo. Sin embargo, "para que España asuma una posición de liderazgo en la lucha contra

¹ Informe sobre Derechos Civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención (Visita a España), 2004.

² Notas verbales de fecha 20 de enero, 2 y 11 de febrero de 2004 dirigida a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos por la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra E/CN.4/2004/G/19 (2004), <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/07b412ab16c8979dc1256e70004b396e?Opendocument>, consultado el 22 de febrero de 2009.

³ Informe de Alvaro Gil-Robles, comisario para los derechos humanos, sobre su visita a España 10 - 19 de marzo de 2005, 24 de mayo de 2006, <http://www.libertysecurity.org/article961.html>, consultado el 22 de febrero de 2009.

⁴ Informe de Alvaro Gil-Robles, comisario para los derechos humanos, sobre su visita a España 10 - 19 de marzo de 2005, 24 de mayo de 2006, <http://www.libertysecurity.org/article961.html>, consultado el 22 de febrero de 2009.

⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, A/HRC/10/3/Add.2, 16 de diciembre de 2008, http://www.gara.net/agiriak/20090205_informe_relator.pdf, consultado del 22 de febrero de 2009.

⁶ Human Rights Watch, "¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España," <http://www.hrw.org/en/reports/2005/01/26/sentando-ejemplo>, consultado el 22 de febrero de 2009.

el terrorismo sin debilitar el respeto por las normas de derechos humanos, se tienen que adoptar cambios fundamentales tanto en la ley como en la práctica con relación a sus medidas antiterroristas.”⁷

Amnistía Internacional fue sumamente crítico de la actitud de las autoridades españolas ante quejas de maltratos y abusos. En su informe concluyeron que ven “con gran preocupación la falta de disposición del gobierno español para afrontar el problema de los malos tratos a manos de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pues teme que exacerbe el clima de impunidad en que actúa la policía. La falta de medidas de las autoridades españolas a este respecto constituye un incumplimiento de las obligaciones que han contraído en virtud del derecho internacional.”⁸

III. Contextualización jurídica

El capítulo siguiente al análisis socio-político, presenta la contextualización jurídica comienza con un análisis del régimen internacional de los instrumentos desarrollados para combatir el terrorismo indicando que: “La implementación de estas disposiciones desde el punto de vista interno, configura una normativa antiterrorista acorde con las previsiones internacionales y con los mínimos que deben ser tenidos en cuenta en la lucha contra el presente fenómeno.” Sin embargo, estos documentos son presentados en un orden cronológico y quizás sería mejor el agruparlos de acuerdo con la finalidad de la norma. Así, por ejemplo, todos los tratados relativos al tema de financiación pudieran ser mejor entendidos si se observa la evolución de la normativa al comparar las más nuevas contra las más antiguas.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado una serie de convenciones para combatir el narcotráfico⁹, el crimen organizado¹⁰, el terrorismo¹¹, y para bloquear los bienes de personas o instituciones involucradas en el tráfico de narcóticos. En 2002, el Congreso ratificó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo¹² (*International Convention for the Suppression of Terrorism Act of 2002*) que había sido promulgado por las Naciones Unidas en 1999. Esta norma suplementó las leyes penales que sancionaban el blanqueo de capitales, aumentó el número de delitos por los cuales se podía proceder en contra de un imputado por participación en el crimen organizado, y facilitó el uso de métodos electrónicos de investigación.

En el 2006, la Asamblea General aprobó “La Estrategia Mundial de Naciones Unidas Contra el Terrorismo.”¹³ Para asegurar el cumplimiento de los requisitos contenidos en las convenciones, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó el Comité Contra el Terrorismo (CTC)¹⁴ compuesto por representantes de todos los países miembros y requirió que los países presentaran informes sobre sus esfuerzos para cumplir con la convención contra el terrorismo.

Una rama de las Naciones Unidas es la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) la cual se ocupa de los temas relacionados con el lavado de dinero y el terrorismo internacional. La Oficina, con recursos limitados, presta asistencia en temas legales, “especialmente la ratificación y aplicación de los instrumentos jurídicos universales contra el terrorismo y el fortalecimiento de la capacidad de los sistemas nacionales de justicia penal para

⁷ *Ibid.*

⁸ Amnistía Internacional, “España: Sal en la herida; La impunidad efectiva de agentes de policía en casos de tortura y otros malos tratos,” 14 de noviembre de 2007, <http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR41/006/2007/es/dom-EUR410062007es.pdf>, consultado el 28 de febrero de 2009.

⁹ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, http://www.incb.org/pdf/s/conv/convention_1988_es.pdf.

¹⁰ Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_spa.pdf

¹¹ Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1636.pdf>

¹² <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-11sp.pdf>

¹³ <http://www.unodc.org/pdf/terrorism/Index/60-288es.pdf>

¹⁴ <http://www.un.org/spanish/sc/ctc/>

aplicar las disposiciones de esos instrumentos de conformidad con los principios del estado de derecho.”¹⁵

El Grupo de Acción Financiera¹⁶ (*Financial Action Task Force*), (GAFI) es un grupo intergubernamental creado por el G7 (compuesto por Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Rusia, Reino Unido y los Estados Unidos) y con membresía de 43 países. Su misión principal es desarrollar políticas comunes para el control del terrorismo y el blanqueo de capitales. El GAFI es responsable por la promoción de reglas en estos dos campos. Entre ellas las más sobresalientes se encuentran las 40 recomendaciones sobre lavado de dinero y las 9 recomendaciones sobre financiación del terrorismo. El GAFI también publica una lista de países con prácticas deficientes contra el lavado de dinero o el control de la financiación del terrorismo. En 2007, por ejemplo, Irán fue uno de los países calificados como deficientes por la carencia de un sistema comprensivo para controlar el lavado de dinero. El GAFI además le notifica a las instituciones financieras de estas deficiencias y les advierte que actúen con cautela si tienen relaciones financieras con estos países calificados pobremente.

La Unión Europea también ha tomado medidas para combatir el terrorismo. Poco después del 11 de septiembre, el Consejo Europeo adoptó un plan para combatir contra el terrorismo¹⁷. En 2002, establece un mandato de detención europea, define normas penales antiterroristas comunes y fija la sanción mínima para cada una de ellas, y crea Eurojust para mejorar la cooperación entre las diferentes agencias judiciales. Con posterioridad al atentado terrorista en Madrid, la Unión promueve mayor cooperación en el intercambio de información e inteligencia, especialmente sobre documentos de identidad y pasaportes.¹⁸ Además de estas medidas, la Unión ha bloqueado las cuentas y bienes de personas y organizaciones calificadas como terroristas. Para octubre de 2001, la UE había bloqueado \$100 millones en bienes pertenecientes al Talibán. A diferencia de los Estados Unidos, sin embargo, las reglas de la Unión requieren que antes de identificar a una persona o una organización como terrorista necesariamente se revise la petición de inclusión, y establece la posibilidad de apelar la decisión y las sanciones para estados que cometen errores en los listados. La Unión le permite a los incluidos en los listados que eximan de los fondos bloqueados lo necesario para vivir y costear sus gastos legales.¹⁹

Las medidas y acuerdos internacionales más controvertidos son aquellos que tratan el tema de financiación y el embargo de bienes así como aquellos que implican el intercambio de datos sobre personas, empresas y organizaciones. Este tema merece un mayor tratamiento que el que se le dedica en la página 54 del informe. Por ejemplo, uno de los esfuerzos más importantes del gobierno norteamericano en seguirle la pista económica al terrorismo es el Programa de Seguimiento al Financiamiento del Terrorismo (*Terrorist Finance Tracking Program*) por medio de acceso a datos bancarios en SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*).²⁰ Después del 11 de septiembre, los directivos de SWIFT accedieron a un pedido del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos para proveer información de transacciones procesadas por su sistema. Después de un año, los directivos de SWIFT se quejaron de lo extensivo del rastreo de datos y la duración del programa. Por

¹⁵ <http://www.unodc.org/unodc/es/terrorism/index.html>

¹⁶ http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2987,en_32250379_32235720_1_1_1_1_1.00.html

¹⁷ Para un análisis de estos esfuerzos véase a: Juan Manuel Rodríguez Cárcamo, “La prevención de la financiación del terrorismo: Derecho Internacional e Interno,”

http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/abogados_estado/ABOGA10.pdf

¹⁸ Comisión Europea, Terrorismo: La respuesta europea,

http://ec.europa.eu/justice_home/key_issues/terrorism/terrorism_0904_es.pdf

¹⁹ Laura Donohue, *supra*, página 388.

²⁰ SWIFT es una cooperativa con 2.200 miembros de la industria financiera que ofrece servicios de mensajería segura y estandarizada así como software de interfaz a más de 7.800 instituciones financieras de todo el mundo. El objetivo de SWIFT es el de actuar de mensajería central para facilitar la transferencia internacional de dinero. SWIFT almacena los mensajes por tres meses en tres centros operativos localizados en Estados Unidos, Europa y China. La base de datos contiene información tanto sobre la transferencia, como del pagador y beneficiario. “SWIFT no es un banco ni mantiene cuentas de ninguno de sus clientes.” http://www.swift.com/index.cfm?item_id=60463, Consultada el 8 de septiembre de 2008. Véase también:

Patrick M. Connorton, “Tracking Terrorist Financing Through SWIFT: When U.S. Subpoenas and Foreign Privacy Law Collide,” *Fordham Law Review*, vol. 76, página 283, 2007.

insistencia del Presidente del Banco Central de Los Estados Unidos, SWIFT aceptó continuar cooperando aunque estableció una auditoría externa para asegurar que los rastreos se limitaran a búsqueda de datos sobre transacciones de sospechosos de terrorismo y no un rastreo generalizado.

A raíz de la publicación en el *New York Times* en el 2002, las autoridades europeas iniciaron investigaciones sobre el acceso a cuentas de sus ciudadanos. La Agencia Española de Protección de Datos, por ejemplo, analizó posibles vulneraciones a la Ley Orgánica de Protección de Datos y encontró que se habían entregado más de 45 millones de mensajes de 140 bancos e instituciones financieras. Las autoridades europeas de protección de datos concluyeron que la entrega de datos personales al gobierno norteamericano “no es compatible con la finalidad comercial para la que se recabaron los datos...”²¹

Además de esta normativa, mucha de la estrategia antiterrorista se define, en el contexto internacional, por medio de acuerdos bilaterales y regionales. Unos de los medios de común uso es el Tratado de Asistencia Legal Mutua los cuales definen los mecanismos de cooperación entre un país, y sus agencias de investigación y persecución, y otro.

1. Estudio de una muestra de condenas, de la AN, referida a adultos (2000-2007)

Uno de los capítulos más interesantes es el que describe un estudio de una muestra de sentencias condenatoria de la Audiencia Nacional durante el período 2000-2007 por delitos de terrorismo. Los autores determinan que la variable fundamental es la sentencia condenatoria y no la persona condenada, ya que una misma persona puede ser objeto de múltiples condenas (Página 173). Asimismo se prioriza el anonimato de acuerdo con los requisitos de la legislación de protección de datos que prohíben que las base de datos judiciales revelen el apellido del sujeto y “solo aparecen nombres ficticios.”

No es claro cual es el impacto de esta determinación sobre la confiabilidad de la información obtenida ya que parece ser que la preocupación de velar por la intimidad de los condenados se extiende a la eliminación de cualquier dato que los pueda identificar como la fecha exacta de nacimiento por ejemplo. Los autores admiten que este esfuerzo para garantizar la privacidad de los condenados presenta obstáculos para el investigados y lo toman en cuenta al admitir que “por lo que no siempre es factible determinar si diferentes condenas se refieren a una misma persona” (Página 174). Además de los expedientes judiciales, los autores del estudio también consultaron los expedientes de abogados de personas imputadas por delitos de terrorismo aunque no se define claramente el número de expedientes de abogados consultados ni si son suplementarios o duplicativos de los expedientes judiciales.

En el informe se presentan un número impresionante de cuadros y gráficos de una manera que es algunas veces confusa. Por ejemplo, en las páginas 175-178 la primera sección describe el perfil de las personas condenadas y seguidamente se presentan los datos socio-demográficos de los condenados en quince tablas y dieciséis gráficos con el “objeto de facilitar al lector los datos en que se basan las consideraciones precedentes, así como ampliar algunas de ellas fuera de la categoría de ‘perfil del condenado”, pero, como se indicara, más que facilitar la comprensión del fundamento de las consideraciones, se genera confusión. Otro aspecto que genera confusión es la inclusión de tablas en diversas páginas. Verbigracia, la Tabla 7 se presenta en 5 páginas y media (páginas 184-199) y contiene diferente relatos de los hechos por los cuales el sujeto fue condenado. La Tabla 17 es aún más larga y contiene 218 entradas reportadas en 16 páginas.

IV. Aplicación de la Normativa Antiterrorista

²¹ AEDP, Las Autoridades Europeas de Protección de Datos Aprueban una Opinión sobre el caso ‘SWIFT”, https://www.agpd.es/upload/Prensa/OPINI%D3N%20Swift_28_11_2006.pdf, Consultado el 9 de septiembre de 2008. Para lo opinión de la Comisión Europea véase a: Opinion 10/2006 on the processing of personal data by the Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) , 06/EN/WP128, 22 de noviembre de 2006, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp128_en.pdf, Consultado el 9 de septiembre de 2008.

1. La Detención. La detención debe cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 17 CE el cual limita el plazo máximo de la detención a 72 horas. En los delitos de terrorismo, sin embargo, la Constitución prevé la posibilidad de suspender los derechos contenidos en el artículo 17.2 en relación con las investigaciones requeridas. El artículo 55.2 CE permite una suspensión una extensión del plazo máximo de 72 horas para permitir que se cumplan las necesidades de la investigación.

Los autores del informe detallan cuidadosamente los principios del derecho internacional dirigidos a garantizar que “toda persona detenida o privada de libertad ... deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales...” (Artículo 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH] citado en la página 243 del Informe). Al igual que otras directrices, como por ejemplo la relativa al concepto de debido proceso, ésta no especifica con exactitud lo que el término “sin dilación” quiere decir. Los autores del informe están en lo correcto al concluir que la razonabilidad de la duración de la detención se basa en: 1) la necesidad; 2) los hechos que sustentan que existe una sospecha razonable de que el detenido es culpable de un delito de terrorismo; 3) y los recursos disponibles para cuestionar la detención.

Otras normas internacionales igualmente afirman estos principios del debido proceso. Así por ejemplo, el Artículo § 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) requiere que: “(t)oda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.” En el mismo sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH) sostiene en su Artículo 7 § 6 que “(t)oda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.”

En el caso de *Brogan c. Reino Unido*²², el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizó la detención de varias personas que estaban bajo sospecha de haber infringido una normativa antiterrorista en Irlanda del Norte. Los detenidos fueron puestos en libertad después de varios días de detención sin nunca haber comparecido ante una autoridad judicial y el Tribunal concluyó que el CEDH requiere que todo detenido comparezca ante una autoridad judicial “sin dilación.” Al encontrar una violación del Artículo 5 § 3 en este caso, la Corte concluyó que en “la determinación de lo que consiste en “sin dilación” tiene que hacerse tomando en consideración el propósito y objetivo del Artículo 5 que preserva un derecho fundamental, específicamente la protección del individuo contra interferencias arbitrarias del Estado sobre su derecho a la libertad. El control judicial de estas interferencias es una característica fundamental de esta garantía cuyo objetivo es minimizar la posibilidad de arbitrariedad. Conforme a lo establecido en el Artículo 5 (3) para justificar una detención de 4 días y 6 horas sin haber presentado al detenido ante un juez habría que darle una interpretación demasiado amplia al término ‘sin dilación’. Esta interpretación constituiría un debilitamiento grave de esta garantía procesal.”²³ Como resultado de este fallo, el gobierno

²² 145-B European Court of Human Rights (ser. A) (1988). Véase también: *De Jong, Bajlet y Van den Brink c. Países Bajos*, 77 European Court of Human Rights (ser. A) (1984), §52; Despina Chatzivassiliou, “The guarantees of judicial control with respect to deprivation of liberty under article 5 of the European Convention of human rights: An overview of the Strasbourg case-law,” 5 *EPA Forum* 499, 2007

²³ Id., § 58. El texto en inglés es el siguiente: “The assessment of ‘promptness’ has to be made in the light of the object and purpose of Art 5 which enshrine a fundamental right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty. Judicial control of such interferences is an essential feature of this guarantee, which is intended to minimise the risk of arbitrariness. Under article 5(3) to justify detention of 4 days and 6 hours without appearance before the judge would be an unacceptably wide interpretation of the plain meaning of the word ‘promptly’. Such an interpretation would import into the provision a serious weakening of a procedural guarantee.”

británico derogó, con base en el Artículo 15 del CEDH, su obligación de cumplir con este requisito.

2. La cuestión de la incomunicación

El aspecto más controversial y criticado de la política judicial antiterrorista es el uso de la detención incomunicada. Los autores del informe afirman que (n)o existe en el ámbito internacional regulación similar a la de la incomunicación contemplada en las disposiciones de la LECrim. El carácter excepcional de la presente medida sólo puede ser interpretada como una derogación del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las Altas Partes Contratantes, que sólo se admite como consecuencia de la existencia de una situación de guerra o de peligro que amenace la vida de la nación.” (Página 267). Sin embargo, el derecho internacional contempla este tema en primer lugar, en el Artículo 3 de la CEDH que garantiza que “(n)adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FREU) en su Artículo 4 repite textualmente la misma disposición del Artículo 3 de la CEDH.”

En el caso de *Rohde c. Denmark*²⁴, el TEDH analizó el caso de un ciudadano danés que había sido detenido por tráfico de drogas en el aeropuerto de Copenhague y trasladado a una prisión donde permaneció incomunicado por más de un año mientras la policía completaba su investigación. Posteriormente, se estableció que la incomunicación durante la detención le causó una psicosis paranoica. El presentó una demanda por daños y perjuicios y la Corte Suprema del país acordó otorgarle compensación pero rehusó caracterizar el tratamiento como “tortura o tratos inhumanos o degradantes.” El TEDH, en una sentencia de cuatro votos contra tres, determinó que no hubo una violación del Artículo 3 sin procurar mucha explicación.

Cabe resaltar que las principales características de la estrategia judicial antiterrorista se basan en la detención incomunicada de sospechosos terroristas y la postergación de su primera comparecencia ante una autoridad judicial con el fin de profundizar la investigación. El uso más extenso de este método ocurrió después de los atentados del 11 de marzo de 2004, cuando unas 120 personas fueron detenidas y sometidas al régimen de incomunicación. El Relator Especial de la ONU expresó en su informe del 2008 su preocupación por “las denuncias de interrogatorios constantes sin la presencia de un abogado, combinados con amenazas asociadas al origen de los detenidos, privación de sueño y, en algunos casos, el uso de la fuerza física. Según esas denuncias, algunos detenidos no se atrevieron a informar de su situación al médico forense que los visitaba ya que no siempre podían distinguir entre un médico enviado por las autoridades y los interrogadores vestidos de paisano.” Asimismo, el relator señaló que el gobierno español pudiera haber “recurrido al régimen de incomunicación para obtener información que pudiera ayudar en las investigaciones y no únicamente información relacionada con los sospechosos de terrorismo.”²⁵ El Relator también se quejó de que “la mayoría de las denuncias de malos tratos físicos y psicológicos presentadas ante el juez de instrucción tras el período de detención policial, e incluso reiteradas ante el tribunal durante el juicio, fueron ignoradas. En ese respecto, resulta preocupante que, según las informaciones recibidas, la única denuncia por malos tratos durante la detención incomunicada, que dio lugar a una investigación, fue la presentada por un ciudadano español.”²⁶

Casi todos los informes de relatores de derechos humanos han abogado, después de sus visitas a España, por la reducción o eliminación de la incomunicación como un mecanismo de investigación en casos de terrorismo, especialmente si es la norma y no la excepción. En el informe más reciente, Martin Schein, preconizó por “que se erradique definitivamente por completo la figura de la incomunicación y exhorta a España a que examine francamente la posibilidad de adoptar iniciativas en esa dirección. El recurso a ese régimen excepcional no sólo entraña un riesgo de que se produzca un trato prohibido, sino que expone a España a

²⁴ European Court of Human Rights Series A no. 69332/01 (2003). Véase: Peter Scharff Smith, “The Effects of Solitary Confinement on Prison Inmates: A Brief History and Review of the Literature,” 34 *Crime and Justice* 441 (2006).

²⁵ Martin Scheinin, supra, § 22.

²⁶ *Ibid.*, § 23.

acusaciones de torturas y, por consiguiente, resta legitimidad a su actuación antiterrorista.”²⁷ Asimismo, el Relator Theo van Boven, criticó esta práctica y recomendó su abolición. El gobierno español rechazó su recomendación y argumentó que el recurso “bajo control judicial, a la incomunicación de algunos detenidos sigue siendo importante en el aspecto operativo, ya que evita que se puedan destruir pruebas o indicios relevantes, desaparezcan medios empleados en atentados, la huída de cómplices o colaboradores, todo lo cual sucedía en el pasado a causa de la colaboración criminal de abogados próximos a ETA.”²⁸

Durante la incomunicación el detenido tiene derecho a la asistencia de un abogado de oficio, no podrá comunicarse la detención y el lugar de ésta a los familiares del detenido u otras personas ni a su Consulado si es extranjero, el detenido no podrá entrevistarse en privado con su abogado, aunque tiene derecho a que esté presente cada vez que preste declaración.

Un mecanismo para evitar malos tratos y violaciones de derechos humanos es la aplicación de los métodos acordados en virtud del denominado “Pacto Garzón” que incluye una vigilancia por video constante, el guardar las grabaciones para revisión posterior y un examen por un médico de su elección. Este Protocolo solo se aplica por medio de orden judicial y solamente un tercio de los jueces instructores de casos de terrorismo aplican este Protocolo.”²⁹

En el 2008, el Comité de Derechos Humanos de la ONU recomendó, en su informe sobre España, “nuevamente que se adopten las medidas necesarias, incluidas las de carácter legislativo, para suprimir definitivamente el régimen de incomunicación, y que se reconozca a todos los detenidos el derecho a la libre elección de un abogado que puedan consultar de manera plenamente confidencial y que pueda estar presente en los interrogatorios. Asimismo, el Estado parte debe hacer que se utilicen sistemáticamente medios audiovisuales para grabar los interrogatorios en todas las comisarías de policía y lugares de detención.”³⁰

a. El derecho a la defensa

La normativa española establece que el abogado defensor durante este periodo inicial será un abogado de oficio y no necesariamente el abogado seleccionado por el detenido y que tampoco tendrá derecho a la entrevista con su abogado prevista para otros detenidos. El propósito de prohibir acceso a abogados privados es el evitar posibles comunicaciones a elementos terroristas por medio del defensor. Esto, a primera vista, parece estar prohibido por el artículo 6.3 (c) del CEDH el cual reconoce que el derecho a la defensa es un derecho personal del acusado por lo que le garantiza el derecho a defenderse por sí mismo “o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.”

El Comisionado de Derechos Humanos de la Unión Europea, en su informe sobre España en el año 2006, reconoció el fundamento legal y práctico de las restricciones sobre comunicación reservada entre el abogado de oficio y el detenido. Sin embargo, sugirió que “Sería importante, sin embargo, que el detenido pudiera entrevistarse, al menos una vez, de forma privada con su abogado o poder expresarle, en plena libertad, si ha sido objeto de eventuales malos tratos.”³¹

Como se ha demostrado en Estados Unidos, el gobierno puede tomar medidas para asegurar que los abogados defensores no revelen información confidencial o trasmitan mensajes a elementos terroristas. En el caso de Lynne Stewart, una abogada defensora que representaba al líder del primer atentado contra las Torres de Nueva York, fue sentenciada por

²⁷ *Ibid.*, § 32.

²⁸ Notas verbales de la Misión Permanente de España ante la ONU, *supra*, p. 37.

²⁹ *Ibid.*, § 34.

³⁰ Comité de Derechos Humanos, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 40 del Pacto CCPR/C/ESP/CO/5/, 31 de octubre de 2008, § 14, http://www.sanborondon.info/images/stories/_politica/sociedad/documentos/informe_onu.pdf, consultado el 2 de marzo de 2008.

³¹ Informe de Alvaro Gil Robles, *supra*, § 23.

encubrir las actividades del Sheik Abdel Rahman. Durante una visita con su cliente en la cárcel, ella permitió que el traductor recibiera y transmitiera mensajes, en árabe, para los seguidores del Sheik en Egipto en los cuales se rompía una tregua establecida previamente. La Fiscalía acusó a Stewart y al traductor de proporcionar ayuda material al terrorismo al utilizar medios de comunicación y transmitir el mensaje de Rahman a sus seguidores. Stewart argumentó que la norma carece de especificidad, especialmente cuando penaliza el derecho de expresión. En el juicio ella fue encontrada culpable y fue sentenciada a prisión.³²

Quizás lo más cuestionable de esta normativa, como lo señalan correctamente los autores, es la prohibición de que el detenido se entreviste reservadamente con el abogado de oficio que él mismo no seleccionó. De nuevo los autores concluyen que la única sustentación en el derecho internacional podría encontrarse si el estado español deroga los requisitos del Artículo 6.3 de acuerdo al artículo 15 del CEDH. Asimismo los Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados requieren, en su artículo 8 que “(a) toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.”³³

b. Control Judicial

Un factor que puede ser cuestionado desde la perspectiva de la normativa internacional es el nivel de control “efectivo” que ejerce el Poder Judicial sobre la orden de incomunicación ya que la normativa española permite un lapso de 24 horas antes de requerir la orden judicial. Esto es aún más cuestionable cuando se toma en cuenta que “la adopción provisional de la medida se produce de forma automática en todos los casos de terrorismo” (Página 275). Los autores concluyen que el fundamento internacional de la medida de incomunicación se encuentra en el Artículo 15 de la CEDH que permite que los estados deroguen las obligaciones del Convenio “siempre y cuando exista una situación de guerra o peligro público que amenace la vida de la nación. Sin embargo, esta medida excepcional no debe ser tomada sin intervención judicial, hecho que convertiría a la misma en contraria de las previsiones del artículo 15 mencionado.”(Página 275).

El artículo 5.3 de la CEDH garantiza que nadie puede ser privado de su libertad si no ha comparecido ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley “para que ésta determine que existen “indicios razonables de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido” (Artículo 5.1 (c).

c. Duración de la incomunicación

La incomunicación no puede ser extendida más de cinco días. Sin embargo, el juez de la causa podrá ordenar una segunda etapa de incomunicación con una duración máxima de tres días. Si se suman los plazos máximos de detención policial y de prisión provisional, la incomunicación puede extenderse, en determinadas circunstancias, hasta por un período de dieciocho días.³⁴

d. Los menores y la normativa antiterrorista

³² *United States c. Sattar*, 395 F. Supp. 2d 79 (SD NY 2005).

³³ Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, U.N. Doc. A/CONF. 144/28/Rev. 1 (1990), http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp44_sp.htm, consultado el 22 de febrero de 2009.

³⁴ Informe de Alvaro Gil-Robles, *supra*, § 21.

El tema de menores se trata dentro del contexto de la incomunicación y es posible que requiera un tratamiento separado del de adultos en virtud de la naturaleza y del objetivo de la regulación penal, así como del procedimiento mismo. En el caso de España, los autores del informe revisan primero la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 que pone de manifiesto “que los cambios que la misma van a suponer para el menor responsable de ‘actos de terrorismo urbano’ van a ser mínimos en esta materia que ‘no se trata en consecuencia, de excepcionar de la LO 5/2000 a estos menores [...] sino de establecer las mínimas especialidades necesarias para que el enjuiciamiento de las conductas de los menores responsables de delitos terroristas se realice en las condiciones más adecuadas a la naturaleza de los supuestos que se enjuician y a la trascendencia de los mismos para el conjunto de la sociedad, manteniendo sin excepción, todas las garantías procesales que, para los menores, ha establecido la LO 5/2000” (Página 291-292). Sin embargo, como lo comentan los autores del informe, la normativa tiene incidencia sobre el tratamiento de menores sospechosos de haber cometido actos de terrorismo al permitir que se prorrogue el período de detención, que puedan ser juzgados por un tribunal de menores en la Audiencia Nacional y las condiciones en que el menor está encarcelado.

La Convención sobre los Derechos del Niño³⁵, en su artículo 37 prohíbe que ningún niño “sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” También requiere que la privación de libertad de niños solamente se use como último recurso y durante el período más breve que proceda.” Este mismo énfasis se encuentra en las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)³⁶, las cuales requieren que “(n)ingún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución.” Esta normativa exhorta a los países a que promulguen “leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.”³⁷

Asimismo, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, requieren que “(l)a privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.”³⁸ En estas reglas se define a un menor como una persona menor de 18 años de edad. Además, las reglas son explícitas al prohibir que “todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria.”³⁹ Las reglas también enfatizan la importancia de mantener los contactos del menor con la comunidad incluyendo la comunicación con sus familiares; a salir del centro para visitar a su familia, centros educativos o tratamiento médico; y el derecho a recibir visitas frecuentes y la comunicación “sin restricciones con la familia o el abogado defensor”⁴⁰ Finalmente, las Naciones Unidas en 1985 promulgaron las Reglas

³⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm, consultada el 23 de febrero de 2009; Para una explicación de la historia y cobertura de la Convención, véase: Rebeca Rios-Kohn, “The Convention on the Rights of the Child: Progress and Challenges”, 5 *Georgetown Journal on Fighting Poverty* 139, 141 (1998).

³⁶ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp47_sp.htm, consultada el 23 de febrero de 2009, § 54.

³⁷ *Ibid.*, § 56.

³⁸ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp37_sp.htm, § 2, consultado el 23 de febrero de 2009.

³⁹ *Ibid.*, § 67.

⁴⁰ *Ibid.*, §§ 59-62.

Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁴¹ que regulan los procesos de menores.

En uno de los pocos casos donde ha habido un pronunciamiento sobre la penalización de actos de terrorismo por parte de menores, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas en el 2008 le comunicó al Gobierno de Algeria:

“... su preocupación por el hecho de que en el marco de la lucha antiterrorista sean considerados responsables penalmente y detenidos menores de edad a partir de los 16 años. Le preocupan también las informaciones recibidas que indican que los menores detenidos no estarían separados de los adultos (arts. 2 y 11). El Estado Parte debería elevar la edad mínima de responsabilidad penal por actos de terrorismo para ponerla en consonancia con las normas internacionales generalmente aceptadas al respecto. Debería garantizar también que los menores reciben un trato acorde con su edad, de conformidad con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de Tokio). Además, el Estado Parte debería garantizar que los menores detenidos estén separados de los adultos.”⁴²

Uno de los casos más criticados de detención y aislamiento de menores detenidos por actos de terrorismo ocurridos como resultado de un conflicto armado es el de Omar Khadr, ciudadano canadiense capturado en Afganistán cuando tenía 15 años e internado en la prisión de Guantánamo por ser considerado como un “combatiente enemigo” bajo la jurisdicción militar norteamericana. Esta detención continúa aún después de que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se pronunciara en el 2006 al elaborar los principios de la administración de justicia militar y determinar que los gobiernos deben “respetar las garantías establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores las cuales deben gobernar el enjuiciamiento y el castigo de menores que están dentro e la categoría de personas vulnerables. En ningún caso, por lo tanto, deben menores ser situados bajo la jurisdicción de la justicia militar.”⁴³

El TEDH, sin embargo, ha sido mucho más reticente de intervenir en casos de menores. En *T. c. Reino Unido y V. c. Reino Unido*⁴⁴ el TEDH consideró el asesinato de un niño de dos años de edad cometido por dos menores de diez años de edad. El gobierno británico procedió penalmente contra ellos y los procesó como adultos. Los menores fueron sentenciados a un período indefinido de prisión. Ellos presentaron un recurso ante el TEDH reclamando que su tratamiento violaba el artículo tercero de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Tribunal determinó que no existía un consenso internacional sobre la edad mínima de responsabilidad penal y por lo tanto el enjuiciamiento de menores de 11 años de edad no violaba el Artículo 3 de la Convención Europea. Cinco de los 17 jueces que conformaban el Tribunal difirieron de la mayoría y concluyeron que en la mayoría de los países ningún niño menor de 13 o 14 años sería procesado como adulto. En otro caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso de *Bouamar v Bélgica*,⁴⁵ no encontró

⁴¹ http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp48_sp.htm, consultado el 23 de febrero de 2009.

⁴² Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 19 de la Convención: Observaciones finales del Comité contra la Tortura: ARGELIA, CAT/C/DZA/CO/3, 26 de mayo de 2008, <http://www.universalhumanrightsindex.org/hrsearch/displayDocumentVersions.do?sessionId=C21FCF4D534FD0F2CFB A2A3812DBE5E1?lang=en&docId=1405>, consultado el 23 de febrero de 2009.

⁴³ “Statement by Professor Richard J. Wilson, Children in Armed Conflict: The Detention of Children at Guantanamo Bay, and the Trial for War Crimes by Military Commission of Omar Khadr, a Child”, Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights, 16 de septiembre de 2006., <http://ejp.ici.org/IMG/MrWilsonStatement.pdf>, consultado el 23 de febrero de 2009; Matthew Happold, “Child Soldiers: Victims or Perpetrators?”, 29 *University of La Verne Law Review* 56 (2008).

⁴⁴ 30 European Court of Human Rights 121 (2000).

⁴⁵ 11 European Human Rights Reports 1 (1987).

una violación por la detención de un menor de 15 años de edad por 8 meses en un centro de observación.

e. Procedimiento de Habeas Corpus

Los autores presentan un análisis de la legislación nacional que regula el habeas corpus en el contexto de la detención incomunicada. Esta responde fundamentalmente "a la necesidad de articular un procedimiento lo suficientemente rápido como para alcanzar la inmediata comprobación judicial de la legalidad y de las condiciones de detención y suficientemente sencillo como para que sea accesible a todos los ciudadanos" (Página 303). Los autores también consideran la posibilidad de suspensión del derecho por medio de una derogación del requisito de la Convención Europea por medio del artículo 15 que lo permite en "caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación."

Los principales convenios internacionales de derechos políticos y humanos reconocen el derecho a recurrir ante tribunales para cuestionar la legalidad de una detención. Así por ejemplo, el PIDCP establece en su Artículo 9, § 4 que "(t)oda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal." Igualmente, el CEDH en el Artículo 5, § 4, reconoce que "(t)oda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se renuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal."

Algunos de los casos más difíciles para resolver son aquellos en los cuales el estado alega que la información solicitada bien por el tribunal nacional o el internacional contiene datos que ponen en peligro la seguridad nacional. En varios casos, el TEDH ha insistido que los tribunales nacionales deben tener acceso a suficiente información para poder tomar decisiones razonables. En el caso de *Brannigam y McBride c. Reino Unido*, Branningam había estado detenido en condiciones de aislamiento por delito de terrorismo por un período de seis días y medio. Durante el periodo de detención él tuvo oportunidad de consultar con su abogado y fue examinado por médicos 17 veces. McBride permaneció detenido en aislamiento por un período de 4 días y seis horas durante el cual fue interrogado casi continuamente, pudo consultar con su abogado y fue examinado por médicos ocho veces. De conformidad con la normativa antiterrorista en Irlanda del Norte, una persona puede permanecer detenida por un periodo de 7 días, periodo durante el cual la persona puede presentar un recurso de habeas corpus para cuestionar la legalidad de la detención. Con base en el fallo del TEDH en el caso de *Brogan c. Reino Unido*, el gobierno británico se apoyó en el Artículo 15 para derogar los artículos del CEDH que limitaban las detenciones de larga duración sin presentación ante una autoridad judicial. La razón dada para justificar la separación de la autoridad judicial de la revisión de la legalidad de la detención fue la necesidad de mantener el secreto de las fuentes que justificaban la detención. Los detenidos, en este caso, (Brannigam y McBride) argumentaron que el recurso disponible era insuficiente ya que toma lugar en secreto y el tribunal no tiene acceso a la información más relevante ya que se considera confidencial. El Tribunal, sin embargo, determinó que el recurso de habeas corpus, con sus limitaciones, era suficiente para cumplir con los requisitos del CEDH y que la derogación del artículo 5 del CEDH cumplió con los requisitos del Convenio. En *Fox, Campbell y Hartley c. Reino Unido*,⁴⁶ el TEDH reconoció la responsabilidad del gobierno para revelar a un tribunal considerando un recurso de habeas corpus suficiente información que le permita determinar si existía una sospecha razonable para concluir que la persona detenida era culpable de un delito.

Uno de los requisitos fundamentales del derecho al habeas corpus es la rapidez en el cual el recurso es resuelto por el tribunal que lo revisa. En el caso de *Aksoy c. Turquía*⁴⁷, por ejemplo, el TEDH determinó que aún en el caso de una derogación del artículo 5, la carencia

⁴⁶ Series A no. 182 (1990).

⁴⁷ 23 European Human Rights Reports. 553 (18 de diciembre de 1996).

de un recurso rápido de habeas corpus y en la ausencia de derechos a visitas familiares o el acceso a un abogado hay una violación del Convenio por una detención en aislamiento de 14 días. El Tribunal diferenció este caso de los *de Brannigan* y *McBride* en los cuales el gobierno británico permitió acceso a un abogado 48 horas después del comienzo de la detención y la oportunidad de revisión de la legalidad de la detención bajo el recurso de habeas corpus.

3. Torturas y tratos degradantes

Los autores el Informe reconocen correctamente que “(l)a adopción de medidas excepcionales como la prórroga de la detención y la detención incomunicada sin controles, ni garantías específicas pueden resultar, en este sentido, favorecedora de una situación de tortura que están sancionadas por el Ordenamiento Jurídico español a tenor de la normativa interna y de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado”(Página 319).

En lo que se refiere a la normativa internacional, el Informe destaca el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos así como el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del CEDH. En estos casos se prohíbe la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En reconocimiento de la importancia del tema, las Naciones Unidas promulgó la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. Aunque ha habido un debate sobre lo que constituye tortura como consecuencia de las prácticas de interrogatorio de sospechosos de terrorismo de las autoridades norteamericanas en los últimos años, el Convenio es bastante claro en definir lo que constituye tortura. Esta definición excluye “las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con la reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.”

Los autores del Informe reconocen correctamente que la jurisprudencia del TEDH ha ido evolucionando pero siempre a favor de una definición más amplia de las conductas prohibidas por la normativa internacional. Además del control ejercido por órganos jurisdiccionales internacionales como el TEDH o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la comunidad internacional ha diseñado un mecanismo de control bajo un sistema de visitas periódicas por autoridades independientes con el fin de identificar y prevenir los abusos de personas bajo custodia.

Como se ha mencionado anteriormente, el gobierno español ha sido objeto de varias misiones internacionales para evaluar el nivel de cumplimiento oficial con los requisitos de la normativa internacional contra la tortura. En ninguna visita se encontró una tolerancia oficial de estos abusos. Sin embargo, como lo señala el Informe, la práctica más cuestionada es el aislamiento o la incomunicación del detenido. Esto es especialmente peligroso, como lo señalan los informes, cuando se limita el acceso a familiares y abogados seleccionados por el detenido. La incomunicación no solamente facilita la posibilidad de abusos contra el detenido sino que en sí puede llegar a constituir una forma de tortura o trato cruel o degradante.

4. Derecho a un proceso con todas la garantías

Estimo que el título de este capítulo pudiera ser más claro si se hablara del derecho a un “debido proceso” en lugar de un proceso con todas las garantías, ya que el primer término tiene una connotación aceptada internacionalmente y una jurisprudencia amplia que lo define. Casi todos los países al tratar temas de terrorismo coinciden en intentar limitar los requisitos del debido proceso.

Los derechos básicos de un proceso justo se describen similarmente en los convenios internacionales de derechos humanos.⁴⁸ El CEDH, al igual que otras convenciones de derechos humanos, la Convención Americana, por ejemplo, permite que estados deroguen

⁴⁸ Véase por ejemplo, el Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Artículos 5 de la CEDH, y los Artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

ciertos artículos bajo situaciones de emergencia. El artículo 15 permite que en “caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” los estados deroguen el cumplimiento estricto de los requisitos del Convenio con la excepción del derecho a la vida garantizado por el artículo 2, la prohibición de la tortura en el artículo 3 y la esclavitud en el artículo 4 o el requisito que nadie pueda ser sentenciado por un delito sin una ley que lo prescriba (artículo 7). En uno de los casos más importantes en esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó la petición del gobierno de Uruguay para definir cuáles cuáles son “esas garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas en estados de emergencia.”⁴⁹

Las garantías del debido proceso que consisten en “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades” garantizadas por el Convenio... y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud.” Asimismo se requiere la “intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.... El carácter judicial de tales medios ” implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción.” La Corte reiteró que “(n)o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.”⁵⁰ La Corte concluyó que los principios del debido proceso de ley no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales. Esta conclusión es aún más evidente respecto del hábeas corpus y del amparo, a los que la Corte se referirá en seguida y que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión.⁵¹

El artículo 6 de la CEDH requiere que “(t)oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.” El resto del artículo define los derechos de un acusado en un proceso justo. Entre ellos, se encuentran el derecho a:

a. Ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial

Los tribunales internacionales han tenido oportunidad de determinar los alcances de este requisito y han enfatizado la autonomía de la autoridad competente y el poder que ejerce al revisar la legalidad de la detención y garantizar el cumplimiento con los requisitos procesales. Un fiscal, por ejemplo, no puede ejercer el papel de juez imparcial que la CEDH

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.doc, consultado el 28 de febrero de 2009.

⁵⁰ *Ibid.*, § 24.

⁵¹ *Ibid.*, § 30.

requiere ni tampoco un tribunal militar.⁵² Ellos, sin embargo, han determinado que la conformación de tribunales especiales, dedicados a perseguir el crimen organizado y/o el terrorismo, son permisibles, tal es el caso de la Audiencia Nacional en España. Sin embargo, el TEDH ha rechazado como justificación de la carencia de jueces como garantes del proceso las dificultades que los procesos penales contra supuestos terroristas implican. En un caso turco, *Demir and Others c. Turquía*,⁵³ por ejemplo, el gobierno arrestó a tres miembros de un partido de oposición y los detuvo incomunicados por un periodo que abarcó entre 16 y 23 días, después de lo cual un tribunal los condenó por delitos de terrorismo. El TEDH cuestionó la ausencia de autoridades nacionales capaces de actuar en casos de terrorismo al determinar que la Convención requiere la comparecencia de detenidos ante autoridades judiciales “sin dilación” lo cual no es suspendido por la existencia de cuestiones de terrorismo.

b. Un juicio público y el principio de contradicción

Con relación a este derecho, éste debe ser entendido dentro del contexto del procedimiento penal español y el principio del “secreto del sumario.” Los autores del Informe explican que “(e)l secreto del sumario se autoriza para evitar la publicidad de la situación y de los resultados de la instrucción judicial, permitiendo al juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y notifique a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos facticos y jurídicos de aquéllas”(Página 389). Ellos analizan la sentencia de la Audiencia Nacional con relación a los atentados del 11 de marzo y concluyen que, de acuerdo a la decisión de la Audiencia Nacional, “la larga duración del secreto del sumario no vulnera el derecho de defensa al alzarse el secreto parcialmente y de forma progresiva, desde el inicio de las actuaciones, lo que procura un conocimiento suficiente de las mismas, incluso dando copia del contenido del sumario no secreto. Por su parte, el TEDH estimo en un caso que la “igualdad procesal no está garantizada si se niega el acceso del abogado a los documentos del sumario que son esenciales para poder recurrir efectivamente la legitimidad de la detención de su cliente” (Página 389). Ellos concluyen esta sección del Informe afirmando que hasta el momento no han llegado a nuestros tribunales, ni a los órganos de Estrasburgo, casos sobre juicios a procesados por terrorismo que se hayan realizado a puerta cerrada, posibilidad que está prevista en el art. 6. 1 CEDH. De la jurisprudencia general se deduce que, de darse, deberán justificarse como una medida excepcional, razonada y proporcional en una sociedad democrática (Página 391).

En su reciente informe sobre España, el Comité de Derechos Humanos de la ONU concluyó que “aunque tiene en cuenta las explicaciones dadas por el Estado Parte, está preocupado por la figura del secreto de sumario con arreglo a la cual, en el marco de una instrucción penal, el juez puede prohibir total o parcialmente el acceso de la defensa a la información resultante de la instrucción (artículo 14 del Pacto). El Estado Parte debe prever la supresión del secreto de sumario, a fin de ajustarse a la jurisprudencia reiterada del Comité que afirma que el principio de la igualdad procesal exige que las partes dispongan del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de sus alegatos, para lo cual deben tener acceso a los documentos necesarios a esta finalidad.”⁵⁴

c. Ser juzgado dentro de un plazo razonable

Este derecho garantiza que el estado concluya el proceso que inició con la acusación dentro de un plazo razonable. En el afán de combatir el terrorismo en su país, Turquía, por ejemplo, limitó el derecho a un juicio sin dilación. El gobierno turco argumentó que la naturaleza del delito de terrorismo requiere una investigación más exhaustiva que delitos ordinarios y por lo tanto un proceso de terrorismo requiere una duración superior a procesos en otros tipos de

⁵² *Dalkılıç c. Turquía (1994) y Varbanov c. Bulgaria (2000).*

⁵³ (21380/93) (1998) ECHR 88 (23 de septiembre de 1998).

⁵⁴ Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al Artículo 40 del Pacto CCPR/C/ESP/CO/5/, 31 de octubre de 2008, § 18, http://www.sanborondon.info/images/stories/politica/sociedad/documentos/informe_onu.pdf, consultado el 2 de marzo de 2008.

delitos.⁵⁵ El TEDH reconoció la dificultad de proceder en casos de terrorismo. Sin embargo, esto no les da a las autoridades carta blanca para violar las garantías de la Convención simplemente alegando la dificultad de proceder en casos de terrorismo.

d. La presunción de inocencia y derecho a guardar silencio

En los casos de *Heaney and McGuinness c. Irlanda y Quinn c. Irlanda*,⁵⁶ las autoridades detuvieron a los acusados por membresía en una organización terrorista. Durante el interrogatorio ellos rehusaron declarar. La norma antiterrorista en Irlanda del Norte establecía que el rehusar contestar preguntas durante un interrogatorio era en si un delito. El TEDH determinó que la misma violaba el derecho del acusado a mantener silencio garantizado por la Convención. Anteriormente, el TEDH en *Murray v. Reino Unido*,⁵⁷ había determinado que el derecho a mantener silencio no es un derecho absoluto sin o que pueden existir situaciones en las cuales una explicación era necesaria o esperada. En otros dos casos, sin embargo, el TEDH ha encontrado violaciones de la Convención.⁵⁸ Asimismo, en *Telfner c. Austria*⁵⁹ el TEDH declaró que al asumir la culpabilidad del acusado por su silencio constituye una inversión de la carga procesal.

El TEDH también ha prohibido el uso de declaraciones de testigos anónimos o de policías que han interrogado al acusado. Aunque el TEDH ha admitido que pudiera ser posible que en algunos casos la identidad del testigo debiera ser mantenida secreta, un acusado no puede tener un juicio justo si no puede confrontar o interrogar a los testigos en su contra.⁶⁰

e. Una defensa legal

El derecho a una defensa legal es un principio básico del debido proceso que no puede ser derogado. Este derecho, sin embargo, no es totalmente absoluto como se puede ver en las limitaciones españolas que permite la asignación de abogados de oficio en lugar de abogados seleccionados por el detenido durante el período de incomunicación en casos de terrorismo. Esto ha sido objeto de cuestionamiento en varios de los informes sobre derechos humanos en España. *Human Rights Watch*, en su informe, por ejemplo, concluyó que:

“El derecho de los sospechosos de terrorismo a una defensa efectiva, ya socavado por las limitaciones al acceso a un abogado durante el período de incomunicación, se ve aún más debilitado por el uso del secreto de sumario. Los jueces pueden—y con frecuencia lo hacen—imponer el secreto de sumario sobre la investigación y las diligencias judiciales, ya sea a la totalidad o a una parte. De acuerdo con el secreto de sumario, los abogados defensores no tienen acceso a información crítica relativa a sus clientes o las pruebas contra ellos, lo que incluye las razones para el mantenimiento de la prisión provisional. Esta restricción del acceso puede durar hasta que la fase investigativa del proceso judicial esté a punto de concluir.”⁶¹

Gran parte de la jurisprudencia del TEDH en esta materia surge como resultado de las prácticas de las autoridades británicas en Irlanda del Norte. En el caso de *Magee c. Reino Unido*,⁶² por ejemplo, Magee fue detenido incomunicado por terrorismo e interrogado por 48 horas hasta que confesó su participación en un atentado terrorista. Durante el interrogatorio, Magee pidió que se le permitiera consultar con un abogado. El TEDH determinó que el gobierno británico había violado los derechos de Magee bajo el artículo 6 § 3(c) de la

⁵⁵ *Sakik y Otros c. Turquía*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos., 26 de noviembre de 1997.

⁵⁶ 33 European Reports 12 (2001).

⁵⁷ *Murray c. Reino Unido*, 23 EHRR 29 (1996).

⁵⁸ *Condron c. Reino Unido*, 31 EHRR 1 (2001) y *Beckles c. Reino Unido*, 36 EHRR 162 (2003).

⁵⁹ *Telfner v. Austria*, 34 EHRR 207 (2002).

⁶⁰ *Kostovski c. Países Bajos* (1990) 12 EHRR 434; *Windisch c. Austria* (1990) 13 EHRR 281; *Ludi c. Suiza* (1993) 15 EHRR 173; *Doorson c. Países Bajos* (1996) 22 EHRR 330; *Van Mechelen c. Netherlands* (1997) 25 EHRR 647; *A. M. c. Italia*, Aplicación No. 37019/97, 14 de diciembre de 1999; *Luca c. Italia*, Aplicación No/ 33354/96, febrero 27 de 2001.

⁶¹ Human Rights Watch, “¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España,” <http://www.hrw.org/en/reports/2005/01/26/sentando-ejemplo>, consultado el 22 de febrero de 2009.

⁶² 31 European Human Rights Reports 822 (2000).

Convención el cual requiere que todo acusado tiene derecho a “a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.”

El derecho a una defensa efectiva está muy relacionado y garantiza el cumplimiento de otros derechos procesales al equiparar las partes del proceso. Así, por ejemplo, en el caso de *P. S. c. Alemania*,⁶³ el TEDH determinó que:

“Todas las pruebas deben ser presentadas normalmente en una audiencia pública, en la presencia del acusado, con la posibilidad de un debate adversario. Aunque hay excepciones a este principio, estas no deben infringir los derechos de la defensa. Como regla general, se le debe dar al acusado una oportunidad adecuada y apropiada para rebatir e interrogar a un testigo en su contra o en el momento que brinda su testimonio o en una etapa posterior.

El Tribunal también declaró que “cuando una sentencia condenatoria está basada, solamente o en grado decisivo, en declaraciones que el acusado no ha tenido oportunidad de revisar, durante la investigación o el juicio, el derecho a una defensa es tan restringido que es incompatible con las garantías del Artículo 6.”

Una de las prácticas españolas criticadas por los informes de organizaciones de derechos humanos es la limitación a las comunicaciones entre el abogado defensor y su cliente acusado de terrorismo durante el período de incomunicación. Aunque el Tribunal Constitucional ha determinado que la representación por medio de un abogado de oficio no viola el derecho del detenido a una defensa legal, “esta cuestión ha seguido siendo planteada por los letrados de procesados en causas de terrorismo... (L)o que realmente se pone en tela de juicio es el hecho de que a los detenidos, en aplicación de los arts. 520 bis y 527 LECrim, se les incomunicara, impidiéndoles la asistencia de un abogado de su confianza durante la declaración policial, así como la entrevista posterior a esa declaración. Asimismo, se denuncia que la declaración a presencia judicial se realizara sin haber podido entrevistarse previamente con los Abogados designados por las familias. En definitiva, se discute la legitimidad, desde el punto de vista del derecho a la asistencia letrada y a la defensa, de las restricciones de estos derechos legalmente establecidas para las situaciones de incomunicación” (Página 404 del Informe).

El secreto profesional es uno de los principios básicos del ejercicio de la abogacía. Así, por ejemplo, el Artículo 8 § 2 (d) de la Convención Americana de Derechos Humanos garantizan el derecho del acusado a “comunicarse libre y privadamente con su defensor.”⁶⁴ En varias ocasiones, sin embargo, gobiernos han limitado los contactos entre abogados y sus clientes durante períodos de emergencia. En Alemania, por ejemplo, las autoridades establecieron reglas que permitían el registro de los abogados que defendían a terroristas detenidos. Dada la naturaleza del terrorismo de la ganga Baader-Meinhof en esa época, el TEDH consideró las limitaciones razonables.⁶⁵ Posteriormente, en el caso de *Öcalan c. Turquía*⁶⁶, en el cual el TEDH analizó el procedimiento en contra de Öcalan quien estaba acusado de ser el fundador de un grupo terrorista, proceso durante el cual las autoridades limitaron el acceso a su abogado así como los documentos y pruebas en su contra, el TEDH concluyó que el derecho de un acusado a comunicarse con su representante legal privadamente es parte de los requisitos básicos de un juicio justo en una sociedad democrática y los requisitos del Artículo 6 § 3 (c) de la Convención. Si un abogado no puede consultar con su cliente o sin ser vigilado, su asistencia perdería mucho de su utilidad....La importancia del

⁶³ *P. S. c. Alemania*, Aplicación No. 33900/96, 20 de diciembre de 2001, §§ 21 y 24.

⁶⁴ Véase por ejemplo, el Artículo § 22 de los Principios Básicos de la ONU sobre la Función de los Abogados. “Los gobiernos reconocerán y respetarán la confidencialidad de todas las comunicaciones y consultas entre los abogados y sus clientes, en el marco de su relación profesional.” Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990), <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/si3bprl.html>, consultado el 2 de marzo de 2009.

⁶⁵ *Ensslin, Baader y Raspe c. Alemania*, Applications/Requêtes N° 7572/76, 7586/76 et 7587/76 (1978).

⁶⁶ Aplicación no. 46221/99 (2003).

derecho de confidencialidad de abogados en reuniones con sus clientes ha sido afirmado por varios convenios internacionales, incluyendo convenios europeos... Sin embargo... restricciones pueden ser impuestas al derecho de acceso de un cliente a su abogado si existe una causa razonable. La cuestión relevante es si, al considerar el proceso en su totalidad, la restricción ha privado al acusado al derecho de una audiencia justa.”⁶⁷

f. La Tortura y el Maltrato

España ha ratificado diversos tratados de derechos humanos que requieren que las autoridades prevengan y sancionen los malos tratos de detenidos en manos de autoridades. Entre ellos los más importantes son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Estos convenios no solamente definen lo que constituye tortura o malos tratos sino que requieren que las autoridades nacionales tomen medidas proactivas para prevenir el maltrato, investigar quejas, sancionar a los funcionarios culpables y proveer reparaciones adecuadas a las víctimas de malos tratos.

Muchos de los informes que tratan este tema en España reconocen que no existe una política tolerante de la tortura y los malos tratos. Sin embargo, todos condenan la actitud pasiva de las autoridades ante quejas y denuncias. En el año 2005, por ejemplo, en el 2005 el Comisionado de derechos humanos del Consejo de Europa, demostró preocupación porque “(e)s claro que la averiguación de la verdad en los casos de denuncias por malos tratos exige una revisión a fondo de los procedimientos actuales de investigación interna de las fuerzas de seguridad, debiéndose elaborar nuevos protocolos de actuación que sean transparentes en su tramitación y resultados y que sean capaces de evitar la repetición de casos semejantes. Mientras esto no se haga de la manera más firme posible, siempre subsistirán elementos de duda acerca de la veracidad de las denuncias de tortura o malos tratos que hayan sido formuladas aunque sean oficialmente desmentidas por las autoridades.”⁶⁸

En el informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, en el 2008, él recordó a las autoridades españolas que bajo la normativa internacional “los Estados tienen la obligación positiva de realizar una investigación pronta, independiente, imparcial y completa cuando haya motivos razonables para creer que se han infligido tratos prohibidos, así como de velar por que las víctimas de la tortura y los malos tratos tengan acceso a un recurso efectivo y reciban una reparación adecuada, incluso una indemnización. Consciente del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Martínez Sala y otros c. España*, en el que la ausencia de una investigación efectiva y completa de las torturas y malos tratos denunciados por los reclamantes se consideró violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Relator Especial se felicita de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional español en las que se recoge la doctrina de que la gravedad del delito de torturas y la especial dificultad probatoria en esos casos obligan a actuar con especial diligencia en las investigaciones judiciales.”⁶⁹

En el caso *Martínez Sala y otros c. España*⁷⁰, quince presuntos simpatizantes de un movimiento independentista catalán, alegaron ante el Tribunal haber sido torturados y ser

⁶⁷ *Öcalan c. Turquía* § 146.

⁶⁸ Informe de Alvaro Gil-Robles, Comisario para los Derechos Humanos, sobre su visita a España 10 - 19 de marzo de 2005, 24 de mayo de 2006, § 15, <http://www.libertysecurity.org/article961.html>, consultado el 22 de febrero de 2009.

⁶⁹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, A/HRC/10/3/Add.2, 16 de diciembre de 2008, http://www.gara.net/agiriak/20090205_informe_relator.pdf, consultado del 22 de febrero de 2009, § 38.

⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 58438/00, fallo de 2 de noviembre de 2004.

víctimas de tratos inhumanos y degradantes durante su detención, poco antes de los Juegos Olímpicos de Barcelona. Ellos también se quejaron además de la insuficiencia de la investigación judicial en relación con su queja. El Tribunal determinó que “se había producido una vulneración del artículo 3 del Convenio en su aspecto procedimental, por haberse denegado las solicitudes de práctica de prueba de los demandantes y, en particular, las declaraciones de los policías que los habían interrogado, la incorporación a los autos de las declaraciones de los policías y de los informes vertidos en el procedimiento seguido por delitos de terrorismo y pertenencia a banda armada que se seguía contra ellos, o sus propias declaraciones, entre otros, por lo que la investigación no había sido suficientemente eficaz, sin que se hubiera descubierto a los presuntos culpables de los malos tratos alegados ni se hubieran esclarecido los hechos. Sin embargo, el Tribunal concluyó, teniendo en cuenta los informes del médico forense redactados durante las detenciones y los informes redactados por otros médicos nombrados por los demandantes tras su puesta en libertad, que había falta de pruebas suficientes para constatar la existencia efectiva de los malos tratos alegados, por lo que el artículo 3 no pudo considerarse vulnerado en su vertiente sustantiva.”⁷¹

5. Aplicación de las Garantías Procesales en los Delitos de Terrorismo en Relación con ETA: Análisis de una Muestra de Sentencias de la AN (2000-2007)

En esta sección se presentan los resultados de un estudio de una muestra de sentencias de la Audiencia Nacional de acusados de ser miembros de ETA durante el período 2000-2007. Los autores del Informe, pretenden “ofrecer un criterio cualitativo frente al estrictamente cuantitativo en la presentación de datos sobre la posible vulneración de derechos fundamentales de personas detenidas, imputadas, procesadas y/o condenadas por delitos de terrorismo en relación con ETA, así como de las medidas minimizadoras de posibles abusos o extralimitaciones estatales. Pongamos un ejemplo ilustrativo sobre el interés de este punto de vista. Si del estudio de campo con los expedientes judiciales, facilitados por los abogados que defienden a estas personas, obtenemos un número significativo de comunicaciones o de registros domiciliarios, esos datos permiten describir la realidad de un riesgo para los derechos fundamentales, pero no nos ofrecen datos relevantes en cuanto a la existencia de vulneración de los mismos. Esta resultará inexistente si se cumplen los requisitos exigidos constitucionalmente en la restricción de los derechos fundamentales. Ese cumplimiento solo puede analizarse en mayor profundidad mediante la motivación de las resoluciones judiciales. En definitiva, es la ponderación judicial realizada en cada caso concreto, previsto legalmente, lo que ahora nos interesa con el fin de extraer conclusiones generales sobre la eficacia de los mecanismos de protección respecto del derecho estudiado” (Página 424). En concreto, los autores pretenden que como resultado de este análisis se puedan dar respuesta a dos preguntas: “1. ¿Qué derecho se ha entendido vulnerado en el proceso penal, fundamentalmente por la defensa? 2. ¿Cuál ha sido la reacción del tribunal?” (Página 429).

En el Informe se describe la metodología de selección de “resoluciones judiciales” usando como fuente las Memorias Anuales de la Fiscalía General de Estado que reflejan un universo de una media de 70 sentencias anuales relacionadas con el terrorismo de ETA durante el período de estos siete años⁷². Estos datos se complementaron con información de dos bases de datos jurisprudenciales comerciales y el CENDOJ del CGPJ. Los autores justifican el uso de estas fuentes como fuentes de datos primarios “ante el fracaso de la solicitud de colaboración para examinar todos los expedientes, realizado tanto en la Audiencia Nacional, al CGPJ, como al Ministerio Fiscal...” (Página 426) A estas sentencias se añadieron “las no repetidas obtenidas mediante el trabajo de campo en los despachos de abogados que defienden a personas acusadas de delitos de terrorismo, si bien el número es reducido, al menos hasta el final de

⁷¹ Tribunal Constitucional de España, Memoria de 2004, http://www.tribunalconstitucional.es/memorias/2004/memo04_anexo04.html. Véase también la decisión del Comité de la ONU contra la Tortura del 17 de mayo de 1005, Comunicación núm. 212/2002, *Kepa Urra Guridi* en la cual el Comité objetó al indulto de tres miembros de la Guardia Civil que habían sido condenados a prisión por maltratos que causaron la muerte de un prisionero bajo su custodia.

⁷² Posteriormente los autores detallan un universo de 154 resoluciones de adultos y 25 de menores por lo que no coincide con la cifra original de una media de 70 por año.

septiembre de 2008 –por la misma naturaleza del trabajo de campo, tal y como se explicara en detalle en el apartado de la investigación relativo al mismo” (Página 426.). En total se analizaron 178 resoluciones judiciales de la AN, 154 de adultos y 25 de menores.

En la presentación de los resultados, éstos se sitúan dentro del mismo marco jurídico que se ha detallado anteriormente. Así, por ejemplo se discute la presunción de inocencia en la sección 3.8 y posteriormente en la sección 3.11. En lugar de tratar el mismo tema dos veces, la primera dentro del contexto de garantías y en el segundo dentro del marco de sentencias analizadas, sería mucho más útil para el lector si se combinaran las dos secciones y se utilizaran los datos para complementar el análisis jurídico integral del tema.

Los autores del Informe también toman en consideración el nivel de cumplimiento con los estándares e indicadores internacionales sobre derechos humanos en el proceso penal.⁷³ Aunque los autores intentan aplicar las reglas mínimas contenidas en diversos instrumentos de Naciones Unidas, por ejemplo sobre el tratamiento de menores o de adultos, es difícil identificar un número exacto de indicadores aceptados internacionalmente que miden el cumplimiento con reglas básicas procesales. Estimo que esta sección es bastante pobre y hasta cierto punto repetitivo de las secciones anteriores donde se trata el tema de derechos humanos relativos al proceso penal.

Finalmente, esta sección se presenta de la misma manera que se describió anteriormente en la página 172 del Informe.⁷⁴ Ahí se describe la misma metodología para el análisis de resoluciones judiciales descrita en este informe. Al igual que la sección anterior, quizás sería más útil presentar una sección de metodología al inicio del trabajo e incluir los datos estadísticos en las secciones correspondientes en las cuales se describen las etapas procesales y derechos humanos.

6. Intimidad y privacidad

En esta sección el Informe trata, sobre todo, la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones. Entre los documentos internacionales se citan los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁷⁵, y el art. 8 del CEDH⁷⁶. Este tema analizado ampliamente incluyendo el respeto a las comunicaciones, al domicilio tanto de las personas libres como en los casos de internos; los agentes encubiertos y provocadores; las muestras corporales y los datos biológicos.

El TEDH ha tenido oportunidad en varias ocasiones de analizar casos en los cuales el derecho a la intimidad ha sido vulnerado. Uno de los primeros casos en este campo fue *Klass y Otros c. Alemania*.⁷⁷ La legislación alemana permitía que las autoridades inspeccionaran el correo e interceptaran llamadas telefónicas en casos de “peligros inminentes” que ponen en riesgo “el orden democrático constitucional” y la “existencia o la seguridad” del Estado. Como

⁷³ El primer compendio de reglas de las Naciones Unidas fue publicado en 1992. *Reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal*. Posteriormente en el 2006, las Naciones Unidas publicaron la Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal, <http://www.unodc.org/unodc/es/justice-and-prison-reform/compendium.html>. Véase también el *Criminal Justice Assessment Toolkit* (2006), http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/cjat_eng/4_International_Cooperation.pdf.

⁷⁴ VI. Estudio de una muestra de condenas, de la AN, referida a adultos (2000-2007).

⁷⁵ Artículo 171.

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁷⁶ Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷⁷ 2 European Human Rights Reports 214 (1979).

se indica en el Informe, el TEDH, afirmó la importancia del artículo 8 del CEDH para la sociedad democrática y requirió la existencia de garantías que impidan el abuso de este derecho. En *Khan c. Reino Unido*⁷⁸, un ciudadano británico fue condenado por narcotráfico basado en información obtenida por medio de una intervención telefónica sin una orden judicial y sin un marco normativo que previniera el abuso de este poder. El TEDH concluyó que la inexistencia de una normativa viola el artículo 2 de la Convención al permitir una vulneración del derecho a la intimidad garantizado por el artículo 8 del CEDH. En *Erdem c. Alemania*,⁷⁹ las autoridades alemanas detuvieron a Erdem al cruzar la frontera y lo mantuvieron detenido bajo sospecha de ser uno de los fundadores de un movimiento terrorista turco. Durante la detención, las autoridades interceptaron la correspondencia entre un detenido por terrorismo y su abogado. El TEDH permitió esta intromisión al derecho a una defensa legal y a la intimidad del detenido ya que la revisión fue hecha por un magistrado al margen del caso y bajo una obligación de mantener en secreto la información obtenida. Estas garantías fueron suficientes para prevenir el posible abuso que el artículo 8 intenta evitar. En otra ocasión, en Irlanda del Norte, las autoridades británicas detuvieron a varios miembros de la familia Murray y tropas británicas registraron su vivienda⁸⁰. El TEDH reconoció la importancia de prevenir el terrorismo y permitió el registro ya que la legislación antiterrorista así lo permitía.

En varios casos, sin embargo, el TEDH ha declarado legislación en violación del CEDH cuando la legislación es demasiado vaga al permitir registros o interceptaciones en diversos tipos de situaciones. Por ejemplo, en *Kruslin c. Francia*,⁸¹ el TEDH declaró una violación del artículo 8 al analizar legislación que no definía claramente los delitos que pudieran justificar una interceptación telefónica o las personas que estarían sujetas a este registro. Al igual, en *Amman c. Suiza*,⁸² el TEDH determinó que la interceptación de una llamada telefónica y la introducción de su nombre en una base de datos violaban sus derechos bajo el artículo 8 de la CEDH. Asimismo, en *Kopp c. Suiza*⁸³, el TEDH declaró la legislación suiza que permite la interceptación de comunicaciones entre detenidos y sus abogados al carecer de suficiente especificidad diferenciando entre comunicaciones protegidas por el secreto profesional y otras que no gozan de la misma protección.

Luego de determinar la ilegalidad del registro o la intervención el próximo paso es decidir si las pruebas que resultaron de la vulneración pueden presentarse en juicio en contra del acusado. Una de las reglas procesales más controvertidas es la que ordena la exclusión de las pruebas obtenidas que hayan vulnerado derechos fundamentales (conocida como “*exclusionary rule*”) en un juicio penal.⁸⁴ Esta requiere que las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, como resultado de una violación del derecho constitucional a la intimidad no sean utilizadas en un juicio penal contra la persona cuyos derechos han sido vulnerados. Aunque el CEDH no contiene ninguna prohibición explícita del uso de pruebas indebidas en juicios penales, la tendencia moderna es la restricción del uso de pruebas obtenidas como resultado de violencia o de una vulneración grave de derechos fundamentales como, por ejemplo, tortura o violencia. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, declara en el artículo 69 (7) que “(n)o serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él.”

7. El derecho al respeto de la vida familiar de los internos y las políticas de dispersión

⁷⁸ 31 European Court of Human Rights Reports 45 (2001).

⁷⁹ 35 European Human Rights Reports 15, p. 67 (2002).

⁸⁰ *Murray c. Reino Unido*, App. No. 14310/88, 19 European Human Rights Reports 193 (1995).

⁸¹ App. No. 11801/85, 12 European Human Rights Reports 547 (1990).

⁸² 30 European Human Rights Reports 843 (2000).

⁸³ 27 European Human Rights Reports 91 (1998).

⁸⁴ Tomás Vives Antón, “Condiciones Constitucionales Sobre La Exclusión De Los Frutos Del Árbol Emponzoñado,” *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2002, número 4, pp. 5 y ss.

Este es un primer tratamiento del tema penitenciario que es tratado de nuevo en la sección sobre ejecución de la pena y medidas de reinserción. Sin embargo, en esta sección los autores del Informe tratan el tema de la política de dispersión de presos. Desde 1989, el gobierno español ha desarrollado una estrategia de dispersión de las personas acusadas o condenadas por delitos de terrorismo. Esa política se justifica por la necesidad de evitar concentraciones de presos terroristas, para romper el control de la organización sobre miembros individuales, prevenir la planificación de nuevos crímenes por parte de miembros de ETA desde dentro de la prisión, y proteger a las víctimas de una posible victimización secundaria.⁸⁵ El resultado es que en el 2008 había aproximadamente 570 presos de ETA dispersados en más de 50 prisiones a una distancia media de 600 km del País Vasco. Esto constituye un obstáculo importante tanto para las familias que quieren visitarlos como para la preparación de una adecuada defensa para los que se encuentran en prisión provisional. “El Relator Especial opina que la política penitenciaria española sobre los sospechosos y condenados por delitos de terrorismo, incluida la ley de cumplimiento íntegro de las penas y su aplicación retroactiva mediante la doctrina Parot, así como la proyectada reforma que prevé aplicar medidas de vigilancia a los presos de ETA tras su excarcelación, pueden dar lugar a situaciones incompatibles con los objetivos de rehabilitación y reinserción social que ha de perseguir el sistema penitenciario, de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 10 del Pacto.”⁸⁶

8. Libertad de asociación

Los autores, en la introducción de esta sección señalan que “(e)l objeto de este trabajo no es, evidentemente, el análisis pormenorizado de las características jurídico-penales de las asociaciones ilícitas, ni la exposición detallada de los requisitos que integran figuras de pertenencia, ni de colaboración con banda armada u organización terrorista, ya que, al menos los casos más flagrantes, no suscitan dudas en cuanto a si están o no amparados por este derecho. Por ello, solo se aludirá a esos aspectos cuando sea preciso para analizar los casos fronterizos, es decir, aquellos en los que si se suscitan dudas en torno a la procedencia o no de la restricción de este derecho, como ocurre con la ilegalización de partidos políticos, y la disolución e inclusión de organizaciones como HAIKA-JARRAI-SEGI y Gestoras pro Amnistía dentro del catálogo de organizaciones terroristas, aspectos que, entre otros, serán abordados en los siguientes epígrafes.” (Página 518)

El trabajo comienza con un análisis de la normativa internacional incluyendo las garantías de libertad de asociación detallada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales así como la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza. El TEDH ha tratado el tema de libertad de asociación, especialmente con relación a los partidos políticos en numerosas ocasiones. Los casos de *Refah Partisi (Welfare Party) c. Turquía*⁸⁷ y *Socialist Party c. Turquía*⁸⁸ son característicos del enfoque jurisprudencial del TEDH.

El enfoque del TEDH consiste fundamentalmente en “evaluar si las restricciones están: (1) prescritas por ley; (2) persiguen una o más propósitos legítimos; (3) y si para lograr estos objetivos éstas son necesarios en una sociedad democrática.”⁸⁹ Entre los factores a considerar en determinar si el objetivo de la restricción es legítimo están la seguridad nacional (especialmente el terrorismo), la seguridad pública y la protección de los derechos de otros. El factor más difícil de evaluar es el tercero que trata la necesidad de la restricción para lograr cumplir con el objetivo legítimo de la norma.

⁸⁵ Human Rights Watch, *supra*, página 67.

⁸⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin, A/HRC/10/3/Add.2, 16 de diciembre de 2008, http://www.gara.net/agiriak/20090205_informe_relator.pdf, consultado del 22 de febrero de 2009, § 20.

⁸⁷ 35 European Human Rights Reports 56 (2002)

⁸⁸ 27 European Human Rights Reports 51 (1998).

⁸⁹ Katherine A. Sawyer, “Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy?: Spain’s Proscription of Batasuna under the European Convention of Human Rights,” 52 *American University Law Review* 1531, 1556 (2003). Para el caso de Batasuna, véase también: Thomas Ayres, “Batasuna Banned: The Dissolution of Political Parties under the European Convention of Human Rights,” 27 *Boston College International and Comparative Law Review* 99 (2004).

Con relación a los partidos políticos, el TEDH ha reconocido la importancia de un partido político de oposición como un contrapeso a las consecuencias de un sistema unipartidista. El TEDH, sin embargo, ha establecido límites al tipo de activismo político que es tolerable en una sociedad democrática. Por lo tanto, “un partido político cuyos dirigentes promueven la violencia, o proponen una política que no es compatible con las reglas democráticas... no puede buscar la protección de las garantías de la Convención contra sanciones impuestas por estas razones.”⁹⁰ Inclusive, en algunas ocasiones un derecho tan fundamental como el de la religión puede estar sujeto a restricciones ⁹¹

Dado la importancia de la existencia de diversos partidos políticos para el desarrollo de un estado democrático, el TEDH ha tolerado la disolución de partidos políticos como un último recurso que solo se debe usar en los casos más extremos. En el caso de *United Communist Party c. Turquía*,⁹² el TEDH concluyó que la disolución de un partido político que abogada por los derechos de la minoría kurda viola los principios del artículo 11 de la CEDH ya que el gobierno turco no podía probar que los fines de la organización eran terroristas. Asimismo, en *People's Labour Party c. Turquía*,⁹³ condenó al gobierno turco por disolver un partido político por criticar a las fuerzas armadas de ese país por la violencia utilizada en su campaña antiterrorista.

El TEDH ha considerado también el contenido del discurso político de un partido al evaluar la naturaleza de la sanción impuesta. Pronunciamientos, por ejemplo, que justifican o promueven la violencia política o el terrorismo no están protegidos por el artículo 11 del CEDH. Así, por ejemplo, en el caso de *Purcell c. Irlanda*,⁹⁴ la Comisión Europea de Derechos Humanos aprobaron las restricciones contra una emisora que pretendía transmitir una entrevista con miembros de *Sinn Fein* por considerar que su mensaje promovía los fines violentos del IRA. Los autores del Informe correctamente citan a el caso de *Partidul Comunistilor (Nepeceeristi) y Ungureanu c. Rumanía*,⁹⁵ en el cual el TEDH condenó al gobierno rumano por prohibir la inscripción de un apartado comunista no obstante la historia trágica de dominación comunista siguiente a la Segunda Guerra Mundial.

9. Libertad de expresión

En esta sección los autores del Informe tratan el tema de la libertad de expresión garantizada igualmente por todos los instrumentos internacionales básicos de derechos políticos y humanos. Así se encuentra este derecho plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Uno de los primeros casos en el que un órgano europeo juzgó la legalidad de una limitación a la libertad de expresión y la seguridad nacional fue el de *Arrowsmith c. Reino Unido*,⁹⁶ en el cual una pacifista fue detenida por distribuir panfletos en una base militar inglesa incitando a soldados para que rehusaran su traslado a Irlanda del Norte. La Comisión Europea de Derechos Humanos declaró que el derecho de expresión de Arrowsmith bajo el artículo 10 de la Convención no había sido violado al determinar que el panfleto incitaba a soldados para que violaran la ley y su obligación militar. La Comisión rehusó adoptar la regla constitucional norteamericana establecida en el caso de *Schenck v United States*⁹⁷, en el cual la Corte Suprema decidió un caso en el cual los detenidos fueron acusados de distribuir un panfleto que incitaba a los jóvenes a rehusar a cumplir con el servicio militar obligatorio. La Corte estableció como canon constitucional para evaluar si una norma viola el derecho a la libertad de expresión

⁹⁰ *Refah Partisi (Welfare Party) c. Turquía*, *supra*.

⁹¹ *Dahlab c. Suiza*, 2001-V European Court of Human Rights (2001).

⁹² 26 European Human Rights Reports 121 (1998).

⁹³ 36 European Human Rights Reports 6 (2003).

⁹⁴ 1991 Yearbook European Convention on Human Rights 101.

⁹⁵ Aplicación no. 46626/99 (2005).

⁹⁶ 3 European Human Rights Reports 218 (1978).

⁹⁷ 249 US 47 (1919).

garantizado por la Primera Enmienda de la Constitución el siguiente: “si las palabras son usadas en circunstancias, o son de tal naturaleza, que crean un peligro claro y presente que cause el mal sustantivo que el Congreso intentó prohibir.” Ni la más absoluta garantía de libertad de expresión, añadió la Corte, “protege a un hombre que falsamente grita que hay un incendio en un teatro abarrotado.”⁹⁸

En el caso de *Arrowsmith*, la Comisión se refirió al artículo 10 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales el cual establece que “(e)l ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

El TEDH ha analizado varias situaciones en las cuales gobiernos, especialmente el turco, han restringido la libertad de expresión por la necesidad de combatir el terrorismo. La Ley de Prevención del Terrorismo de 1991 prohibía “la propaganda escrita, las reuniones, las asambleas y manifestaciones que tienen el propósito de socavar la integridad territorial de la República de Turquía o la unidad indivisible de la nación.”⁹⁹ Uno de los primeros casos a ser considerado por el TEDH fue *Zana c. Turquía*,¹⁰⁰ en el cual Zana, el alcalde una ciudad kurda, fue condenado por una declaración a la prensa en la cual declaró su apoyo al movimiento separatista PKK pero “sin embargo, no estoy a favor de masacres. Cualquiera puede cometer errores, el PKK matan a mujeres y niños por error.” Al tomar en consideración la totalidad de las circunstancias el TEDH concluyó que las declaraciones de apoyo al PKK por parte del alcalde una ciudad kurda agravar la situación de violencia política existente en la región y por lo tanto, la sanción impuesta por el gobierno violaba el artículo 10.

En la mayoría de los casos turcos siguientes¹⁰¹ el TEDH falló en contra del gobierno en la mayoría de los casos al determinar que la expresión o publicación no constituía una provocación o incitación a la violencia usando un método de análisis similar al utilizado por la Corte Suprema norteamericana en el caso de *Schenck v United States* al considerar la totalidad de las circunstancias y ponderar el derecho de libertad expresión contra del posible daño causado como resultado del discurso o la publicación. Así en *Surek c. Turquía*¹⁰², el TEDH determinó que el contenido de una publicación pudiera ser visto como una incitación a violencia. Varios de los magistrados que emitieron votos particulares citaron el *test* constitucional norteamericano al votar en contra de la opinión de la mayoría del TEDH.

En estos casos tanto el propósito del que ejerce la libertad de expresión como el contexto en que lo hace son determinantes en el análisis del TEDH. Así, por ejemplo, en *Jersild c. Dinamarca*,¹⁰³ un periodista danés fue sancionado por diseminar las palabras racistas de otros en un documental de la televisión. El TEDH concluyó que el periodista solamente estaba cumpliendo con su responsabilidad al incluir las declaraciones racistas en un documental crítico del racismo y determinó que la sanción violaba el artículo 10 de la Convención.

⁹⁸ *Ibid*, página 52.

⁹⁹ David G. Barnum, “The Clear and Present Danger Test in Anglo-American and European Law,” 7 *San Diego International Law Journal* 263, 284 (2006).

¹⁰⁰ 27 *European Human Rights Reports* 667 (1997). Para los casos turcos véase a: Howard Davis, “Lessons from Turkey: Anti-Terrorism Legislation and the Protection of Free Speech,” 1 *European Human Rights Law Review* 75 (2005).

¹⁰¹ Véase por ejemplo: *Incal c. Turquía*, 78 *European Court of Human Rights* 1571-73 (1998), en el cual la Comisión Europea rechazó la sanción impuesta por el gobierno por la distribución de un panfleto criticando la población kurda. En *Arslan c. Turquía*, 13 *European Court of Human Rights*. 285-87 (1999), el TEDH revocó la condena de un editor por la publicación de un libro crítico de la sociedad turca al determinar que su contenido no tenía ni el propósito ni el resultado de abogar por la violencia.

¹⁰² *Surek c. Turquía* (No. 1), App. No. 26682/95.

¹⁰³ 298 *European Court of Human Rights* (ser. A).

En uno de los casos recientes más novedosos, el Tribunal Internacional Penal para Ruanda condenó a tres ejecutivos de los medios de ese país por incitar la violencia que dio resultado al genocidio que tomó lugar en 1994.¹⁰⁴ En su decisión el Tribunal consideró la intención de los acusados, el contexto de la divulgación y el resultado causado. El lenguaje usado en la publicación o la emisión en sí es el principal indicador de la intención de los propagandistas mientras que el tono de la publicación y la veracidad de ésta son particularmente relevantes.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Prosecutor c. Nahimana*, Caso No. ICTR 99-52-T, Judgment, P 945 (3 de diciembre de 2003), <http://www.ictor.org/ENGLISH/cases/Ngeze/judgement/mediatoc.pdf>, consultado el 15 de marzo de 2009.

¹⁰⁵ Spencer W. Davis, "Incitement to Terrorism in Media Coverage: Solutions to Al-Jazeera after the Rwandan Media Trial," 38 *George Washington International Law Review* 749 (2006).

EVALUACIÓN DEL INFORME SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Prof. Dr. John A.E. Vervaele
Universidad de Utrecht
marzo 2009-02-27

I. Observaciones generales

El informe es sin duda ninguna de gran interés por diferentes motivos. En primer lugar merece ver la luz por su amplitud y la cantidad de datos que incluye. En segundo lugar nos ofrece un panorama desde diferentes perspectivas de la materia. Incluye el marco socio-político, el marco legal, tanto a nivel internacional como nacional y el marco empírico. En tercer lugar lo empírico también nos muestra la dificultad de acceso a ciertos datos esenciales para conocer la realidad policial-judicial. La criminalización por la ley y la criminalización por la acción de los órganos judiciales (policía, fiscalía, judicatura) son fenómenos bien diferentes. Por otro lado, los datos empíricos muestran evidencias de uso sistemático y automático de ciertas limitaciones a los derechos fundamentales en materia de terrorismo.

Hay algo que no hay en el informe y que sorprende. Se entiende en la introducción que el objetivo general es *diagnosticar la incidencia de la posible vulneración de derechos fundamentales de las personas detenidas por delitos derivados de la aplicación de la normativa antiterrorista*. A la luz de este objetivo general no se puede constatar que haya en las conclusiones una clara respuesta a la posible violación o no, al menos no en relación con todos los aspectos tratados. En segundo lugar se trata de una foto única o tiene la ambición de hacer esta foto de manera consecutiva y de monitorear la aplicación de los derechos humanos. El informe no contiene información suficiente sobre este aspecto. Tampoco está muy claro que autoridades serían, según que derecho humano, objeto de monitoreo y cuáles tendrían que hacer el monitoreo con imparcialidad e independencia.

En tercer lugar, sería útil desarrollar las conclusiones para que puedan ser una síntesis más detallada que ofrezca el esquema de este monitoreo.

Y para terminar, algunas observaciones más detalladas. No en todas las partes los acontecimientos de 2008 han sido incluidos en su totalidad. Ha sido muy útil incluir en el análisis la jurisprudencia, pero el enfoque jurisprudencial está claramente más basado en el derecho penal sustancial y mucho menos en el procesal penal o de cooperación internacional. Así los aspectos de investigación y de asuntos probatorios no han tenido el aporte suficiente que merecen.

II. La detención y habeas corpus

La privación de libertad es una excepción al *status libertatis*. Estamos ante un derecho fundamental que consiste en la protección del individuo contra los ataques arbitrarios del Estado a su libertad, **el control judicial** de las injerencias por parte del Ejecutivo constituye un elemento esencial de la garantía de libertad del art. 5 CEDH. Por este motivo todas las excepciones al derecho de libertad son exhaustivas y de interpretación estricta.

La detención policial y judicial suscita un conjunto de criterios como la duración, los efectos, las modalidades de ejecución de la medida y por supuesto los derechos del detenido. El informe se centra en un derecho del titular, in casu el derecho al habeas corpus. En relación con el

habeas corpus el informe tampoco se centra en el tipo de órgano judicial o en el alcance del control de la legalidad sino únicamente en la duración de la detención en casos de terrorismo, cuya prórroga dura hasta 72 horas (5 días) en lugar de 24 horas.

En el contexto Europeo el derecho al *habeas corpus* esta recogido en los artículos 5 (3) y 5(4) CEDH:

Art. 5 (3) Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1. c., del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

Art 5(4) Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

En nuestro contexto lo más importante es art. 5(3) en relación con el art. 5(1), que define las limitaciones legales a la libertad. No hay duda que en el contexto español las detenciones de sospechosos de terrorismo entran en la categoría de detención legal prevista en el art. 5(1):

Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción

Aquí no tenemos que analizar la detención preventiva o la detención de seguridad, sin que haya un vínculo con la persecución penal o las situaciones de derogación al art. 5, en base del art. 15 (CEDH), visto que estos conceptos no se aplican en el derecho español.

Pues, en este contexto clásico hay dos preguntas claves:

1. Que quiere decir “deberá ser conducida **sin dilación** a presencia de un juez”?

El art. 5(3) obliga a que tipo de celeridad del control judicial? Las palabras “**promptly, aussitôt, sin dilación**” incluyen un periodo máximo de detención a vista del control judicial? Pues, no. El TEDH ya condenó en 1961, hace casi 50 años a Irlanda en el caso *Lawless* por una detención administrativa demasiado extensa (eran 5 meses!) pero no ha fijado nunca un periodo máximo y ha defendido siempre la tesis de que depende de las circunstancias particulares de cada caso (ver decisión *De Jong, Baljet y van den Brink*). En otras palabras el TEDH no ha formulado un estandarte mínimo. Sin embargo, es interesante hacer un análisis de la casuística del TEDH al respecto. Los Estados tienen que prever en su derecho interno la legalidad de las detenciones. El TEDH revisa, subsidiariamente a los tribunales internos, la conformidad con la CEDH.

El TEDH se ha mostrado susceptible a reconocer las circunstancias especiales de la lucha contra el terrorismo. En el caso *Brogan* el TEDH acepta que la investigación policial y judicial

en casos de terrorismo pueda justificar una detención policial más larga y pues con un control jurisdiccional postergado. En este sentido un periodo de detención policial mas largo para delitos de terrorismo no es en sí incompatible con la CEDH. Sin embargo, el TEDH subraya claramente que el margen de interpretación de la noción **sin delación** es muy limitada y que en el caso *Brogan*, la detención de 4 días y 6 horas de detención policial es incompatible con el art. 5(3): *“To attach such importance to the special features of this case as to justify so lengthy a period of detention without appearance before a judge or other judicial officer would be an unacceptable wide interpretation of the plain meaning of the word “promptly”. An interpretation to this effect would import into Article 5 (3) serious weakening of a procedural guarantee to the detriment of the individual and would entail consequences impairing the very essence of the right protected by this provision”*¹⁰⁶. El TEDH confirmó en el caso *O’Hara* que detenciones policiales en casos de sospecha de terrorismo con una duración de más de 4 días son incompatibles con el art. 5 (3) CEDH¹⁰⁷.

Esto explica porque derogando al art. 5(1) por la vía del art. 15 CEDH tampoco cambia todo el asunto. Hasta en esquemas de derogación, el periodo puede ser algo más largo, pero tampoco tanto. El TEDH convalidó una detención policial de 7 días en un esquema de derogación en Gran Bretaña (caso *Brannigan v. UK*), pero condenó a Turquía, también en esquemas de derogación por detenciones policiales de 11 o 14 días (*Aksoy v. Turquía* y *Sen v. Turquía* y *Demir v. Turkey*).

El art. 5(4), aunque siendo un recurso autónomo no nos ayuda en este contexto, visto que su formulación **a breve plazo, speedily, a bref délai** refiere a una celeridad menos rápida que **sin delación**.

Por estos motivos comparto parcialmente la conclusión del informe:

“En cuanto a la prórroga de la detención gubernativa, a pesar de su fundamento constitucional e internacional (art. 55.2 CE y 15 CEDH) la duración de la misma hasta un máximo de 5 días parece alejarse sobremanera de los supuestos excepcionales de gravedad y necesidad que favorecen una restricción de derechos como la presente”

En primer lugar, la norma internacional de derechos humanos aplicable no es el art. 15 CEDH, sino art. 5 CEDH.

En segunda lugar, parece es la palabra correcta. El TEDH no ha establecido un plazo de tiempo mínimo. 5 días parece mucho a la luz de la jurisprudencia del TEDH, tanto sobre la aplicación del art. 5 sin deroga y con deroga. Por el otro lado desde el 9/11 la práctica de algunos estados ha cambiado mucho. Más de un estado ha prolongado la detención policial en casos de sospechosos de terrorismo. Lo más sorprendente es definitivamente el Reino Unido donde, sin derogación en base del art. 15 CEDH, el plazo máximo es ahora de 28 días (en lugar de 96 horas para los otros delitos) después de una vociferante oposición contra la propuesta del Gobierno de 90 días, rechazada por el House of Lords. Un feroz debate actualmente se centra en el aumento de la detención sin cargos para sospechosos de terrorismo de 28 a 42 días. El sistema inglés viola flagrantemente el art. 5, pero si el TEDH considerara hoy los 5 días de España como una violación del art. 5 CEDH sería difícil a contestar con firmeza. No tenemos que olvidar que el propio TEDH ha definido el CEDH como *“a living instrument”* lo que implica que es posible bajar estandartes de derechos humanos en

¹⁰⁶ Judgement Brogan case, 29 November 1988, para. 62 Ver <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=36&sessionId=19933559&skin=hudoc-en&attachment=true>

¹⁰⁷ Judgement O’Hara case, 16 October 2001, para. 46. Ver <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=2301&sessionId=19933559&skin=hudoc-en&attachment=true>

situaciones excepcionales. Si el TEDH siguiera su jurisprudencia previa, si sería una violación. Un argumento importante es que el TEDH en el caso O'Hara utilizó el criterio de **máximo 4 días** como un criterio duro sin más discusión y que constató violación por parte del Reino Unido en octubre 2001!

Interesante es también constatar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU interpreta *sin demora* del art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como unos días¹⁰⁸

2. Cuándo es la limitación legal de libertad arbitraria o desproporcionada?

La legalidad de la medida no excluye que su aplicación sea arbitraria o desproporcionada. Es un principio básico que ninguna detención puede ser conforme al art. 5(1) si es arbitraria, no importa que haya sido previsto por la ley nacional o no. El periodo de la detención puede ser desproporcionado en relación con el objetivo de la excepción (caso *Saadi c. Reino Unido*). Detención policial extendida puede ser un instrumento justificado en la lucha contra el terrorismo y racionalmente conectado con el objetivo, sólo si está relacionada con la privatización del derecho fundamental de la libertad y no consiste en una medida que va más allá de lo necesario, es decir, si no es arbitraria o desproporcionada.

Leyendo=el informe se podrían aportar dos argumentaciones en la dirección de una limitación desproporcionada de la libertad.

En primer lugar se podría argumentar que la noción "prevista por la ley nacional" viola el principio de legalidad, visto que la reglamentación española no corresponde con los principios de *lex certa* y *lex praevia*. El hecho de que la prórroga se aplique a cualquier individuo que ostente la sospecha de una mínima relación con banda armada o un elemento terrorista y que la legislación y jurisprudencia española tengan una interpretación muy amplia del concepto de banda armada y ayuda a banda armada da como resultado un concepto legal muy amplio que carece de *lex certa* y *les praevia*. Este punto tiene también relación con el carácter razonable y concreto de la sospecha.

En segunda lugar se podría argumentar que la aplicación sistemática y automática de la prórroga, sin mirar la necesidad en concreto según el caso, es desproporcionada.

Estos puntos se ven reflejados en el informe, pero no vuelven en la conclusión.

III. La incomunicación

En este apartado se tratan 4 puntos relacionados, pero también diferentes:

1. designación de abogado de oficio
2. incomunicación del abogado
3. incomunicación de familiares o terceros
4. incomunicación de menores de edad

Yo me voy a concentrar en esto informe sobre los dos primeros puntos, vinculados al sagrado derecho a la defensa técnica y activa.

¹⁰⁸ UN. HR> Comm, General comment nro 8, Right to Liberty and Security of Persons, June 30, 1982, para 2.

Aquí no tenemos que analizar la derogación al art. 6, en base del art. 15 CEDH, visto que España no ha solicitado emergencia en base del art. 15 CEDH. Por este motivo es extraño que el informe dé tanta importancia al artículo 15 CEDH. Por supuesto lo que no es posible bajo el art. 15 CEDH, no lo sería en absoluto bajo el art. 6 CEDH.

Los derechos de sospechosos durante la fase policial no es el punto más fuerte de la CEDH. En el fondo, el art. 5 no prevé el derecho a un abogado durante la fase de detención policial. En este sentido el derecho español es más garantista que la CEDH. De hecho, el sujeto tiene derecho de defensa desde el mismo instante en que un órgano público inicia actuaciones de persecución penal contra el. En derecho español el derecho a la designación de un abogado se ha por consecuencia extendido, incluyendo las primeras diligencias realizadas por la policía judicial.

Sin embargo, la CEDH prevé en su art. 6(3)c una formulación mucha más limitada :

Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos (...)
c a defenderse por sí mismo o a ser asistido por **un defensor de su
elección**

En otras palabras es un derecho del acusado, no del detenido. El artículo II-108 de la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea contiene la misma formulación. Sin embargo desde el caso *Imbrioscia c. Suissa* está claro que situaciones en la fase preliminar, incluyendo la detención policial, pueden perjudicar los derechos de la defensa y el proceso equitativo, que según la jurisprudencia constante del TEDH tiene que ser equitativo en su conjunto, incluyendo la fase preliminar. El derecho a ser defendido efectivamente por un abogado es un aspecto clave del proceso equitativo (*caso Poitrimol v. France, caso Demebukov v. Bulgaria*). Sin embargo art. 6 (3) c no contiene indicaciones concretas sobre el ejercicio de este derecho.

De la jurisprudencia en casos como *John Murray* y *Öcalan*, está claro que la ausencia de un abogado durante la fase de detención policial viola los artículos 6 (1) y 6 (3) siempre y cuando el detenido se haya auto-incriminado por declaraciones o confesiones sin presencia de un abogado y que esto tiene consecuencias procesales. El TEDH razona de la misma manera en los casos *Averill v. United Kingdom* y *Magee v. United Kingdom*. Sin embargo, no hay derecho a un abogado como tal durante la fase de detención policial (ver caso *Brennan*). Importante al respecto es la muy reciente decisión del TEDH en el caso *Salduz v. Turkey*. El TEDH impone en este caso (sospechoso de terrorismo) la presencia de un abogado a partir de la primera interrogación por la policía. Este criterio va mucho más allá de la jurisprudencia *Murray* y *Öcalan*.

El derecho a un abogado a partir de la primera interrogación por la policía no quiere decir que tiene que ser un abogado de elección. El derecho a elegir su abogado de elección no es un derecho absoluto. Puede ser denegado por 'intereses de la justicia' (ver aplicación 722/60 *X v. Alemania*). En el caso *Croissant v. Alemania* en 1992 es claro de nuevo que no se trata de un derecho absoluto, pero también que el estado tiene que tener en cuenta los deseos del acusado y que el estado tiene que motivar en concreto la necesidad de la derogación. Por otro lado en los casos *Chahal v. United Kingdom* and *Tinnely & Mc Elduff v. United Kingdom* el TEDH se hizo referencia al esquema de abogados especiales, designados por el Estado como una garantía procesal en línea con el art. 6 CEDH, teniendo en cuenta las necesidades de protección de la seguridad. Pero en el muy reciente caso *A. and others c. Reino Unido* del 19 febrero 2009, el TEDH en el apartado 211 subraya:

"In Tinnely & Sons Ltd and Others and Mc Elduff and Others v. the United Kingdom (...) the Court made reference to its comments in Chahal about the special advocate procedure but without expressing any opinion as to whether such a procedure would be in conformity with the Convention rights at issue".

Sin embargo en el mismo juicio, el TEDH declara en el apartado 219:

“The special advocate could provide an important, additional safeguard through questioning the State’s witnesses on the need for secrecy and through making submissions to the judge regarding the case for additional disclosure. On the material before it, the Court has no basis to find that excessive and unjustified secrecy was employed in respect of any of the applicants’ appeals or that were not compelling reasons for the lack of disclosure in each case”.

Es preciso saber en cada caso si a la luz del proceso concreto, la restricción ha privado al acusado de un proceso equitativo. La violación del art. 6 CEDH depende pues de las actuaciones del detenido (declaraciones, confesiones), de las consecuencias procesales de estas declaraciones y de la duración de la incomunicación.

En tercer elemento es la limitación a la confidencialidad entre abogado y sospechoso (*legal privilege*). El derecho de libre comunicación entre abogado y cliente (entrevistarse reservadamente), fuera del alcance de terceros es una exigencia elemental de proceso equitativo propio de una sociedad democrática. Sin embargo el TEDH acepta limitaciones a este derecho fundamental, a condición que sea en circunstancias extra-ordinarias y para muy poco tiempo (*caso Lanz*). Es interesante que en el Reino Unido, por ejemplo, sea sólo posible por 48 horas en casos de terrorismo.

En el caso *S. v. Suiza*, el TEDH ha subrayado la importancia de la confidencialidad:

“The Court considers that an accused’s right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (see inter alia the Artico judgment of 13 May 1980, series A no. 37, p. 16, para. 33)”.

El argumento del estado que había riesgo de colusión entre abogado y cliente no fue para el TEDH un argumento suficiente para restringir el derecho al *legal privilege*.

Por todos estos motivos la conclusión del informe carece de precisión en su formulación:

“En cuanto a la detención incomunicada y al alcance de la misma, a pesar de la posible existencia de supuestos excepcionales que pueden llegar a legitimar una medida como la presente, la concreta aplicación de la misma, dota a lo excepcional de apariencia de normalidad, alejándose de los estándares mínimos internacionales de necesidad, excepcionalidad, proporcionalidad y prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes que justifican la adopción de una medida como la presente”.

No se trata de evaluar la imposibilidad de designar un abogado de confianza durante la fase de detención policial y la imposibilidad de entrevistarse reservadamente con el abogado (de oficio o no) a la luz de supuestos excepcionales del art. 15 CEDH, sino a la luz del art. 6 CEDH.

El art. 6 CEDH no da derecho a un abogado durante la fase policial, pero si lo impone en caso de interrogación por parte de la policía si las interrogaciones tienen consecuencias procesales. El abogado de oficio no es incompatible con el art. 6 CEDH, visto que no es un derecho en absoluto. Sin embargo el estado tiene que tener en cuenta los deseos del acusado y tiene que motivar en concreto la necesidad de la derogación. Derogar en forma genérica y automática por los todos delitos de terrorismo utilizando el mero contexto del terrorismo como justificación me parece una violación del art. 6 (3) CEDH. También la duración de la medida parece desproporcionada y excesiva a la luz de los objetivos. No es pues una sorpresa que el Comité

de Derechos Humanos de Naciones Unidas pide a España desde 1996 que se abstenga de utilizar la detención en régimen de incomunicación.

Finalmente, la duración de la limitación al derecho de entrevista personal, reservada con el abogado de confianza me parece bien excesiva a la luz de la jurisprudencia del CEDH y carece, por su carácter genérico u automático de motivación en concreto.

IV. Tutela Judicial efectiva

La excepcionalidad constitucional (del estado de excepción o de sitio, art. 55(1) CE tiene como consecuencia que pueden ser derogados solamente tres derechos fundamentales, a condición de que haya sido previsto por la ley, de una forma precisa y concreta, autorizado por la autoridad judicial y aplicado bajo control parlamentario:

- la detención policial
- la inviolabilidad del domicilio
- secreto de las comunicaciones

En otras palabras el bloque constitucional (la constitucionalización de los derechos humanos) se aplica de fondo en materia de tutela judicial efectiva, proceso equitativo, derechos de defensa, igualdad de armas, etc. en todas las situaciones, también cuando se trata de enjuiciamiento de delitos terroristas.

En esta evaluación nos vamos a concentrar sobre los 3 puntos siguientes:

1. Principio de contradicción y derecho a un juicio público en relación con la protección de testigos (punto 3.6 en el informe);
2. Principio de contradicción y derecho a un juicio público con el secreto de sumario (punto 3.7. en el informe) ;
3. Presunción de inocencia y derecho a guardar silencio/nemo tenetur (punto 3.8 en el informe)

Juntamos el punto 1 y el punto 2. Se trata en el fondo de mecanismos para evitar las reglas normales del proceso contradictorio y público (derecho a un procedimiento oral, en audiencia equitativa y adversaria) introduciendo formas de prueba anticipada, limitaciones al proceso contradictorio (actuaciones ex parte), limitaciones a la publicidad externa (entre partes, actuaciones in camera) o forma de prueba secreta o clasificada o anónima.

A primera vista, en esta materia el CEDH tiene una importancia limitada, en la medida en que es jurisprudencia establecida que el TEDH no decide sobre la admisibilidad de la prueba y sobre si la información constituye prueba legal, pues esto se considera una cuestión de derecho nacional; se ocupa exclusivamente de si el procedimiento en su totalidad, incluida por lo tanto la colección y el uso de la prueba, satisface los requisitos de un juicio justo¹⁰⁹. Tampoco el TEDH impone a través de su jurisprudencia todos los principios cardinales de un sistema acusatorio puro. Parece que el TEDH no se ocupa de la prueba anticipada o de formas de actuaciones judiciales en la fase preliminar o de su carácter contradictorio. Tampoco es verdad, el TEDH ha ampliado el art. 6 CEDH a la fase preliminar, pero solo para garantizar que se obtenga un juicio equitativo en su totalidad. En alguna ocasión el TEDH ha examinado el uso de la prueba en juicio, por ejemplo, con respecto al testigo anónimo como fuente exclusiva de

¹⁰⁹ TEDH, sentencia de 23 de abril de 1997, recurso n. 21363/93 e.a., *Van Mechelen e altri v. Países Bajos*.

la prueba¹¹⁰. El Tribunal también se ha pronunciado sobre el uso de ciertas técnicas de investigación y la posible vulneración, por ejemplo, del artículo 8 CEDH. De esto se sigue que el control judicial puede ser *ex parte*, pero "(...) que es esencial que los procedimientos establecidos dispongan por sí mismos de las garantías adecuadas y equivalentes para salvaguardar los derechos individuales (...) El Estado de derecho implica, entre otras cosas, que toda interferencia del ejecutivo en un derecho individual debe estar sometida a un control efectivo que debería efectuarse normalmente por los jueces, o por lo menos en última instancia que el control judicial ofrezca las mejores garantías de independencia, imparcialidad y limpieza del procedimiento"¹¹¹. En lo que concierne a nuestro tema de discusión, la jurisprudencia del TEDH se ha ocupado de dos aspectos interesantes: 1. la legalidad de la prueba secreta que sirve de base para la sospecha razonable, y 2. el uso de la prueba secreta en procedimientos *ex parte* siempre a la luz de su enfoque básico:

*"The Court has held nonetheless, that, even in proceedings under Article 6 for the determination of guilt under criminal charges, there may be restrictions on the right to a fully adversarial procedure where strictly necessary in the light of a strong countervailing public interest, such as national security, the need to keep secret certain police methods of investigation or the protection of fundamental rights of another person. There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (...) Thus, while the right to a fair criminal trial under Article 6 includes a right to disclosure of all material evidence in the possession of the prosecution, both for and against the accused, the Court has held that it might sometimes be necessary to withhold evidence from the defence on public interest grounds (...) In Lucà v. Italy (...) it emphasised, however, that where a conviction was based solely or to a decisive degree on depositions that had been made by a person whom the accused had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at trial, the rights of the defence would be restricted to an extent incompatible with the guarantees provided by Article 6"*¹¹²

El fundamento para la sospecha y la detención y su control judicial han constituido el objeto de varios casos relativos al IRA. En el caso *Fox, Campbell and Hartley*¹¹³ v. UK la cuestión que se plantea es qué información tienen que revelar las autoridades para posibilitar un control de la legitimidad de la detención en caso de que esté basada en inteligencia confidencial. En el Reino Unido ya no se requiere sospecha razonable para los delitos de terrorismo, sino que ahora se aplica un umbral más bajo, el de la sospecha genuina y de buena fe u honesta. Además, tampoco es necesario aportar indicios concretos del delito que se sospecha ha sido cometido. El TEDH es consciente de que en el caso del terrorismo se utiliza a menudo inteligencia que no se puede hacer pública sin poner en peligro la fuente, ni siquiera en un tribunal. El Tribunal también entiende la opinión del Reino Unido de que la definición práctica de la expresión sospecha razonable puede depender del tipo de delito, pero agrega inmediatamente: "Sin embargo, la exigencia de que se trate de un delito de terrorismo no puede justificar la ampliación de la noción del "carácter razonable" (*reasonableness*) hasta el punto de menoscabar la esencia de la garantía prevista en el artículo 5(1)(c) (...). Con todo, se debe permitir al Tribunal comprobar si se ha respetado la esencia de la garantía prevista en el artículo 5(1)(c). Por lo tanto, el gobierno tiene que proporcionar por lo menos ciertos hechos o informaciones capaces de convencer al Tribunal de que la persona arrestada es razonablemente sospechosa de haber cometido el delito imputado. Esto es más necesario donde, como en el actual caso, el Derecho nacional no requiere la sospecha razonable, sino que fija un umbral más bajo y requiere simplemente la sospecha honesta (*honest suspicion*)". En este caso, el Reino Unido no suministró los datos por lo que el Tribunal decidió que había habido una violación del artículo 5(1)(c). Sin embargo, en una última decisión en el caso *Murray v. UK*¹¹⁴ el Tribunal acepta que, a pesar del umbral más bajo para la sospecha existente en la

¹¹⁰ TEDH, sentencia de 20 de noviembre de 1989, recurso n. 11454/85, *Kostovski v. Países Bajos*.

¹¹¹ TEDH, sentencia de 6 de septiembre de 1978, recurso n. 5029/71, *Klass v. Alemania*.

¹¹² TEDH, sentencia de 19 febrero 2009, *A. and others v. UK*, 205-207.

¹¹³ TEDH, sentencia de 30 de agosto de 1990, recurso n. 12244/86 e.a., *Fox, Campbell e Hartley v. UK*.

¹¹⁴ TEDH de 28 de octubre de 1994, recurso n. 14310/88, *Murray v. UK*.

legislación de Irlanda del Norte sobre el terrorismo, se cumplió con el requisito de la sospecha razonable, como se apreció en hechos y circunstancias adicionales. Los hechos y las circunstancias en cuestión se derivaron de las decisiones del Tribunal en la demanda civil que Murray había presentado contra su detención. En el caso *O'Hara v. UK*¹¹⁵ se había detenido al demandante como sospechoso de terrorismo con base en declaraciones de cuatro informadores, y el TEDH también sostuvo que se había cumplido con el requisito de la sospecha razonable. En este caso la sospecha razonable (no la sospecha honesta) estaba basada en declaraciones de cuatro informadores distintos. La sospecha razonable fue acreditada ante tres Tribunales británicos distintos, lo que en sí mismo es una garantía contra la detención arbitraria. El sospechoso en estos juicios no hizo uso de su derecho a apelar la cuestión de la buena fe de los oficiales de policía que procedieron a la detención. El carácter razonable de una sospecha depende de las circunstancias de cada caso individual. En este caso, las circunstancias conducen al resultado de la sospecha razonable. En su opinión disidente, el juez Loucaides señala que debe existir una sospecha razonable en las mentes de las autoridades en el momento de la detención y tienen que poder someter la prueba de ello al control judicial. Estos criterios no fueron resueltos en este caso. En el caso *Chahal v. UK*¹¹⁶ el TEDH indica claramente que la protección de la seguridad nacional mediante el uso de la prueba secreta no hace inoperante el control judicial: "el Tribunal reconoce que el uso del material confidencial puede ser inevitable cuando está en juego la seguridad nacional. Esto no significa, sin embargo, que las autoridades nacionales pueden estar libres del control eficaz por los Tribunales nacionales siempre que opten por afirmar que la seguridad nacional y el terrorismo están implicados" Paneles o comisiones que no pertenecen a la autoridad jurisdiccional son una garantía escasa.

Los procedimientos *ex parte* han dado lugar a varios casos ante el TEDH. En el caso *Jasper v. UK*¹¹⁷ la persona implicada fue sometida a vigilancia, sus conversaciones grabadas y posteriormente arrestada acusado de delitos relacionados con las drogas con base en inteligencia. La fiscalía solicitó la no revelación de la prueba alegando la inmunidad del interés público. La defensa fue informada de la solicitud y de la audiencia *ex parte*, pero no se le dio ninguna información relativa a las fuentes y a los medios de prueba y no fue tampoco informada del razonamiento del Tribunal. El TEDH acentuó la importancia del intercambio libre de la prueba entre las partes, pero también reconoció que el derecho al acceso a la prueba no es un derecho absoluto y puede estar en conflicto con otros intereses, por ejemplo la seguridad nacional, la protección de testigos y de fuentes de prueba, el *modus operandi*, etc. El Tribunal acepta la prueba secreta a condición de que esta limitación de los derechos de la defensa "sea compensada por procedimientos seguidos ante las autoridades judiciales (igualdad de armas)". En el caso en cuestión, el Tribunal opinó que este balance había sido acertado, puesto que la compensación de la prueba había sido controlada por el juez sentenciador y porque la información secreta no formaba parte del sumario del caso, sino una pista obtenida de escuchas telefónicas¹¹⁸. En una opinión disidente colectiva, seis magistrados protestaron airadamente contra esta decisión y advirtieron que el hecho de que la defensa no fuera informada sobre el tipo de prueba y el material y el hecho de que el resultado del procedimiento *ex parte* no estuviese razonado eran contrarios a la naturaleza de los procedimientos adversariales hasta tal punto de que ello no se podría rectificar por el juez sentenciador. En el caso *Edwards and Lewis v. UK*¹¹⁹, un caso de drogas en el que se utilizaron *agents provocateurs*, se aplicó un procedimiento similar *ex parte* en el que la defensa no fue informada del tipo de prueba. Sin embargo, en este caso el material en cuestión fue utilizado como prueba en el juicio. Por otra parte, el policía encubierto, que fue el único testigo llamado durante la audiencia, fue interrogado de forma anónima. Era crucial que la defensa pudiera verificar si había existido una trampa por parte de la policía. También se planteó en el juicio que la inteligencia había sido presentada en el procedimiento *ex parte* relativo a la implicación del acusado en delitos relativos a las drogas en el pasado, sin que la defensa hubiese sido notificada de ello para que pudiera haber contestado estos hechos. En este caso el Tribunal

¹¹⁵ TEDH, sentencia de 16 de octubre de 2001, recurso n. 37555/97, *O'Hara v. UK*.

¹¹⁶ TEDH, sentencia de 15 de noviembre de 1996, recurso n. 22414/93, *Chahal v. UK*.

¹¹⁷ TEDH, sentencia de 16 febrero de 2000, recurso n. 27052/95, *Jasper v. UK*.

¹¹⁸ A lo largo de las mismas líneas TEDH, *P.G. and J. H. v. UK*, 25 Septiembre 2001.

¹¹⁹ TEDH, *Edwards and Lewis v. UK*, 22 July 2003, 39647/98 and 40461/98.

estableció que existía una violación del artículo 6(1). Éste fue también el resultado en el caso *Dowsett v. UK*¹²⁰, pues el juez sentenciador no había podido realizar el control judicial necesario y ello no se puede remediar en apelación¹²¹. La importancia de este control judicial queda también clara en el caso *Tinnelly & Sons and others and McElduff and others v. UK*¹²², un caso en el cual se decidió, con base en inteligencia, rechazar una oferta en un proyecto de contratación pública en Irlanda del Norte. Los demandantes fueron rechazados del contrato de trabajo público o de la necesaria acreditación pública para obtener esos contratos a causa de sus creencias religiosas u opiniones políticas. La denegación se basó en un certificado, que era prueba concluyente, de la Secretaría de Estado basado en inteligencia. El TEDH sostiene que la falta de examen independiente y completo por una autoridad judicial viola el art. 6 CEDH.

En todo caso, en ciertos casos de uso de mucha prueba secreta puede ser necesario que el abogado especial o de oficio pueda comunicarse sobre estas pruebas con el acusado para darle oportunidad de dar prueba a décharge. Por esta falta el Reino Unido violó el art. 5(4) en procedimientos de privación de libertad en materia de expulsión de emigrantes, procedimientos que por su longitud e impacto deben obedecer a las mismas garantías del art. 6 (1) CEDH.

Aplicándolo al contexto español, la posible violación depende por consecuencia de la posibilidad de compensar la limitación de los derechos de defensa obteniendo un proceso equitativo y de la posibilidad para el juez de controlar la limitación de los derechos de defensa.

El secreto del sumario, previsto en el art. 302 Lecrim, implica que la parte imputada y su abogado no conocen las actuaciones de investigación que se están desarrollando por las autoridades públicas de persecución (por la policía y el fiscal básicamente, pero también por el juez instructor). El fiscal, aunque es parte, no queda excluido del conocimiento de la causa por la declaración de secreto del juez instructor. Se trata por tanto de una excepción, cuya inconstitucionalidad no ha sido admitida, al principio de contradicción del art. 24.1 y 24.2 CE. El secreto de las actuaciones sumariales se utiliza en la práctica con frecuencia, precisamente en la fase de investigación de los procesos contra miembros de la delincuencia organizada, en España principalmente mafiosos y narcotraficantes, y contra terroristas. El secreto del sumario no es una violación del art. 6 en sí. Depende de sus consecuencias para los derechos de defensa y sobre todo si su uso en concreto limita definitivamente los derechos de defensa y éstos no son compensados en el juicio.

La legislación española permite el uso de información de inteligencia (inteligencia policial general, información de los servicios de inteligencia nacionales o extranjeros) en el proceso penal a condición de que sea incorporada en un acto del sumario. De hecho ésta puede ser utilizada para abrir una investigación penal, para fundar los presupuestos para el uso de medidas coactivas sobre bienes y sobre personas y también para fundamentar la carga de la prueba. No me parece que haya en España falta de control judicial sobre la prueba anticipada o secreta. En España la prueba previa al juicio obtenida por la policía y las autoridades judiciales, incluyendo los agentes encubiertos, está sometida al control judicial. Además si la prueba es obtenida sin contradicción, no tiene valor de prueba, sino solamente de información añadida. Podría obtener valor de prueba si el titular de la prueba declarara en el juicio, que podría hacerlo in camera o protegido por una pantalla o por videoconferencia.

En concreto, la incompatibilidad entre la legislación y jurisprudencia española y la CEDH no es nada fácil de mostrar.

3. Presunción de inocencia y derecho a guardar silencio (punto 3.8 en el informe)

En primer lugar tenemos que mirar la existencia del derecho como tal. En España hay un derecho fundamental de toda persona a no declarar contra sí misma (art. 24.2 CE) y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), derecho reconocido expresamente a nivel ordinario por el

¹²⁰ TEDHm, *Dowsett v. UK*, , 24 June 2003, 39482/98.

¹²¹ En *G.M.R and A K.P. v. UK*, decision of 19 September 2000, el Tribunal consideró que el procedimiento de apelación ofreció suficientes garantías.

¹²² TEDH *Tinnelly & Sons and others and McElduff and others v. UK*, , 10 July 1998, Reports 1998-IV.

art. 418 LECRIM.. El derecho al silencio esta recogido textualmente en la Constitución también (art. 17.3 y 24.2 CE). Tanto la presunción de inocencia, como el derecho del sospechoso, imputado o acusado a permanecer en silencio, y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, son derechos fundamentales del inculpado o acusado en el proceso penal español, por tanto, derechos constitucionalizados. La importancia de su reconocimiento constitucional en España reside en su aplicación en la fase y momento más delicados para el imputado, su declaración ante la policía. El art. 520 LECRIM desarrolla estas previsiones con detalle. Hay una jurisprudencia garantista sobre la presunción de inocencia (ver TS, Sentencia 829/2006, 20 julio (RA 6300, *caso talibán español*)).

En caso de que el acusado se niegue a declarar, la jurisprudencia española insiste expresamente en que ello no es indicio alguno de culpabilidad. Por tanto, constatado por el tribunal del juicio que en su día el detenido se negó a declarar, no se puede extraer de ello consecuencia negativa alguna para el ahora ya acusado que pueda fundar una declaración de culpabilidad y en consecuencia la condena. En este sentido la legislación y jurisprudencia española son más garantistas que la jurisprudencia del TEDH (*caso Murray* y *caso Condron*).

En concreto, no veo incompatibilidad alguna de la legislación y jurisprudencia española con la CEDH

Por estos motivos considero la conclusión del informe en relación con la tutela judicial efectiva formulada en términos demasiado amplios:

Se estima que los límites en materia de derechos fundamentales no pueden convertirse en norma arbitraria que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al estado de derecho.

Prof. Dr. John A.E. Vervaele

15 de marzo 2009