

ESTUDIOS DE PROGRESO
Fundación Alternativss

La restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo

M.^a Ángeles Catalina Benavente

M.^a Ángeles Catalina Benavente

Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y por la Universidad de Pisa (Italia), con el trabajo El recurso de casación y la tutela de los derechos fundamentales. Profesora de Derecho procesal en la Universidad Carlos III de Madrid desde 1997. Desde abril de 2006 es beneficiaria de una beca posdoctoral del Ministerio de Educación y Ciencia en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal en Friburgo (Alemania), donde lleva a cabo una investigación sobre la restricción de derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo en el marco de la Unión Europea.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© M.^a Ángeles Catalina Benavente

ISBN: 84-96653-15-3

Depósito Legal: M-30036-2006

Índice

Introducción	5
1 La UE y el terrorismo	9
1.1 Antes del 11 de septiembre de 2001	9
1.2 Tras el 11 de septiembre de 2001	10
1.3 Después del 11 de marzo de 2004	14
1.4 Después del 7 de julio de 2005	16
2 Medidas más eficaces en la lucha contra el terrorismo	18
2.1 La cooperación policial	18
2.2 La cooperación judicial	20
3 La restricción de derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo	23
3.1 Derechos fundamentales cuya restricción es más probable	28
3.2 Propuesta de una línea común en la UE para la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo	51
4 Conclusiones	56
Bibliografía	61

Introducción

El terrorismo se ha convertido en un problema global que cada vez afecta a más países y que cada día se cobra más número de víctimas. Los atentados de Casablanca, Nueva York, Bali, Madrid y Londres son algunos de los más significativos. No hay ninguna organización internacional que permanezca ajena a este problema, y así, la Cumbre Mundial de 2005 de las Naciones Unidas, en la Reunión Plenaria de Alto Nivel celebrada los días 14 a 16 de septiembre de 2005, incluyó, entre otras cuestiones, una condena clara y sin reservas, por todos los gobiernos y por primera vez, del terrorismo «en todas sus formas y manifestaciones, independientemente de quién lo cometa y de dónde y con qué propósitos»¹. Además, se planteó la búsqueda de una estrategia de lucha contra el terrorismo que fortalezca a la comunidad internacional y debilite a los terroristas².

A las víctimas de ETA, y de otros grupos terroristas como el GRAPO, hay que sumar desde el 11 de marzo de 2004 las 192 víctimas del terrorismo islamista. España se enfrenta, por lo tanto, a una complicada realidad en la lucha antiterrorista que le obliga a desplegar su actividad policial, judicial y social, en dos frentes muy diversos, aunque con muchas similitudes y relaciones.

ETA lleva asesinando y causando el terror en España desde hace más de 40 años. Los más de 800 muertos y los miles de heridos en atentados terroristas han convertido a España, desgraciadamente, en una referencia mundial como Estado democrático de Derecho en lucha contra el terrorismo. Los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado llevan mucho tiempo especializándose en la lucha antiterrorista, a lo que hay que añadir la intensa actividad legislativa y judicial en este sentido, que se han concretado en un gran conjunto de medidas³.

1 Documento final de la Cumbre Mundial 2005, Reunión Plenaria de Alto Nivel, 14-16 de septiembre, 2005, www.un.org/summit2005.

2 Se busca, igualmente, el apoyo de todos los Estados para la pronta entrada en vigor del Convenio contra el terrorismo nuclear, alentando a todos los Estados a que se adhieran a él, así como a las otras 12 Convenciones contra el terrorismo y a que los apliquen.

3 Para la Comisión del 11 de Marzo, la experiencia española en el terrorismo de ETA sólo se puede aplicar en parte al terrorismo internacional, «ya que ambos tienen distinto origen, naturaleza, organización y métodos, y por ello han de ser objeto de un tratamiento diferenciado en los diversos campos de acción, esto es, en el ámbito policial, en el medio judicial, en el espacio social y en el entorno económico», Conclusiones, 91.

La lucha contra ETA ha pasado en España por distintas fases. Con el transcurso de los años, la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se ha ido depurando y encuentra acomodo dentro de los parámetros constitucionales. Esta es la línea que debe seguir la lucha contra el terrorismo, ya sea ETA o cualquier otra forma de terrorismo internacional, es decir, encuadrar dicha lucha dentro del marco autorizado por la Constitución. En los últimos años se ha visto que la lucha contra ETA necesitaba una revisión del marco legal que permite la persecución de estos delitos y de los terroristas, así como del marco legal que regula la aplicación de las condenas por delitos de terrorismo. En relación con el cumplimiento de la pena por delitos terroristas se han adoptado también numerosas medidas legislativas que han tenido también efectos preventivos. La política de dispersión de presos iniciada por el Ministerio de Justicia, las reformas legislativas dirigidas al cumplimiento íntegro de las condenas, así como las medidas que permiten un mayor control de los presos por delito de terrorismo han tenido consecuencias evidentes en la lucha contra ETA.

El 22 de marzo de 2006, la organización terrorista ETA hace público un comunicado en el que anuncia el «alto el fuego permanente», efectivo a partir de las 00.00 horas del día 24, con el objetivo de «impulsar un proceso democrático en Euskal Herria». «La superación del conflicto, aquí y ahora, es posible», afirma la banda. Desde ese momento, muchos han sido los comentarios y debates que esta decisión ha suscitado. En nuestra opinión, el cerco policial, jurídico y económico al que estaba siendo sometida la organización terrorista tiene un fundamento importante en dicha declaración.

Desde la caída de las Torres Gemelas en 2001 hasta los atentados de Londres en julio de 2005 han sido muchas las medidas que se han adoptado en la lucha contra el terrorismo y muchas, y muy variadas, las opiniones y reacciones que dichas medidas han generado. Los Estados están empezando poco a poco a asumir que es necesario revisar los instrumentos en la lucha contra el nuevo fenómeno del terrorismo islamista que está afectando a los países democráticos. Como señalaba el entonces ministro del Interior, José Alonso Suárez⁴, es necesario «poner en marcha una serie de medidas que si bien no eliminan la amenaza, sí deben permitirnos estar más preparados para responder a esa amenaza a nuestra seguridad, por tanto, a nuestra libertad y a los valores democráticos que la sustentan, a nuestro modo de vida, a nuestro progreso, a la seguridad y a la libertad también de nuestros aliados»⁵. Un ejemplo de la diversidad de vías con las que los Estados tratan de hacer frente a esta amenaza es la posibilidad o no de derribar aviones terroristas. Como informa El País de 23 de febrero de 2006⁶, la Duma

4 Comisión de Interior. CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosin Bono.

5 El ministro habla del nuevo fenómeno del yihadismo como amenaza real para nuestra seguridad interior. «Se trata de un nuevo tipo de terrorismo de base salafista radical que tras la caída del muro de Berlín se aprovechó del consiguiente e intenso periodo de ajuste político y reordenación internacional de los años noventa para expandirse por amplias regiones del planeta, acumulando capacidades operativas, humanas y financieras para golpear en casi cualquier lugar del mundo. Por eso ya no podemos hablar de una amenaza emergente, sino consolidada». «Al Qaeda, como expresión más significativa de este terrorismo, no es una estructura terrorista clásica piramidal definida, con un número determinado de miembros y localizada en territorios específicos. Al Qaeda es algo definitivamente diferente. Es un movimiento descentralizado de decenas de miles de yihadistas radicales presente en el mundo entero, para los cuales la decisión de actuar y las decisiones a desplegar por sus miembros no precisan de una necesaria y puntual resolución y aprobación central, ya que la justificación de las mismas viene conferida por la comunión en los objetivos de dicho movimiento. La morfología de esta nueva red de terrorismo internacional es sustancialmente distinta a la morfología de los terrorismos de jurisdicción nacional a los que estamos acostumbrados fundamentalmente en los países de la UE y específicamente en España», Diario de Sesiones, 4.

6 El País, 23 de febrero de 2006, 8.

Estatad de Rusia ha aprobado una ley de lucha contra el terrorismo que da a las Fuerzas Armadas la posibilidad de derribar aviones, hundir buques y disparar desde territorio ruso contra bases terroristas situadas en otros Estados. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán declara inconstitucional algunos preceptos de la Ley de Seguridad Aérea que entró en vigor en 2005, y que permitía al ejército alemán derribar un avión secuestrado por terroristas para estrellarlo sobre una ciudad⁷.

El CIS efectúa mensualmente barómetros de opinión en los cuales se repite la siguiente pregunta: ¿cuáles son, a juicio del encuestado, los tres problemas principales que actualmente existen en España? Desde hace muchos años la respuesta el terrorismo, ETA, viene ocupando los primeros lugares entre las preocupaciones de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en julio y septiembre de 2001, para el 77,8% y el 75,6% de los encuestados, respectivamente, ésta era su principal preocupación, por encima incluso del paro. En diciembre de 2001, el 66,2%⁸. En noviembre de 2002 sólo un 56,4% de los encuestados consideraron el problema del terrorismo, ETA, como una de las principales preocupaciones⁹; la misma línea en enero de 2003, con un 51,6%; en noviembre de 2003, un 40,7%; en diciembre de 2003, un 43,3%; en enero de 2004, un 37,5%; en febrero de 2004, el porcentaje volvió a subir hasta un 43,2%; en marzo de 2004, la respuesta terrorismo, ETA, fue elegida por el 76,9% de los encuestados, volviendo a ocupar el terrorismo el primer lugar entre las preocupaciones de los españoles, mientras que la respuesta del atentado del 11-M fue elegida sólo por un 4,3% de los encuestados. En abril de 2004, el terrorismo, ETA, fue elegida por un 66,2% y el atentado del 11-M por un 1,5%. En mayo de 2004, el terrorismo, ETA, volvió al segundo puesto entre las preocupaciones de los españoles con un 51,9%; en junio de 2004, un 48,2%; en julio de 2004, un 47,4%; en septiembre de 2004, un 44,4%; en octubre de 2004, un 49,1%; en noviembre de 2004, un 44,8%; en enero de 2005, un 56,2%; en febrero de 2005, un 49,7%; en marzo de 2005, un 44,3%; en el mes de marzo se incluye como problema el atentado del 11-M, terrorismo islamista, con un 0,0%, y en abril de 2005, asciende a un 36,1%. Se introduce como problema diferenciado el terrorismo islamista, con un 0,0%; en mayo de 2005, terrorismo, ETA, un 41,8%, y terrorismo internacional un 0,2%; en junio de 2005, un 44,3%, y terrorismo internacional, un 0,0%; en julio de 2005, un 52,7%, y terrorismo internacional, un 0,1%; en septiembre de 2005, un 35,9%, y terrorismo internacional, un 0,0%; en octubre de 2005, un 25%, y terrorismo internacional, un 0,1%. En este mes el problema del terrorismo pasa a ocupar el tercer lugar entre las preocupaciones de los españoles, tras el paro (51,1%) y la inmigración (37,4%). Lo mismo ocurre en noviembre, con paro (54%), inmigración (40%) y terrorismo, ETA, 25,2%. Por último, en diciembre de 2005 el paro registra un 48,9%, inmigración un 29,2% y terrorismo, ETA, un 27,9%.

Sin embargo, y esto nos llama la atención, el CIS introdujo en el mes de septiembre de 2001 una cuestión nueva: atentado de Nueva York y sus consecuencias, que sólo fue elegida por el 2,8% de los ciudadanos. Y en la encuesta del mes de octubre de 2001 se introdujeron una serie de preguntas relacionadas con los atentados del 11 de septiembre, cuyas respuestas consideramos de interés analizar en este momento. A la pregunta de si el encuestado pensaba que pudieran producirse acciones terroristas de la importancia del 11-S en las próximas

7 El País, 16 de febrero de 2006, 6.

8 Aquí ya el terrorismo es la segunda preocupación, por detrás del paro, con un 66,8%. En este mismo sentido, enero de 2002.

9 El paro tuvo un 68%.

semanas o meses en EE UU o en cualquier otro país desarrollado, el 62,3% contestaba que sí, mientras que el 20,9% respondía que no. Pero a la pregunta de si pensaban que dichas acciones podrían cometerse en España, el porcentaje de los que pensaban que sí bajaba hasta el 37,4%, mientras que no respondían un 48,1%. A ello hay que añadir que a la respuesta de si estaban muy preocupados, bastante preocupados, poco o nada preocupados a que en España se produjeran atentados de este tipo, un 12,6% dijo estar muy preocupado, un 44,8%, bastante preocupado, un 31,6%, poco preocupado, y un 9,1%, nada preocupado. Es decir, en ese momento los españoles no consideraban muy real la amenaza de un ataque terrorista de origen islamista en España.

De la encuesta realizada en el mes de octubre de 2001 nos llaman también poderosamente la atención las respuestas efectuadas a las preguntas 8 y 9. En ambas preguntas se trata de profundizar en los efectos que, en opinión de los encuestados, los atentados del 11-S van a tener sobre las acciones terroristas de ETA y sobre su propia existencia. Según el 59,5% de los encuestados, ETA seguirá atentando como hasta ahora, mientras que para un 7,9% atentará más, y para un 18,8% lo hará menos. En cuanto a los efectos sobre la organización terrorista, para el 54% de los encuestados la situación generada por el 11-S ni adelantará ni atrasará el fin de ETA, mientras que para un 21,2% puede adelantarlo, y sólo el 6,7% considera que puede retrasarlo.

La preocupación por el problema del terrorismo es una constante en la sociedad española. Quizá sería necesario hacer un sondeo para preguntar a los ciudadanos qué diferencias existen, en su opinión, entre ambos tipos de terrorismo, y hasta qué punto deben llegar las intervenciones de los Estados para hacer frente a esta amenaza.

En todo caso, y como señalaba el entonces ministro del Interior¹⁰, el coste directo actual de los servicios contra el terrorismo está en torno a los 350 millones de euros, y la dotación inicial para 2006 aumentará hasta los 368 millones de euros. Esto refleja los esfuerzos que está haciendo el Gobierno español, al igual que el resto de países, para evitar la comisión de atentados terroristas. A pesar de ello, el peligro está ahí y España y la UE no pueden desconocer que su actuación debe ser constante y debe ir reforzándose día a día sin esperar a adoptar medidas cuando se produzcan los posibles atentados.

¹⁰ Comisión de Interior. CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosín Bono, 9 y 10.

La UE y el terrorismo

Vamos a hacer un breve recorrido por las distintas medidas adoptadas en el seno de la UE para luchar contra el terrorismo.

1.1 Antes del 11 de septiembre de 2001

Con anterioridad a la comisión de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, la Unión Europea ya había adoptado diversas medidas para luchar de manera conjunta contra el terrorismo. El 14 de octubre de 1995, el Consejo adoptó la Declaración de La Gomera sobre el terrorismo, con el fin de reforzar los mecanismos de cooperación policial y judicial a través de un mayor intercambio de información sobre los grupos terroristas, una coordinación reforzada entre las autoridades judiciales y la posibilidad de obtener la extradición de personas acusadas de actos de terrorismo. Entre dichas medidas destacan el Convenio Europol de 1995, por el que se crea una Oficina Europea de Policía (Europol); la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, por la que se crean los magistrados de enlace; la Acción común 96/610/JAI, de 15 de octubre de 1996, relativa a la creación de un repertorio de conocimientos sobre la lucha contra el terrorismo¹¹; la Acción común 98/428/JAI, de 29 de junio de 1998, relativa a la creación de una red judicial europea, y la Acción común 98/733/JAI, relativa a la represión por participación en organizaciones criminales. Por otra parte, el Consejo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, se centró sobre los siguientes aspectos esenciales: 1) definición común del delito de terrorismo; 2) definición amplia, en la que los hechos delictivos se consideran terroristas en función de su objetivo, es decir, por su intención de aterrorizar a los ciudadanos y de desestabilizar las estructuras constitucionales, o por contribuir o participar de los mismos fines de una organización terrorista. Además, los hechos terroristas se considerarán en toda Europa

¹¹ El Consejo designa al Reino Unido responsable de la recopilación, mantenimiento y difusión de un Directorio de competencias para la lucha antiterrorista. En adelante, el Estado miembro que ejerza la Presidencia se encargará de dicha tarea. El administrador del Directorio será responsable del mantenimiento de estadísticas sobre la utilización del Directorio y presentará un informe semestral al Consejo sobre la efectividad del sistema.

delitos graves, y se estableció que debían tener unas penas mínimas de 15 años de cárcel para los hechos más graves y de 8 para los colaboradores; y 3) orden europea de detención y entrega inmediata en el caso de delitos graves, entre los que se encuentra, por supuesto, el delito de terrorismo.

Entre las medidas adoptadas para combatir el terrorismo destacan todas aquellas que tratan de incidir sobre la financiación de las actividades terroristas. Así, la Recomendación del Consejo, de 9 de diciembre de 1999, sobre la cooperación en materia de lucha contra la financiación del terrorismo, recomienda que los servicios de seguridad nacionales intercambien regularmente la información de que dispongan sobre las estructuras y métodos empleados en la financiación de grupos terroristas que operen en más de un Estado miembro. Sin duda alguna, un elemento clave en la lucha contra el terrorismo es atacar a sus vías de financiación. En este marco la UE publica dos tipos de listas con las personas, entidades y organizaciones terroristas; por un lado, una lista elaborada por la UE, con el objeto de aplicar la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y, por otro, otra lista elaborada por el Comité de Sanciones de la ONU, que la UE retoma sin ninguna modificación, en la que las personas, grupos o entidades que en ella figuran quedan sometidos al embargo de bienes y a la cooperación judicial y penal.

El viernes 27 de octubre de 2000 el Parlamento Europeo aprobó una Declaración sobre el terrorismo en España¹², en la que «condena firmemente los crímenes de ETA y repudia cualquier intento de imponerse por el terror», y «exhorta a las Instituciones de la UE a que adopten medidas efectivas para la persecución del terrorismo, en particular la orden de busca y captura europea».

El 5 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo, a la vista de que la UE avanzaba muy lentamente en la lucha contra el terrorismo, adoptó una resolución recomendando al Consejo la adopción de dos Decisiones-marco: una con el objetivo de tipificar en el ámbito comunitario el delito de terrorismo y sus penas correspondientes; la otra, con el objetivo de instaurar una orden de detención europea y los procedimientos de entrega y la supresión de los procedimientos formales de extradición entre los Estados miembros¹³.

1.2 Tras el 11 de septiembre de 2001

El Consejo Europeo se reunió el 21 de septiembre de 2001 en sesión extraordinaria para analizar la situación internacional tras los atentados terroristas de EE UU y dar los impulsos necesarios a las acciones de la UE. En dicha sesión se aprobó el Plan de Acción en materia de lucha contra el terrorismo, que tiene los siguientes puntos esenciales: 1) reforzar

12 DOUE, de 12 de julio de 2001.

13 Como señala Rosa Díez González (2004): «La seguridad de los ciudadanos europeos es indivisible y no pueden aceptarse las situaciones actuales que permiten a los criminales y terroristas circular libremente por el territorio de la UE, mientras que continúan existiendo 25 fronteras judiciales penales y policiales entre los 25 Estados miembros que componen la UE».

la cooperación policial y judicial; 2) desarrollar los instrumentos jurídicos internacionales; 3) terminar con la financiación del terrorismo; 4) reforzar la seguridad aérea; y 5) coordinar la acción global de la UE. Este Plan de acción se ha concretado después por medio de las numerosas medidas y actuaciones detalladas en el plan de trabajo de la UE en materia de lucha contra el terrorismo. Algunas de estas medidas se destinan específicamente a combatir el terrorismo, como es el caso de la Decisión marco por la que se establece una definición penal común del terrorismo, de la inserción de cláusulas contra el terrorismo en los acuerdos de la Comunidad con terceros países, de la mejora de la seguridad aérea o de la congelación de bienes de terroristas o de organizaciones terroristas. Otras medidas persiguen fines más generales, como es el caso de las diferentes medidas adoptadas como parte de la creación de un área de libertad, seguridad y justicia (orden de detención europea, equipos conjuntos de investigación, creación de Eurojust, consolidación de Euro-pol, creación de una agencia para la gestión integrada de las fronteras, seguridad de los documentos de viaje, etc.), o adoptadas para reforzar el Estado de derecho en ciertos terceros países vulnerables.

La búsqueda de un concepto común de terrorismo no sólo ya en el ámbito internacional¹⁴, sino dentro de la UE, es una cuestión de gran complejidad. Para empezar, y como puso de manifiesto el Informe Watson, aprobado por el Parlamento Europeo en julio de 2001, tan sólo seis de los quince Estados de la UE trataban específicamente el terrorismo en sus legislaciones penales. Dicho informe destacaba el «profundo cambio del tipo de terrorismo en la UE» y «la insuficiencia de los métodos clásicos de cooperación judicial y policial para hacerles frente» (Zarzalejos, 2004).

El Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001 definió el terrorismo como uno de los principales retos mundiales, y consideró la lucha contra el terrorismo como uno de los objetivos prioritarios de la UE. La Posición común 2001/931/PES del Consejo, de 27 de diciembre de 2001¹⁵, se propuso poner en práctica medidas suplementarias en aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En particular, estableció una lista de personas, grupos y entidades implicados en actos de terrorismo a los cuales es necesario aplicar la medida del embargo preventivo de fondos y otros haberes financieros en el marco de la lucha contra la financiación del terrorismo.

El Consejo entendió que debían considerarse «actos terroristas» todos aquellos actos intencionados que pueden dañar seriamente un país u organización internacional intimidando

14 Un ejemplo de lo complicado que resulta llegar a una definición común de las conductas que han de aparecer tipificadas como actos terroristas lo tenemos en lo ocurrido en la Cumbre Euromediterránea celebrada en Barcelona el 27 de noviembre de 2005. En el documento del Código de Conducta Antiterrorista, la presidencia de la Cumbre no aceptaba, por las presiones de Israel, el reconocimiento del derecho de resistencia a la ocupación que esgrimían los árabes según el protocolo del Convenio de Ginebra. El texto propuesto por el Grupo árabe afirmaba lo siguiente: «Nada en este código de conducta contradice el derecho de los pueblos bajo ocupación extranjera a luchar hasta el fin de acuerdo con el Derecho internacional y las leyes humanitarias internacionales». La UE, haciéndose en parte eco de las posiciones de Israel, consideraba por su parte que después de la escalada de atentados de los últimos años «no tiene ningún sentido introducir matices al hablar de terrorismo», según indicaron fuentes diplomáticas. Sobre este punto el texto propuesto establece: «Reafirmamos que todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación, y en este contexto, dar pasos legales para la consecución de este derecho, y reafirmamos que los ataques terroristas no pueden ser justificados ni legitimados por ningún motivo o agravio» (El País, 27 de noviembre de 2005, 6).

15 Posición común relativa a la aplicación de medidas específicas con el fin de luchar contra el terrorismo.

a su población, imponiendo toda clase de dificultades, desestabilizando o destruyendo sus estructuras fundamentales, constitucionales, sociales y económicas¹⁶. La simple amenaza de cometer uno de estos delitos debe juzgarse como un acto terrorista.

Al mismo tiempo, se pasó a definir «grupo terrorista» como una asociación estructurada de personas que actúan de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas, independientemente de su composición y el nivel de elaboración en su estructura.

En relación con la preocupación por unificar el concepto de terrorismo, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002¹⁷, que tuvo por objetivo hacer más eficaz la lucha contra el terrorismo en toda la UE, reiteró la definición de grupo terrorista como una asociación estructurada de más de dos personas que actúa de manera concertada y, además, señaló que serán punibles la incitación, la ayuda, la complicidad y las tentativas para cometer un acto terrorista. Además, esta Decisión instaba a los Estados miembros a prever en su legislación sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas que pudieran conllevar la extradición, así como a regular como circunstancias agravantes y atenuantes la cooperación con las autoridades judiciales y policiales, la identificación de pruebas y de otros participantes en el delito, entre otras; todo ello, según el Consejo, con el fin de castigar los actos terroristas.

Además, el Consejo dispuso que se deberían aplicar sanciones contra las personas jurídicas cuando se comprobase que la persona física tiene el poder de representación de la persona jurídica o la autoridad para efectuar un control de la misma.

Para Zarzalejos (2004), un punto de partida para facilitar un concepto común –político, legislativo y judicial– de terrorismo podría ser el de aceptar como presupuesto la capacidad de transformación de la actividad terrorista y la pluralidad de signos de identidad que presenta. Una de las explicaciones a las dificultades para encontrar un concepto común sería la lentitud de los movimientos de adaptación y respuesta de legisladores y tribunales de justicia a los cambios en la configuración de los delitos terroristas.

Las dificultades evidentes que presenta la búsqueda de una definición común de terrorismo deben tratar de ser solventadas con la máxima celeridad por las autoridades de la UE¹⁸. A la hora de abordar dicha definición, y en la medida en que –como hemos señalado– había muchos Estados miembros que no tenían incluidos en sus códigos penales el delito de terrorismo, la UE no sólo puede tener presente al terrorismo islamista.

16 En esta línea se incluyen los siguientes actos: atentado contra la vida o integridad física de una persona; secuestro y toma de rehenes; destrucción masiva de una instalación pública o privada, incluido el sistema informático; captura de los medios de transporte colectivo (aeronaves o buques); fabricación, posesión, adquisición, transporte y utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas o químicas; liberación en el aire de sustancias peligrosas, provocación de inundación, explosión o incendios; perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental; dirección de un grupo terrorista o participación en estas actividades, incluidos la financiación o suministro de medios logísticos.

17 Relativa a la lucha contra el terrorismo.

18 El Informe final de la Comisión del 11-M pone también de manifiesto la necesidad de lograr la mayor concordancia internacional de las legislaciones nacionales sobre terrorismo e inmigración ilegal.

Como mínimo son tres las ventajas que generará la consecución de una definición del delito de terrorismo. En primer lugar, se evitará que los terroristas aprovechen los resquicios que deja el legislador para cometer sus acciones impunemente, aprovechándose de la supresión de las fronteras dentro de la UE. En segundo lugar, sólo logrando en el ámbito comunitario una definición común de terrorismo será posible la cooperación policial y judicial. Y, en tercer lugar, se garantiza a todos el derecho fundamental a ser perseguidos sólo por la comisión de conductas constitutivas de delito, es decir, de conductas previamente tipificadas en la norma penal.

En el ámbito de la cooperación judicial, la Decisión 2003/48/JAI prevé que un corresponsal nacional de Eurojust en materia de terrorismo o una autoridad judicial competente tengan acceso a la información relativa a los procedimientos penales incoados por las autoridades judiciales al respecto de las personas o entidades mencionadas en la lista de la posición común 2001/931/PESC.

Asimismo, dicha Decisión insta a los Estados miembros a que se comprometan a adoptar las medidas necesarias para que las solicitudes de ayuda judicial mutua, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales relativas a actos terroristas sean tratadas urgente y prioritariamente. Además, prevé que las autoridades competentes de cada Estado miembro puedan tener acceso a los documentos y medios de prueba disponibles en otro Estado miembro, aunque esto lo somete al respeto a determinadas condiciones.

Según señala Sorroza Blanco (2005), el impulso inicial de la UE en la lucha contra el terrorismo se fue diluyendo poco a poco, y la implementación de los distintos instrumentos ha sido muy lenta, hasta el punto de que días antes del 11-M, Javier Solana presentó un informe interno en el que se destacaban el déficit en la implementación de los acuerdos en materia contraterrorista. En todo caso, los problemas para lograr una cooperación efectiva y real entre los distintos países de la UE son evidentes y, a pesar de que la UE emita siempre comunicados manifestando su voluntad de cooperación, lo cierto es que es difícil desarrollar en la práctica dichas medidas. El problema es que esta falta de cooperación tiene costes elevados en materia de seguridad y, en la medida en que esta falta de seguridad acaba implicando la pérdida de vidas humanas, los países miembros de la UE deben dejar de limitarse a efectuar meras formulaciones teóricas y pasar a adoptar todas aquellas medidas necesarias para lograr el más alto grado de cooperación, aunque ello implique restricciones importantes a su propia soberanía.

En todo caso, cuando hablamos de la cooperación en el ámbito europeo y de las consecuencias que la falta de cooperación puede generar, en cuanto a la pérdida de vidas, no estamos en ningún caso sosteniendo que los atentados se producen por falta de cooperación. Los atentados se producen porque existen individuos que colocan bombas o que las portan sobre sí y las hacen explotar en lugares públicos con el objetivo de lograr el mayor número de víctimas posibles. Lo que estamos queriendo decir es que la cooperación es necesaria para cercar a los terroristas y para limitar sus posibilidades de actuación. A pesar de todos los avances y de todos los intentos de lograr una actuación común en la lucha contra el terrorismo, no se puede garantizar de manera absoluta que no se van a producir más atentados.

Por eso no podemos estar en absoluto de acuerdo con las palabras emitidas por Rosa Díez González (2004), para quien «no puede existir nada más estremecedoramente esclarecedor de la ineficacia de las medidas adoptadas en aplicación del Plan de Acción para luchar contra el terrorismo adoptado el día 21 de septiembre de 2001 que los trágicos atentados perpetrados el 11 de marzo de 2004 en Madrid».

1.3 Después del 11 de marzo de 2004

Tras los atentados terroristas perpetrados el 11 de marzo de 2004 en Madrid, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior (JAI) se reunió con el objetivo de dar un nuevo impulso a la respuesta de Europa a la amenaza terrorista que, ahora más que nunca, se hacía real sobre los ciudadanos europeos¹⁹. El Consejo centró su debate en torno a las medidas concretas necesarias para reforzar la cooperación práctica entre los Estados miembros, tendiendo en particular a asegurar el pleno recurso a las posibilidades que ofrecen la Unidad operativa de jefes de policía, Europol y Eurojust.

En este sentido, llama la atención el hecho de que el Consejo recalcase, en dicha reunión, la importancia de aplicar las medidas existentes para reforzar la cooperación en la lucha contra el terrorismo. Esto supone, en nuestra opinión, el reconocimiento por parte de dicho Consejo de la dificultad real que existe para lograr una adecuada cooperación²⁰.

Entre las demás medidas estudiadas por el Consejo se incluyó el compromiso político de garantizar las obligaciones previstas en la cláusula de seguridad que contiene el proyecto de Constitución Europea (artículo I-42), las medidas relativas a la revisión del Plan de acción contra el terrorismo, el refuerzo de los controles fronterizos y la seguridad de los documentos, las directrices de la UE para un enfoque común en la lucha contra el terrorismo, el intercambio de inteligencia, la prevención de la financiación del terrorismo, las medidas de protección del transporte y de la población, la cooperación internacional y la definición de la posición de un coordinador de la lucha contra el terrorismo. El Consejo de Justicia e Interior se comprometió a presentar un conjunto de medidas de lucha contra el terrorismo en el Consejo Europeo del 25 y 26 de marzo de 2004.

¹⁹ Las asociaciones de víctimas reclaman en un comunicado presentado el 22 de octubre de 2003 ante el Parlamento Europeo: 1) la eliminación de la impunidad en la que el terrorismo prospera. Para ello reclaman la inclusión del terrorismo como delito contra la humanidad, lo que conllevaría, entre otras consecuencias, evitar su prescripción; 2) reclaman que se siga avanzando en el camino de estrechar lazos de cooperación internacional entre los Estados miembros de la UE y el resto de países del mundo, la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la UE, la entrega temporal para la realización de los juicios pendientes, la negación del asilo para los encausados por terrorismo y la prevención y supresión de la financiación del terrorismo; y 3) hacen un llamamiento y exigen a los Estados miembros de la UE que cumplan y hagan cumplir todas las medidas que se han adoptado en el ámbito del tercer pilar relativo a la cooperación judicial y policial.

²⁰ Entre las propuestas que presenta Rosa Díez González (2004) se encuentra la de exigir a todos los Estados miembros la aplicación inmediata, completa y leal de todos los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión para luchar contra el terrorismo.

El Consejo puso de manifiesto que tras los atentados de Madrid han surgido nuevas preocupaciones en los Estados miembros, entre ellas, el estudio de los factores que contribuyen a apoyar al terrorismo, la protección de minorías y promoción del pluralismo dentro de la UE y el extremismo religioso violento²¹.

La UE sigue considerando la información un instrumento esencial en la lucha contra el terrorismo. Por ello, aprueba, por iniciativa española, un Reglamento²² y una Decisión²³ que tienen por objeto mejorar la explotación del Sistema de Información Schengen (SIS), introduciendo nuevas funciones como instrumento útil para combatir la inmigración clandestina, la criminalidad y el terrorismo. Entre las modificaciones que dicho Reglamento y Decisión comportan destaca el acceso de Europol y de los miembros nacionales de Eurojust a los datos introducidos en el SIS.

En los últimos meses de 2004, dentro de la actividad de la UE en materia de terrorismo, destacan una serie de comunicaciones realizadas por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «con el fin de hacer de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia». La Comunicación de 20 de octubre de 2004, titulada «Prevención, preparación y respuesta a los ataques terroristas», prevé, entre otras, las siguientes actuaciones: implicar a los parlamentos nacionales, agentes económicos, organizaciones y a todos los ciudadanos europeos en la instauración de herramientas eficaces para la lucha contra el terrorismo; proteger los derechos fundamentales y luchar contra la radicalización; incluir la cooperación policial y judicial en la política global contra el terrorismo; integrar la lucha contra el terrorismo en la política exterior de la UE –la Comisión desea desarrollar el diálogo cultural con el mundo islámico combatiendo al mismo tiempo los factores subyacentes del terrorismo y examinando los vínculos entre la delincuencia organizada internacional y el terrorismo–; mejorar la participación y colaboración de los cuerpos de seguridad interior con la finalidad de compartir eficazmente las alertas e intercambiar información sobre los grupos terroristas.

La Comisión prevé además implicar más a Europol en la lucha contra la financiación del terrorismo y en la protección de las infraestructuras críticas mediante la financiación de un programa europeo de investigación sobre la seguridad, que haría hincapié en la lucha contra

21 Entre las propuestas de Rosa Díez (2004) se incluye la de desarrollar programas educativos en los medios de comunicación social que combatan el entorno legitimatorio que constituye el caldo de cultivo favorable al odio racista o religioso, que eduquen para la paz, la convivencia pacífica y el respeto a los derechos humanos. En este sentido, el editorial de El País, 24 de julio de 2005, 12, señala que: «EE UU y la UE son conscientes de que deben redoblar la cooperación policial, judicial y de los servicios de inteligencia. Pero esas acciones no tendrán éxito si, además, no se ven acompañadas de otras destinadas a la mayor integración de la comunidad musulmana en los países occidentales y al consiguiente aislamiento del terrorismo». El País, 24 de julio de 2005, se hace eco de un artículo aparecido en el diario italiano La Repubblica, de Renzo Guolo, el 22 de julio, que dice: «La acción policial o de los servicios de inteligencia no bastan para impedir la proliferación de las bombas humanas. Parte integrante de nuestra exigencia de seguridad debe ser la batalla de las ideas para la interpretación de la tradición religiosa y la recuperación de un sentido de la vida entre los jóvenes fieles a Alá en el mundo islámico y en Occidente».

22 Reglamento (CE) n° 871/2004 del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo.

23 Decisión 2005/211/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa a la introducción de nuevas funciones para el Sistema de Información de Schengen, inclusive en materia de lucha contra el terrorismo.

la financiación del terrorismo, la protección de infraestructuras críticas, la gestión de las consecuencias y la ciberseguridad²⁴.

Por último, el Programa de La Haya, que se adoptó en el Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004, recogió las 10 prioridades de la UE destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco años. La segunda de dichas prioridades, tras la de reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía, es la lucha contra el terrorismo²⁵.

1.4 Después del 7 de julio de 2005

El Consejo de la UE de Bruselas, de 13 de julio de 2005, condenó los atentados terroristas de Londres y reforzó su compromiso de lucha contra el terrorismo y defensa de los principios fundamentales de libertad, seguridad y justicia. El Consejo, colaborando con el Coordinador de la lucha contra el terrorismo de la UE, así como con la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, acelerará la aplicación del Plan de acción de la UE para la lucha contra el terrorismo y de otros compromisos vigentes.

El Consejo declaró que su prioridad inmediata es mejorar el sólido marco ya existente en la UE para perseguir e investigar a los terroristas a través de las fronteras, con objeto de impedir sus planes, dismantelar sus redes de apoyo, suprimir toda financiación y llevarlos ante la justicia. Para lograr este objetivo, solicitó a los Estados miembros que, por un lado, intensifiquen el intercambio de información policial y judicial, en particular por medio de Europol (y su Unidad Operativa de Lucha Antiterrorista) y de Eurojust y, por otro, que hagan pleno uso de los equipos conjuntos de investigación.

En cuanto a las medidas legislativas necesarias para reforzar la lucha contra el terrorismo, el Consejo se comprometió en la sesión de 13 de julio a acordar Decisiones Marco sobre: a) retención de datos de telecomunicaciones; b) exhorto europeo de obtención de pruebas; c) intercambio de información entre los cuerpos de seguridad; y d) combatir la financiación del terrorismo²⁶.

24 Otras Comunicaciones sobre esta materia son: Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2004, titulada «Sobre la prevención y la lucha contra la financiación del terrorismo a través de medidas para mejorar el intercambio de información, aumentar la transparencia y mejorar la trazabilidad de las transacciones financieras»; Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2004, titulada «Lucha contra el terrorismo: preparación y gestión de las consecuencias»; Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2004, titulada «Protección de las infraestructuras críticas en la lucha contra el terrorismo».

25 El resto de prioridades son: 3. Definir un enfoque equilibrado de la inmigración; 4. Establecer un procedimiento común en materia de asilo; 5. Maximizar las repercusiones positivas de la inmigración; 6. Elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión; 7. Encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información; 8. Elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada; 9. Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia; 10. Compartir las responsabilidades y velar por la solidaridad.

26 Combatirá la financiación del terrorismo: acordando antes de diciembre de 2005 un Reglamento sobre las transferencias por cable, adoptando la tercera Directiva sobre blanqueo de capitales y el Reglamento sobre control del dinero efectivo a más tardar en septiembre de 2005, aprobando un código de conducta para impedir que los terroristas desvíen donaciones caritativas (diciembre de 2005); revisando los resultados globales de la UE (diciembre de 2005) y apremiando a los Estados miembros para que garanticen que la investigación financiera exhaustiva forme parte de todas las investigaciones relativas al terrorismo y desarrollen unas competencias reforzadas en materia de embargo preventivo de bienes.

La conclusión a la que se puede llegar después de analizar la actuación de las distintas instituciones de la UE es que se ha hecho mucho, pero queda aún mucho trabajo por hacer. Además, es posible constatar que aunque tras los atentados del 11 de marzo de 2004 se han efectuado muchas declaraciones, la UE ha adoptado medidas más concretas tras los atentados de julio de 2005 en Londres.

Medidas más eficaces en la lucha contra el terrorismo

La conclusión a la que se llega después de analizar las distintas medidas adoptadas en el ámbito de la UE en la lucha contra el terrorismo es la de que realmente han sido muchas las acciones emprendidas, aunque no se puede sostener que todas las medidas o pasos adoptados hayan conseguido los fines perseguidos²⁷.

Como señala Castillejo Manzanares (2005:16), para luchar contra el terrorismo en una UE sin fronteras donde se garantiza la libre circulación de personas se ha de diseñar «un marco jurídico supranacional que garantice una respuesta legal uniforme y homogénea de todos los Estados, el fortalecimiento de los mecanismos de cooperación policial y judicial, y el perfeccionamiento de los medios de investigación y de los instrumentos punitivos necesarios para combatir tan graves comportamientos criminales»²⁸.

2.1 La cooperación policial

En la lucha contra el terrorismo la cooperación policial es un elemento clave. Un gran ejemplo de ello lo encontramos en los resultados tan positivos que en la lucha contra la banda terrorista ETA ha generado la cooperación entre la policía española y la francesa. Los ministros españoles y franceses de Justicia e Interior han creado equipos policiales conjuntos de investigación para reforzar la lucha común contra el terrorismo. Desde 2002

27 En las Conclusiones de la Comisión del 11 de Marzo se señala que hay que mejorar e incrementar las infraestructuras policiales y judiciales existentes antes del 11-M, para modernizarlas y adaptarlas a las nuevas circunstancias (p. 92). También se pone de manifiesto que hay que avanzar mucho en la consecución de un Espacio Judicial y Policial Único europeo, por medio de la armonización de la legislación para definir uniformemente los delitos relacionados con el terrorismo; agilización de las Comisiones rogatorias; cooperación reforzada en lucha contra el terrorismo; creación de un fiscal europeo especializado en la lucha contra el terrorismo; potenciación de la actividad de Europol y Eurojust.

28 Es evidente, como señala Vercher Noguera (1991), «la dificultad, si no imposibilidad, de dar una solución legal al problema del terrorismo dentro de los estrictos límites nacionales».

existe una estructura compleja franco-española integrada por fiscales, jueces de instrucción y servicios policiales que está produciendo resultados sorprendentes en la lucha contra ETA²⁹. También se han instaurado reuniones periódicas entre los fiscales franceses y españoles especializados en lucha antiterrorista, en las que participan los magistrados de enlace, para estudiar la evolución de la amenaza terrorista y compartir análisis e información. En la Cumbre franco-española celebrada en Carcasona el 6 de noviembre de 2003, los ministros de Justicia firmaron un Protocolo que define las reglas de funcionamiento de los futuros equipos conjuntos de investigación franco-española. La cooperación entre España y Francia en la lucha contra el terrorismo no sólo se ha limitado a la banda terrorista ETA, sino que, ya antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001, Francia y España habían ampliado su campo de cooperación bilateral al terrorismo internacional. Esta cooperación llevó a que en el año 2001 se descubriera en España una red islámica que servía como apoyo y red de acogida, infiltración y exfiltración para el terrorismo islámico. El desmantelamiento por parte de la policía española de varias estructuras islamistas próximas a Al Qaeda fue el resultado de una cooperación bilateral especialmente eficaz y rápida³⁰.

Los Estados miembros iniciaron la cooperación policial en materia de terrorismo a partir de 1976 a través de los Grupos TREVI. El Tratado de Maastricht convirtió al terrorismo en una cuestión de interés común y, desde el 1 de julio de 1999, quedó incluido en las competencias de Europol, que realiza fundamentalmente una función de inteligencia y análisis. La creación de una Oficina Europea de Policía tiene como misión mejorar la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y su cooperación, entre otros, en la prevención y la lucha contra el terrorismo. Para ello, Europol tiene como prioridad las siguientes funciones: a) facilitar el intercambio de informaciones entre los Estados miembros; b) recabar y analizar las distintas informaciones; c) comunicar a los servicios competentes de los Estados miembros las informaciones que les afecten e informarles inmediatamente de los vínculos detectados entre hechos delictivos; d) facilitar las investigaciones en los Estados miembros; e) gestionar recopilaciones informatizadas de información³¹.

Además de la creación de Europol, hay que señalar la existencia de Interpol –en el ámbito internacional– y –en el bilateral³²– de los oficiales de enlace.

La cooperación policial no se produce sólo con el exterior, sino que se ha tratado de potenciar la coordinación de los distintos cuerpos de seguridad españoles implicados en la lucha contra el terrorismo, a través de la creación del Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA), que nació tras el 11-M con la finalidad de paliar la descoordinación entre cuerpos policiales. En dicho organismo hay representantes de la Policía Nacional, la Guardia Civil y el Centro Nacional de Inteligencia. El ministro del Interior quiere incorporar a jueces, fiscales y a expertos en seguridad de Instituciones penitenciarias.

29 Zarzalejos Nieto (2004) define dicha cooperación como «cooperación reforzada».

30 Schrameck, O. (2004).

31 <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/114005b.htm>.

32 Otro ejemplo de cooperación bilateral es la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia sobre cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores, y otros delitos, firmado en Madrid el 24 de noviembre de 2003.

2.2 La cooperación judicial

En el ámbito de la cooperación judicial en la UE, destaca sobre todo la creación de los magistrados de enlace, el desarrollo de la Red Judicial Europea, la creación de Eurojust, la orden de detención y entrega europea y las entregas temporales.

Entre las funciones de los magistrados de enlace se incluyen todas aquellas que contribuyen a impulsar y acelerar la cooperación penal ente Estados miembros. Asimismo, la labor de estos magistrados de enlace consiste en intercambiar información y datos estadísticos, a fin de impulsar el conocimiento mutuo de los distintos sistemas y los bancos de datos jurídicos de los Estados interesados, así como las relaciones entre los profesionales del campo jurídico de ambos Estados³³.

La Red Judicial Europea (RJE) tiene como objetivo mejorar desde el punto de vista jurídico y práctico la ayuda judicial mutua entre los Estados miembros, principalmente para luchar contra las formas de delincuencia grave –delincuencia organizada, corrupción, narcotráfico y terrorismo–. Lo que en definitiva pretende es que la cooperación en materia penal entre los Estados miembros sea fluida y existan puntos de contacto que permitan suministrar la información jurídica y práctica necesaria para preparar de forma eficaz las solicitudes de cooperación judicial o mejorarla con carácter general, buscando en último lugar coordinar dicha cooperación judicial, en los casos en los que varias solicitudes de las autoridades judiciales de un Estado miembro requieran una ejecución coordinada en otro Estado miembro³⁴.

Por su parte, Eurojust es una unidad de cooperación judicial creada por una Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2002. Compuesta por 25 miembros, uno por cada Estado miembro. Los objetivos de Eurojust en la lucha contra el terrorismo son los siguientes: a) mejorar la coordinación de las investigaciones realizadas por las autoridades de varios Estados miembros; b) mejorar la ayuda judicial mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros; y c) contribuir a una definición de una política criminal europea³⁵.

El art. 1 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, define la orden de detención y entrega europea como una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y a la entrega por otro Estado miembro, de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad. Con dicha orden se agiliza enormemente la entrega de delincuentes y terroristas de un país a otro³⁶.

En el Consejo de la UE de 2-3 de junio de 2005 (sesión núm. 2664), se consideró que la aplicación de la orden europea de detención había sido, en la práctica, un éxito palpable, y cita a modo de ejemplo que, salvaguardando siempre los derechos fundamentales del

33 <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133064.htm>.

34 <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133055.htm>.

35 <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133144.htm>.

36 Como señala la Decisión Marco del Consejo, en el punto 6, esta orden de detención «es la primera concreción en el ámbito del Derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial».

acusado, el plazo medio de entrega se había reducido de los 9 meses del sistema previo de extradición a tan solo 43 días –y a una media de solamente 13 días en aquellos casos en los que se ha obtenido con rapidez el consentimiento de entrega³⁷–. La Comisión³⁸ señalaba, además, que, en el momento de elaborarse el informe, se habían emitido más de 2.600 órdenes, lo que las convierte en instrumentos de gran importancia práctica.

A pesar de dicho éxito, al estudiarse las medidas adoptadas por los Estados miembros para transponer en sus legislaciones la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea, se pusieron de manifiesto varias cuestiones importantes desde el punto de vista político: 1) denegación basada en los derechos fundamentales; 2) denegación por razones políticas; 3) designación del Ministerio de Justicia como autoridad ejecutora; y 4) aplicación *ratione temporis* de la Decisión marco.

En el verano de 2005 se produjo un acontecimiento que nos hace pensar si realmente la UE lucha de manera unida contra el terrorismo. El Tribunal Constitucional alemán ordenó la suspensión de extradición hacia España del ciudadano germanosirio Mamoun Darkazanli, sospechoso de ser una figura central de Al Qaeda. El Tribunal de Apelación de Hamburgo y las autoridades germanas competentes aceptaron en un primer momento la entrega de este hombre de negocios de 46 años, que había sido reclamado por el juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón, por su presunta relación con Al Qaeda. Finalmente, el Tribunal Constitucional alemán rechazó la solicitud de euroorden sobre la base de que su aceptación habría implicado la violación de derechos fundamentales del sujeto pasivo de dicha medida. Parece fuera de toda duda que decisiones de este tipo suponen un revés importante a la cooperación penal en la Unión Europea y, fundamentalmente, en la lucha contra el terrorismo³⁹.

Las entregas temporales destacan en el marco de la cooperación entre España y Francia en la lucha contra ETA. Para evitar que los terroristas detenidos en Francia y con causas pendientes en España no pudieran ser extraditados a España para su enjuiciamiento hasta que hubieran cumplido condena en Francia, con el consiguiente retraso en las causas penales españolas, las autoridades judiciales francesas y españolas decidieron aplicar el mecanismo de la entrega temporal, previsto por el art. 19.2 de la Convención Europea de Extradición de 1957, que prevé la posibilidad de entregar temporalmente al Estado solicitante a una persona cuya extradición ha sido acordada, pero cuya entrega efectiva se ve retrasada por las acciones penales pendientes en el Estado donde se encuentra y al que se

37 En la sesión del Consejo de 19 de febrero de 2004, el Consejo puso de manifiesto que los Estados miembros que aún no aplicaban dicha Decisión Marco habían informado al Consejo sobre la situación de sus procesos de aplicación. La Decisión Marco establecía el 1 de enero de 2004 para su aplicación por los Estados miembros, y el 1 de mayo de 2004 por los Estados adherentes. Con arreglo a la información facilitada al Consejo, los 8 Estados miembros siguientes estaban aplicando el régimen de la euroorden desde el 1 de enero de 2004: Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, España, Suecia, Portugal y el Reino Unido. Hungría también había adoptado la legislación de aplicación necesaria y los demás Estados adherentes habían indicado que estarían preparados el 1 de mayo de 2004. Se esperaba que la mayor parte de los otros 7 Estados miembros aplicase la Decisión marco para mediados de abril de 2004.

38 Informe de la Comisión, de 23 de febrero de 2005 (documento 6815/05), sobre evaluación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros, así como de las respuestas de los Estados miembros.

39 Como señala Gabriela Cañas (2005), se considera que la euroorden es una pieza clave de la lucha contra el crimen organizado, entre ellos el terrorismo, y sin lugar a dudas el germen de la justicia sin fronteras en la Unión.

solicita la extradición. Los requisitos para las entregas temporales son los siguientes: tener condenas firmes, demandas de extradición aprobadas y penas elevadas⁴⁰.

Junto a estas entregas temporales, está la denuncia oficial que hace referencia a los casos en que los delincuentes huidos de España cometen infracciones menores en Francia. En este supuesto, la Fiscalía francesa renuncia a juzgar al delincuente por ese delito menor y lo entrega a España para ser juzgado tanto por las infracciones cometidas en Francia como en España.

⁴⁰ <http://www.mir.es/oris/lucha/2001/p121701.htm>.

La restricción de derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo

Los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que es posible que sufran algún tipo de restricción. Uno de los supuestos en los que los derechos fundamentales pueden sentirse más amenazados es en el curso de un proceso penal y, fundamentalmente, en la fase de investigación⁴¹. La correcta utilización de las vías previstas por la Constitución determinará la legitimidad de todas aquellas restricciones de derechos fundamentales que se puedan llegar a producir en el marco de un proceso penal. Se trata, en definitiva, como señala Moreno Catena (1988:131), de la cara y la cruz de una misma realidad, «que se traduce en una ponderación de los intereses protegidos en la medida en que entran en conflicto: la preservación de los derechos fundamentales de la persona y la defensa de la sociedad, que exigen la sanción de las conductas delictivas». Sin embargo, consideramos necesario hacer una reflexión sobre la utilización de esta vía en la lucha contra el terrorismo.

No pretendemos en este trabajo determinar con carácter general hasta qué punto pueden considerarse legítimas en un Estado de Derecho las limitaciones de derechos fundamentales en el marco de un proceso penal, sino que pretendemos analizar su utilización en el marco de la lucha antiterrorista. Ello obliga a distinguir la restricción de derechos fundamentales como medida preventiva y la restricción de derechos fundamentales para investigar la comisión de hechos delictivos.

La restricción de derechos fundamentales en nuestro ordenamiento está rodeada de las máximas garantías, ya que son tres los presupuestos que se exigen para cualquier limitación: 1) que la Constitución prevea la posibilidad de limitar el derecho fundamental; 2) que dicha

41 Como señala Freixes San Juan, en el prólogo al libro *Constitución y medidas contra el terrorismo*. La suspensión individual de derechos y garantías: «La defensa del orden constitucional, cuando éste es democrático y legítimamente construido, justifica debidamente la necesidad de adoptar medidas transitorias que, aunque puedan constituir profundas injerencias en el normal ejercicio de derechos fundamentales, estén dirigidas a garantizar precisamente la supervivencia de la democracia y, con ella, el respeto a los derechos propios de los sistemas democráticos», Remotti Carbonell, J. C. (1999).

restricción sea desarrollada por ley orgánica; y 3) que la medida sea acordada por autoridad judicial competente.

Son muchos los derechos fundamentales que pueden verse implicados en la lucha antiterrorista, y muchas de las restricciones a dichos derechos serán necesarias, pero desde aquí consideramos necesario poner de manifiesto que esta vía debe ser la última solución para combatir este fenómeno⁴².

Se utiliza mucho en estos días la expresión «tolerancia cero» contra los terroristas. Esta «tolerancia cero» tiene muchas connotaciones y puede dar lugar a diversas medidas, y no todas ellas son aceptables en un Estado de Derecho. En este sentido, la mayoría de los gobiernos repiten sin cesar la idea de que «se combatirá al terrorismo desde el Estado de Derecho». Es una expresión políticamente correcta, pero que es necesario delimitar y concretar.

Las reacciones que los atentados del 11 de septiembre de 2001 y del 7 de julio de 2005 han generado en EE UU y Londres revelan que estos países han decidido luchar contra el terrorismo de la forma más agresiva posible, ya que entre las medidas propuestas y adoptadas se restringen de manera significativa derechos fundamentales⁴³. Amnistía Internacional resalta las palabras pronunciadas por Tony Blair el 5 de agosto de 2005: «De surgir obstáculos legales, promulgaremos más leyes, incluso, si es preciso, modificando la Ley de Derechos Humanos con respecto a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos». Como señala dicha organización, «tras los atentados del 11-S en Nueva York, y del 7-J en Londres –con 52 personas muertas y cientos heridas– se ha producido en el Reino Unido un gran deterioro de los derechos humanos, cuando el país ya contaba con algunas de las leyes “antiterroristas” más estrictas de Europa». Amnistía Internacional termina señalando que «la amenaza del “terrorismo internacional” exige a los gobiernos desarrollar nuevas habilidades para llevar a cabo las labores policiales, de investigación y de inteligencia, incluida la cooperación internacional. Pero no deben responder al terror con el terror».

La alarma ha saltado en la Comunidad internacional, y así, en la Cumbre Internacional sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad⁴⁴, se fijaron conclusiones importantes en relación con las posibles restricciones de derechos fundamentales en la lucha contra el

42 Para Rosenfeld (2005), «tener a terroristas ocultos entre la población del territorio resulta sin duda inquietante y puede conducir fácilmente a reacciones desproporcionadas, a una supresión excesiva de derechos fundamentales o a una exacerbación de prejuicios étnicos o raciales (...). En resumen, tanto la amenaza representada por el terrorista (ya sea extranjero o nacional) como los peligros planteados por una reacción desproporcionada pueden llegar a desgastar el aglutinante común que mantiene unido al sistema de Gobierno».

43 Como señala Rosenfeld (2005), «las necesidades especiales de seguridad derivadas de determinadas amenazas específicas, tales como las terroristas (...), exigen medidas gubernamentales para la protección de la ciudadanía que seguramente afectarán a la protección o el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tales como la libre circulación, la libertad de reunión, el derecho a la intimidad, etc. En estas circunstancias, el Estado constitucional debe intentar armonizar libertad y seguridad mediante un proceso de ponderación. Las bases legales-constitucionales de dicho proceso de ponderación, así como las normas legales específicas que éste origina dan forma al “paradigma de los poderes policiales”».

44 Madrid, 8-11 de marzo de 2005.

terrorismo y se formularon las siguientes afirmaciones: «Los valores y principios democráticos son instrumentos esenciales para luchar contra el terrorismo. Cualquier estrategia eficaz para combatir el terrorismo requiere que los terroristas sean aislados. Por tanto, siempre será preferible tratar el terrorismo como un delito específico que será perseguido mediante los sistemas establecidos para el cumplimiento de la ley, con pleno respeto a los derechos humanos y al Estado de Derecho». Estas afirmaciones llevan a los participantes en dicha Cumbre a proponer una serie de medidas para garantizar que los Estados sean respetuosos con los derechos humanos⁴⁵. De dichas medidas nos resultan de especial interés las siguientes:

- Adopción de medidas efectivas para que no queden impunes tanto los actos de terrorismo como el abuso de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.
- Desarrollo de una legislación sobre derechos humanos en todos los programas de lucha contra el terrorismo y en las políticas de los gobiernos nacionales y de los organismos internacionales.
- Creación de un ponente especial que informaría a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la compatibilidad de las medidas antiterroristas adoptadas con la legislación sobre derechos humanos.

Lo que se pone de manifiesto en esta Cumbre, y que también se ha destacado en otros foros, es que hay Estados cuya política antiterrorista se asienta fundamentalmente sobre la restricción de los derechos humanos, y que además estas medidas se están desarrollando ante la pasividad del resto de la Comunidad internacional.

Como señaló Friedman, columnista de The Times, el día siguiente de los atentados del 7 de julio en Londres, «a partir de hoy seremos todos un poco menos libres»⁴⁶. En una situación de pánico es muy fácil tratar de convencer a la ciudadanía de que la seguridad exige la afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, y como señala el periódico The Guardian, «la principal objeción a todas las medidas adoptadas por Tony Blair después de los atentados de julio de 2005 –y esto es trasladable a las medidas adoptadas en EE UU– no es que invadan los derechos de cada uno de los ciudadanos del Reino Unido, sino que estas propuestas «no habrían podido hacer nada»⁴⁷ para evitar los atentados del 7 de julio.

En nuestra opinión sí que es discutible la intromisión que en los derechos de cada uno de los ciudadanos implican las medidas antiterroristas, pero además es necesario analizar la efectividad de dichas medidas, ya que, si fuera posible conseguir los mismos fines a través de otros medios, habría que optar por aquellos menos lesivos para los derechos señalados.

No queremos pecar de ingenuidad, y desde luego no vamos a sostener aquí que no es necesaria la restricción de derechos en la lucha contra el terrorismo. Pero tampoco queremos simplemente creer todo aquello que tratan de vendernos. La restricción de derechos no

45 <http://spanish.safe-democracy.org/agenda/la-agenda-de-madrid.html>.

46 El País, 7 de agosto de 2005, 6.

47 El País, 7 de agosto de 2005, 6.

implica automáticamente mayor seguridad, y es en ese binomio «seguridad-lucha eficaz contra el terrorismo» en el que creemos que es necesario debatir y tratar de clarificar y profundizar en la efectividad de las medidas adoptadas hasta ahora, para que nos puedan servir de guía en el futuro.

EE UU se enfrenta al terrorismo tratando de presentar sus medidas como necesarias para garantizar la seguridad de sus ciudadanos⁴⁸. Por ello, cualquier medida que sirva para garantizar dicha seguridad es por sí misma legítima, o eso pretenden hacer creer a la ciudadanía. Para ello se ha procedido, como hemos tenido oportunidad de contemplar a lo largo de estos años, a detenciones masivas, a restricciones de derechos fundamentales, a ampliar los poderes de policía y a mantener, en definitiva, a la sociedad en alerta constante ante la amenaza terrorista. El objetivo final es que los ciudadanos se crean que las violaciones de derechos fundamentales son inevitables para conseguir la victoria final. Sin embargo, y como tendremos oportunidad de constatar a lo largo de las siguientes páginas, no es nada clara la eficacia de dicha línea de actuación, y después de transcurridos más de cuatro años desde el ataque a las Torres Gemelas es difícil sostener que el mundo está más seguro gracias a la base de Guantánamo o a las medidas que ha implicado la USA Patriot Act⁴⁹. El 26 de octubre de 2001, el Presidente de EE UU firmó la Ley denominada USA-Patriot Act (Uniendo y Fortaleciendo América al proveer las herramientas apropiadas y requeridas para interceptar y obstruir el terrorismo). Esta Ley se ha de considerar el instrumento sobre el que el Presidente de los EE UU quiere articular su guerra contra el terrorismo, sin importarle la considerable restricción de derechos humanos que la aplicación de dicha Ley conlleva.

No se puede desconocer que uno de los puntos en los que EE UU y la UE más parecen discrepar es en la lucha contra el terrorismo, ya que la UE no acepta, entre otras cuestiones, la solución de Guantánamo⁵⁰. En este sentido, el Parlamento Europeo ha señalado que Guantánamo supone un profundo desacuerdo con EE UU que genera tensiones en las relaciones transatlánticas. El País, 26 de junio de 2005, en el reportaje «Guantánamo, territorio sin ley»⁵¹, recoge las declaraciones de Stuart Taylor, quien hace algunas declaraciones un poco sorprendentes: «Yo no creo que tenga mucho sentido cerrar la cárcel de la base, porque algunos de los prisioneros son aparentemente terroristas y potenciales asesinos que no deberían ser puestos en libertad, aunque será difícil probar su culpabilidad. Si tienen que estar encarcelados en alguna parte, Guantánamo es un sitio lógico», y posteriormente añade que el actual sistema tiene la ventaja de que «puede salvar vidas, al neutralizar a potenciales terroristas y obtener información útil que evite futuros atentados». La cuestión principal es que si se

48 El presidente de EE UU, George Bush, invocó durante su alocución radiofónica de los sábados los ataques terroristas del 11-S para justificar la presencia militar estadounidense en Iraq: «Aquel día aprendimos que ni los más vastos océanos ni los mejores amigos podían protegernos de aquellos que quieren dañar a nuestro pueblo. Y desde ese día, hemos decidido luchar contra el enemigo». El País, 21 de agosto de 2005, 6.

49 Otras medidas adoptadas en EE UU para luchar contra el terrorismo las resumen Álvarez y González (2006): 1) La Orden Ejecutiva (13224) dictada por el presidente Bush el 24 de septiembre de 2001, sobre financiación terrorista, en virtud de la cual se bloqueaban los bienes de 27 individuos y organizaciones terroristas vinculados a Al Qaeda; Orden Ejecutiva para la preparación de los ciudadanos en la guerra al terrorismo, de 9 de noviembre de 2001, por la que se creaba el Task Force, un grupo de asalto.

50 Según informa ABC el 5 de marzo de 2006, 37, se calcula que por Guantánamo han pasado alrededor de 1.200 presos.

51 La canciller alemana Angela Merkel quería pedir a Bush en su encuentro del 13 de enero en la Casa Blanca el cierre de Guantánamo. El Mundo, 11 de enero de 2006, 25, y El País, 26 de junio de 2005, 3.

considera que son terroristas, la consecuencia lógica sería la celebración de un juicio y su posterior condena, de tal manera que no se pide que se les deje en libertad, sino que se les juzgue y se les mantenga en prisión, si es esto lo que finalmente se determina tras la celebración de un juicio justo con todas las garantías debidas⁵².

Amnistía Internacional se ha dirigido por carta al Gobierno español para solicitarle que pida el cierre de Guantánamo y condene expresamente las violaciones de derechos humanos que se están produciendo en esa base norteamericana desde 2002. Son ya, según dicha organización, cuatro años de silencio ante un limbo legal sin precedentes. La organización también se ha dirigido a las autoridades españolas para que exijan al Gobierno de EE UU que permita el acceso a Guantánamo a observadores especiales de la ONU, para que puedan elaborar un informe sobre el respeto a los derechos humanos en el centro⁵³.

Para Amnistía Internacional, Guantánamo es el símbolo de la «guerra contra el terror» iniciada por el gobierno de EE UU tras el 11-S. Desde entonces, según dicha organización, EE UU ha detenido a 70.000 personas, de las cuales 10.000 siguen bajo custodia estadounidense. Y puede haber más reclusas en centros secretos. Son «prisioneros fantasma», secuestrados por EE UU⁵⁴. Dichas reclusiones prolongadas han facilitado el uso de la tortura y malos tratos⁵⁵.

Bush sigue apelando a la seguridad nacional para encontrar el apoyo necesario a sus reformas que implican importantes restricciones de derechos fundamentales. Reformas que afortunadamente no siempre son aceptadas, como la decisión del Senado de EE UU de prohibir los malos tratos a prisioneros. Bush trata de justificar sus medidas con las siguientes palabras: «Las guerras no se ganan sin sacrificio. Y esta guerra requerirá más sacrificio, más tiempo y más determinación»⁵⁶. Sin embargo, la mejor prueba de que las medidas adoptadas por la Administración norteamericana no son las más efectivas es que el 3 de mayo de 2006 se ha podido conocer la sentencia contra Zacarías Moussaoui, el único acusado en EE UU por los atentados del 11-S. Hasta la fecha Moussaoui ha sido el único acusado por dichos atentados terroristas, a pesar de la mano dura y de las medidas tan estrictas que el Gobierno americano ha adoptado en los últimos años. Un jurado de Alexandria (Virginia), tras una deliberación de siete días, encontró al acusado culpable y le condenó a cadena perpetua sin la posibilidad de libertad condicional. El presidente de EE UU, George W. Bush, declaró, tras conocer el veredicto que este ponía fin al caso, «pero no al derecho contra el terror». «Nuestra causa es justa y el resultado es cierto: la justicia será aplicada», aseguró Bush a través de un comuni-

52 El Parlamento Europeo, en un documento aprobado el 16 de febrero de 2006, insta a los EE UU a que todos los prisioneros reciban un trato conforme a la legislación humanitaria internacional y que sean juzgados en el plazo más breve posible, tras una vista pública, justa y por un tribunal competente, independiente e imparcial, El País, 17 de febrero de 2006, 4.

53 http://www.es.amnesty.org/tortura/cms/Cerremos_Guantanamo.15.0.html. Amnistía Internacional denuncia las llamadas «Entregas extraordinarias».

54 <http://www.es.amnesty.org/tortura/cms/Informato.34.0.html>.

55 «EE UU ganaría en respetabilidad y seguridad si el centro de internamiento fuera cerrado y se pusiera en libertad a los detenidos, a menos que, como pide el proyecto de la Eurocámara, sean juzgados en territorio americano y con todas las garantías "sin afrontar la pena de muerte"», El País, 15 de febrero de 2006, 12.

56 El País, 7 de octubre de 2005, 3. El País, 17 de febrero de 2006, 4, informa que el Gobierno de EE UU rechazó un informe de cinco expertos avalado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que no acepta el punto de vista de Washington de que son inaplicables las normas de derechos humanos para tiempos de paz porque se está en una situación de guerra contra el terrorismo. También El País, 15 de febrero de 2006, 2.

cado emitido minutos después de darse a conocer la sentencia. «El diablo no tendrá la palabra final. Esta gran nación prevalecerá», manifestó, recordando que «nuestros pensamientos están hoy con las familias que perdieron a sus seres queridos»⁵⁷.

La UE se tiene que desmarcar claramente de la línea iniciada por los EE UU y debe definir claramente su política de restricción de derechos fundamentales en el campo de la lucha contra el terrorismo. En este sentido, el Consejo de Europa⁵⁸ emitió el siguiente pronunciamiento recordando a las víctimas de los atentados del 11 de marzo de 2004: «La UE rinde así homenaje a las víctimas del 11 de marzo de 2004 reafirmando más que nunca los valores que comparten todos los europeos y que constituyen su bien común: la libertad y la democracia, que ponen al ciudadano en el centro de todas las cosas, los valores de tolerancia y diálogo, de comunidad, de rechazo de toda violencia impuesta, de comprensión mutua y de respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos. Estos valores obligan a la Unión a fomentar, dondequiera que sea aceptado, un diálogo con todas las comunidades sin distinción. Para preservar estos valores y lo que representan o suponen, el combate que la Unión libra contra el terrorismo es necesariamente un combate sin concesiones, pero que respeta los derechos fundamentales. El acto terrorista es, por definición, el opuesto exacto de nuestros valores de libertad y de democracia: es su negación». Termina con las siguientes palabras: «En el ámbito de la lucha contra el terrorismo, más que en otros ámbitos, la UE debe dar ejemplo. Y a ello se compromete»⁵⁹.

Ello no impide que una de las conclusiones del Plan de Acción de la UE en la lucha contra el terrorismo fuera la adopción de un acuerdo en materia de asistencia judicial y cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la UE y EE UU⁶⁰. La cooperación entre ambos es fundamental en la lucha contra el terrorismo. Sobre esta cooperación existe la Decisión del Consejo, de 6 de junio de 2003, relativa a la firma de los Acuerdos entre la UE y los EE UU de América sobre Extradición y Asistencia Judicial en materia penal, mediante la cual «la UE está decidida a mejorar dicha cooperación para estar en condiciones de luchar con mayor eficacia contra la delincuencia transnacional y el terrorismo». Por ello, el 26 de abril de 2002, el Consejo decidió autorizar a la Presidencia, asistida por la Comisión, a entablar negociaciones con los EE UU. Dichos Acuerdos deberán firmarse en nombre de la UE, sin perjuicio de su posterior celebración. Y sin perjuicio, como señala el art. 2, de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias con vistas a establecer instrumentos escritos (se refiere por instrumentos escritos a convenios bilaterales) entre ellos y los EE UU.

3.1 Derechos fundamentales cuya restricción es más probable

Vamos a centrar nuestra atención en una serie de derechos fundamentales que consideramos que se encuentran más expuestos a los posibles excesos por parte de los poderes públicos, y para ello distinguiremos entre los derechos fundamentales de contenido material y los derechos fundamentales de contenido procesal.

57 El País, 3 de mayo de 2006.

58 En su sesión núm. 2642, celebrada en Bruselas, el 24 de febrero de 2005.

59 A esta cuestión se refiere el documento «Luchar contra el terrorismo sin dejar de proteger las libertades ciudadanas», en <http://www.elections2004.eu.int/highlights/es/504.html>.

60 Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001.

No obstante, antes de entrar a analizar estos derechos queremos poner de manifiesto que la lucha contra el terrorismo islamista puede implicar una fuerte restricción de los derechos fundamentales de los extranjeros, fundamentalmente de aquellos de origen árabe. Conforme a lo dispuesto en el art. 13 CE, «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»⁶¹. En este sentido, la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras reiterar en su art. 3 lo dispuesto en la Constitución, señala en el apartado segundo del art. 5 que podrán establecerse «medidas limitativas específicas», «excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministerio del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente».

El art. 26 contempla la prohibición de entrada en España para los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España. Esta referencia a convenios internacionales se ha de entender realizada principalmente al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que señala como circunstancias que impedirían la entrada del extranjero en el espacio Schengen «estar incluido en la Lista de no admisibles», e igualmente que la entrada supusiera un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes.

El art. 57 de la Ley de Extranjería prevé la expulsión de los extranjeros que hayan cometido faltas muy graves⁶². Entre las faltas graves se encuentra la realización de actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

La adopción de estas medidas en relación con los extranjeros ha de entenderse desde una doble óptica: por un lado, la aceptación de los nacionales, que en muchos casos las apoyan y las consideran necesarias⁶³; y, por otro, la reacción de los inmigrantes, que las consideran injustas y son caldo de cultivo para reacciones peores.

Entre las controvertidas medidas adoptadas por el gobierno de Tony Blair en la lucha contra el terrorismo está, por ejemplo, la expulsión de aquellos líderes religiosos que inciten a la

61 En relación con los derechos de los extranjeros, véanse los arts. 2 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 14 CEDH; y los arts. 12 y 13 PIDCP.

62 La utilización de esta medida de expulsión la hemos visto recientemente en Francia tras los disturbios que tuvieron lugar en el mes de noviembre de 2005. Se utilizan las deportaciones para expulsar a aquellos extranjeros con o sin papeles cuyo comportamiento suponga una amenaza grave para el orden público.

63 Como señala el periódico El Mundo: «la mano dura del *premier* ha reducido los incidentes urbanos y ha conquistado la opinión pública. El 73% de los franceses aprueba la declaración de emergencia y concede a De Villepin un notable en la gestión de la crisis». El Mundo, 10 de noviembre de 2005.

violencia: delito contra la seguridad nacional. Según informa El País de 7 de agosto de 2005, decenas de ciudadanos acusados de «fomentar o ensalzar el terrorismo» pueden ser deportados a terceros países. El Ministerio del Interior ya ha tratado de deportar a varias personas, pero siempre ha chocado con los jueces británicos, que a su vez se remiten a la Convención Europea de Derechos Humanos. Blair está dispuesto a plantear una reforma de esta Convención si fuese necesario, con el objetivo final de que sus medidas puedan ser finalmente adoptadas. Los jueces británicos se apoyan en el artículo 3 del Acta de los Derechos Humanos que impide deportar a una persona a un país donde puede sufrir maltrato o tortura. La ley, que refrenda la Convención Europea de Derechos Humanos, fue aprobada por el Gobierno en 1998. Pero ahora los jueces están siendo presionados por el propio Gobierno, que en boca de su ministro de Justicia, Lord Charles Falconer, declaró que estaba preparando una ley para orientar a los jueces sobre cómo interpretar la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁴.

La UE debe ser muy cuidadosa en la adopción de medidas de extranjería, y en este punto es fundamental que exista una política común, para evitar dar la sensación de que se persigue a los extranjeros y se adoptan medidas restrictivas de derechos fundamentales exclusivamente por su nacionalidad o su origen.

A) Derechos fundamentales de contenido material

Vamos a analizar la restricción del derecho a la libertad, del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la legalidad penal.

a) Derecho fundamental a la libertad

La Constitución Española (CE) consagra el derecho a la libertad como uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (art. 1.1) y como un derecho fundamental (art. 17). Conforme a lo dispuesto en el art. 17, «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley». Además, dicha detención «no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial».

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las posibles restricciones del derecho fundamental a la libertad en el marco de un proceso penal. Entre dichas restricciones se encuentran la detención, la prisión provisional y la libertad provisional, con o sin fianza. El tiempo máximo que un sujeto puede estar detenido es de 72 horas, pasadas las cuales deberá

64 El País, 14 de agosto de 2005, 5, también señala que «la presión a los tribunales llega también desde las páginas de los tabloides y de otros periódicos conservadores más serios, como The Times. Éste, en su artículo editorial del viernes (se refiere al 12 de agosto), reconocía que los defensores de derechos humanos tienen razón cuando advierten de que las decisiones precipitadas que pretenden modificar el sistema de libertades civiles pueden acarrear “consecuencias perjudiciales y perdurables”. Pero en seguida advertía de que una lectura de la ley demasiado purista por parte de los jueces también es perjudicial. “Poco podría dañar más a la ley que una percepción por parte de la gente de que los jueces se retiran a su torre de marfil de autoindulgencia mientras dejan al ciudadano expuesto al terrorismo”, señaló».

ser puesto a disposición de la autoridad judicial o bien deberá ser puesto en libertad. En todo caso, el primer límite que establecen tanto la Constitución como la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el tiempo imprescindible para llevar a cabo las actuaciones necesarias.

La privación de libertad es, por tanto, un instrumento generalmente utilizado en el marco del proceso penal. En relación con los delitos de terrorismo, y al amparo de lo dispuesto en el art. 55.2 CE, la LECrim (art. 520 bis en relación con el art. 384 bis) prevé que en el caso de que se detenga a un sujeto por un delito de terrorismo podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras 48 horas. Es decir, el tiempo máximo que un sujeto al que se le imputa la comisión de un delito de terrorismo puede estar detenido sin ser puesto a disposición judicial es de 5 días. También se podrá decretar la incomunicación de la detención.

Este plazo de 5 días se encuentra muy alejado de lo propuesto por Tony Blair al Parlamento británico tras los atentados de Londres en julio de 2005. La propuesta del Primer Ministro británico planteaba la posibilidad de que se incluyera una cláusula en la ley antiterrorista que contemplara la detención de sospechosos durante 90 días, alegando que este tiempo «es lo que la policía necesita para llevar a cabo sus investigaciones». Blair trató de convencer a los parlamentarios alegando motivos de seguridad nacional, así como la necesidad de dicha medida para garantizar el éxito en la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, en la votación efectuada el miércoles 9 de noviembre de 2005, 322 parlamentarios votaron en contra de la propuesta del Gobierno, mientras que 291 lo hicieron a favor. Lo que sí que aprobó la Cámara de los Comunes es la enmienda laborista que limita el periodo de detención sin cargos a 28 días. Esta cifra duplica los 14 días actuales, que además es el periodo habitual en el resto de Europa⁶⁵.

Analizando el resumen que Álvarez y González (2006:3) hacen de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales adoptadas por distintos países europeos tras los atentados de Nueva York, es necesario poner de manifiesto que el Reino Unido ha sido uno de los países que más ha ido en la línea de afectación del derecho fundamental a la libertad, con medidas que, por ejemplo, permitían que ciertos sospechosos de terrorismo pudieran ser detenidos en el Reino Unido sin que la policía tuviera que ponerlos a disposición judicial. El Parlamento británico aprobó en diciembre de 2001 una legislación antiterrorista, cuya vigencia expiró el 24 de marzo de 2004, y que fue declarada ilegal por el Tribunal de los Lores, en la medida en que violaba lo dispuesto en el CEDH, ya que la detención de sospechosos de terrorismo que la ley permitía discriminaba en razón de la nacionalidad o del estatus de inmigración. Esta ley derogada fue sustituida por la Ley de Prevención del Terrorismo, de 11 de marzo de 2005, que trata de burlar la prohibición de detener a sospechosos de delitos de terrorismo sin decisión judicial, a través de la utilización de las «órdenes de control», que como señalan los autores citados, van a permitir a la policía vigilar a los extranjeros, controlar sus movimientos e incluso arrestarlos en su domicilio. El Gobierno británico no se resiste a controlar los movimientos de sujetos sospechosos de pertenecer al grupo terrorista Al Qaeda, pero respecto de los cuales no tiene elementos suficientes para procesarlos como miembros de un grupo terrorista.

⁶⁵ El Mundo, 10 de noviembre de 2005, 31.

En Italia también se han producido importantes detenciones después de los atentados del 7 de julio y se han adoptado medidas especiales, como por ejemplo ampliar el plazo de la detención, de 12 a 24 días, e impedir a los detenidos que puedan nombrar abogado de su confianza.

La USA Patriot Act contempla la posibilidad de detener y deportar a ciudadanos extranjeros que «ayuden» de manera legal a cualquier grupo u organización que el gobierno clasifique como «organización terrorista», incluso cuando dicha organización nunca haya sido clasificada como tal con anterioridad. Igualmente, esta norma permite la detención indefinida de inmigrantes. Los inmigrantes que hayan sido detenidos por orden del fiscal general deberán ser acusados formalmente en un plazo no superior a 7 días (Sección 412). Además, se concede al fiscal general la potestad de mantener a un individuo en prisión si se considera que sus actividades son peligrosas para la seguridad nacional. La detención puede prolongarse indefinidamente y sería revisada cada 6 meses por la propia fiscalía (Graf, 2001).

El objeto de la detención policial es practicar las diligencias de prevención y culminar el atestado, así como proceder al interrogatorio y al reconocimiento del detenido. El ordenamiento español atribuye a la policía la obligación de informar al detenido de todos los derechos que le asisten, entre los cuales destaca especialmente el derecho a ser informado, «de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad» (art. 520.2 LECrim).

La obligación de informar al detenido de los hechos que se le imputan garantiza el derecho de defensa del detenido y se convierte en un elemento esencial para evitar excesos en la actuación policial. La obligación del funcionario de policía de poner al detenido inmediatamente a disposición judicial, así como la posibilidad de que se le impute la comisión de un delito de detención ilegal si no cumple las normas relativas a la detención, son el mejor instrumento de que dispone el Estado de Derecho para evitar las violaciones del derecho fundamental a la libertad. Por eso hay que mirar con recelo todas aquellas medidas que traten de aumentar las facultades de la policía en la detención, o de aquéllas que traten de restringir la intervención del juez.

Un elemento fundamental en la lucha antiterrorista es la información. Esta información es la que va a permitir a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, de cualquier Estado, luchar eficazmente en la prevención y en la persecución de los atentados terroristas. En la época de la transición y en los primeros años de la democracia, España se vio sacudida por una gran cantidad de atentados terroristas que se cobraban anualmente muchas víctimas y que generaban una sensación de miedo en la sociedad. Con el objetivo de poder luchar contra ETA se produjeron en esta época una gran cantidad de detenciones de personas a las que no se les atribuía su participación en atentados terroristas, pero que se pensaba que podrían ofrecer una información valiosa para poder detener a los autores materiales de los atentados. En dichos momentos era muy alto el porcentaje de personas detenidas que finalmente eran puestas en libertad sin llegar ni siquiera a comparecer ante el órgano judicial. Se empleaba el tiempo que pasaban detenidos en dependencias policiales para obtener información, o para cer-

ciorarse de que dicha persona no sabía nada. A medida que la democracia se va asentando, y también a medida que las fuerzas y cuerpos de seguridad van ampliando su conocimiento sobre la banda terrorista, el número de detenciones disminuye, pero aumenta el porcentaje de los que comparecen a presencia judicial y acaban siendo imputados en un proceso penal.

Para determinar la eficacia o no de la actuación policial en esos primeros años hay que analizar dicha actuación desde una doble perspectiva: por un lado, la obtención de información y los posibles atentados que quizás se lograron evitar y, por otro, la sensación que se acabó generando entre la población vasca de sentirse perseguidos por el simple hecho de ser vascos, y las consecuencias que dichas medidas pudieron tener a largo plazo, sobre todo a la hora de lograr la colaboración de la ciudadanía en la lucha contra ETA. Cada lector tendrá su propia valoración sobre la eficacia de este método que, desde luego, con el transcurso de los años, ha dejado de ser una medida utilizable.

Por todo ello, es necesario que el Gobierno utilice todos los medios disponibles para evitar que en el marco de la lucha contra el terrorismo islamista pueda utilizarse la detención con fines distintos a los admitidos constitucionalmente.

La incomunicación de la detención. En los casos de terrorismo, como acabamos de ver, los detenidos podrán estar hasta un máximo de cinco días a disposición de la policía, y existe la posibilidad de que dicha detención tenga el carácter de incomunicada. Transcurridos estos cinco días, el imputado deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial competente, quien procederá a decretar la libertad, la libertad provisional o la prisión provisional. En este último caso será también posible que se acuerde la prisión provisional incomunicada.

En cuanto a la duración de la incomunicación de la prisión provisional, la Ley utiliza dos plazos: en primer lugar, la prisión provisional incomunicada «durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior» (art. 509.2) y, en segundo lugar, la Ley señala que «la incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días». En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días». En estos mismos casos, «el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no podrá exceder más de tres días. Del tenor literal de la Ley se deduce que la prisión provisional incomunicada se podría decretar en cualquier tipo de delito, pero que sólo, en determinados supuestos, la incomunicación podrá llegar a durar hasta 13 días.

Esta incomunicación podrá ser acordada «excepcionalmente» (art. 509.1) para evitar «que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se

oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos». «El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida» (art. 509.3). El juez o tribunal que acuerda la medida deberá fundamentarla para garantizar su posterior control.

La declaración de incomunicación lleva aparejada la restricción de alguno de los derechos fundamentales del sometido a dicha medida: 1) no puede designar abogado de confianza, sino que se le designará uno de oficio; 2) no puede comunicarse reservadamente con su abogado; 3) no se puede poner en conocimiento de ningún familiar el hecho de la detención ni el lugar donde se encuentra custodiado; 4) no puede recibir visitas ni salir del centro penitenciario; y 5) no puede recibir correspondencia o remitirla. Pero en todo caso se garantiza al imputado el derecho a ser informado de los motivos por los que se le detiene. Ésta es, sin duda alguna, una cuestión fundamental.

Uno de los mayores peligros que trae consigo la incomunicación es que puede facilitar la práctica de tortura⁶⁶. Sin embargo, el Estado de Derecho cuenta con los instrumentos suficientes para evitar esta situación. En primer lugar, la formación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y, para el caso de que esto no sea suficiente, el Código Penal tipifica los supuestos de detenciones ilegales, de tal manera que cualquier exceso por parte de la autoridad policial va a encontrar su oportuno castigo. En todo caso, y en contra de las opiniones manifestadas en el Documento de Human Rights Watch, denunciando posibles excesos por parte de la policía en los casos de incomunicación, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado son plenamente conscientes de que el respeto a los derechos fundamentales en todas sus actuaciones es un elemento esencial para evitar contaminar un proceso y acabar generando la impunidad de los terroristas.

A pesar de que, en nuestra opinión, y analizando lo que ocurre en otros países, es posible sostener que nuestro ordenamiento respeta el derecho fundamental a la libertad, en la sesión del Congreso de los Diputados de 26 de septiembre de 2005, Llamazares Trigo planteó una pregunta escrita acerca de las previsiones de acometer modificaciones legales para adaptar la legislación española a la máxima protección de derechos fundamentales en las situaciones de los acusados de terrorismo en régimen de incomunicación. El Gobierno respondió que pien-

66 El Documento de Human Rights Watch (2005), *¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España*. vol. 17, 29 y 30, señala que el Gobierno español ha ignorado o rechazado constantemente los llamamientos de las autoridades internacionales de derechos humanos para que modifique o abrogue el régimen de incomunicación. El Comité contra la Tortura de la ONU dijo en 2002 que estaba «profundamente preocupado» por el periodo de incomunicación, y declaró que «independientemente de los resguardos legales para decretarla, facilita la comisión de actos de tortura y malos tratos». El Relator Especial de la ONU sobre la cuestión de la tortura, Theo van Boven, publicó un informe sobre España en febrero de 2004 en el que afirmó que «la detención incomunicada prolongada puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante». El Gobierno español rechazó rotundamente la recomendación del Relator Especial de abrogar el régimen de incomunicación, 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 huida de cómplices o colaboradores, todo lo cual sucedía en el pasado a causa de la colaboración criminal de abogados próximos al entorno de ETA». Theo Van Boven, en una entrevista concedida a *El Mundo*, 12 de febrero, 2006, 22, confirma que en España se sigue torturando igual que en 2003.

sa abordar una reforma global y modernizadora de la centenaria LECrim. En relación con el régimen de la incomunicación en la detención y en la prisión provisional señaló que los derechos del imputado y la subsidiariedad y excepcionalidad de la medida obligan a limitar su duración y las circunstancias y formas en las que se establece, conforme a lo que establecen el art. 8.1 CEDH y el Tribunal Constitucional (TC). La incomunicación de la detención, a juicio del Gobierno, no tiene por qué prolongarse durante toda la duración de la medida cautelar (72 horas más, en su caso, 48 horas más), sino sólo mientras sea preciso a la investigación de la autoridad gubernativa.

La incomunicación tiene como finalidad evitar que se pueda frustrar el éxito de la investigación, de manera que los detenidos puedan poner sobre aviso a otros implicados en los hechos delictivos. Esta incomunicación deberá ser acordada por la autoridad judicial competente para evitar que implique, por sí misma, una restricción injustificada del derecho fundamental a la libertad. Sin embargo, en muchas ocasiones corresponderá a la autoridad policial acordar la incomunicación y después solicitar la confirmación por parte de la autoridad judicial, ya que la incomunicación de la detención para la consecución de los fines previstos en la Ley sólo tiene sentido si se acuerda desde el primer momento. En todo caso, los fines que se tratan de conseguir con la incomunicación tienen sentido en los momentos iniciales de la investigación. Por eso creemos necesario que el legislador debe prohibir la utilización de esta medida en cualquier momento de la fase de investigación y limitarla a los primeros instantes. Por ejemplo, podrá fijar que la incomunicación, en este caso de la prisión provisional, sólo pueda decretarse dentro del primer mes.

Mayor duración de la prisión provisional. Otra dimensión de la restricción del derecho fundamental a la libertad que queremos analizar es la relativa a la prisión provisional. Esta medida cautelar de naturaleza personal es la que implica una mayor restricción del derecho fundamental a la libertad, ya que supone la privación de libertad del sujeto sometido a dicha medida sin que haya recaído una sentencia de condena. Tal y como está regulada la prisión provisional en España, el imputado por un delito terrorista podría estar cuatro años en prisión preventiva.

Como señala Moreno Catena (1988:147), «la vía legítima para calmar la alarma social –esa especie de “sed de venganza” colectiva que algunos parecen ver y por desgracia en ciertos casos se da– no puede ser la prisión provisional, encarcelando sin más y al mayor número de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una resolución rápida del proceso, porque sólo la sentencia dictada en un proceso penal determinará la culpabilidad y la sanción del acusado». Sin embargo, en ocasiones, la prisión provisional se presenta como un trámite necesario para garantizar el proceso penal en curso.

No vamos a analizar aquí la nueva regulación de la prisión provisional efectuada por la LO 13/2003, de 24 de octubre, sino que nos vamos a centrar en un aspecto concreto de dicha regulación: la duración de esta medida cautelar. La Ley establece para los delitos que llevan aparejada pena privativa de libertad superior a tres años, y siempre y cuando se den el resto de requisitos establecidos por la ley, la posibilidad de que el órgano judicial acuerde la prisión provisional por un plazo de dos años, prorrogable otros dos.

Sin duda éste es un plazo largo; sin embargo, nos planteamos si en los supuestos de terrorismo no puede, en determinadas ocasiones, llegar a ser insuficiente. La cuestión que tratamos de plantear es si sería viable una ampliación de la duración máxima de la prisión provisional en los casos de terrorismo. La complejidad de estos delitos puede hacer que el plazo de cuatro años sea insuficiente. Ello nos lleva a cuestionarnos si no sería conveniente que el legislador articulase alguna vía para evitar que aquellos a quienes se les imputa la comisión de delitos terroristas y para los que se solicitan miles de años de cárcel puedan quedar en libertad porque no se puede celebrar el juicio en el plazo de cuatro años.

En relación con esta cuestión, debemos hacer referencia a la situación de los imputados por el atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid. El sumario lleva abierto dos años, y recientemente el juez que lo dirige se ha tenido que pronunciar sobre la prórroga de la prisión provisional de muchos de los imputados. Antes de que expirara el plazo máximo de prisión provisional, el presidente de la Audiencia Nacional (AN), Carlos Dívar, advirtió en un escrito dirigido al CGPJ que si no se adscribían funcionarios de refuerzo para la tramitación del sumario del 11-M existía el riesgo de que las actuaciones judiciales no concluyeran dentro del plazo legal, lo que supondría que tendrían que ser puestas en libertad las personas frente a las cuales existía un auto de prisión provisional. El sumario lleva abierto unos dos años, por lo que dentro de dos años deberá celebrarse el juicio y dictarse sentencia si no se quiere que todos los detenidos hayan de ser puestos automáticamente en libertad. La complejidad del sumario y su trascendencia para la opinión pública y para la seguridad del Estado llevó al Presidente de la AN a solicitar que se facilitasen al juez Del Olmo «todos los medios necesarios para que pueda realizarse la misión, en tiempo satisfactorio, de administrar justicia en un asunto que está contemplando el mundo entero». De los 113 imputados por los atentados del 11-M, 26 de ellos se encuentran en la cárcel⁶⁷.

Mantener a un imputado privado de libertad durante cuatro años es ciertamente un plazo de tiempo muy largo. El juez o tribunal debe adoptar todas las medidas necesarias tendentes a garantizar que en el menor tiempo posible, y en todo caso antes de que concluyan los cuatro años, se haya celebrado el juicio oral, que concluirá bien con la absolución o bien con la condena de los procesados. Sin embargo, no está de más, en nuestra opinión, que el legislador empiece a plantearse la posibilidad de acordar en supuestos muy excepcionales la ampliación de la duración de la prisión provisional. Esta medida se aplicaría en casos muy concretos y con absoluto respeto al principio de proporcionalidad, pero parece necesario articular alguna vía de la que puedan disponer los jueces para evitar que al final pueda frustrarse el éxito del proceso por el transcurso de los plazos sin que haya sido posible concluirlo. La regulación de estos supuestos es, en todo caso, muy compleja, porque debe evitar que al final se convierta en una medida que utilice el órgano judicial para subsanar su falta de diligencia en la dirección de la investigación. Todo ello, además, debería ir acompañado de una ampliación de los medios humanos y materiales en la Audiencia Nacional⁶⁸.

⁶⁷ El Mundo, 11 de enero de 2006, 19.

⁶⁸ A esta cuestión haremos referencia al hablar del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

El mismo problema se plantea en los supuestos en que se dicta una sentencia de condena. Si dicha sentencia es recurrida, la LECrim prevé que la prisión provisional pueda prorrogarse –aunque no de manera automática– hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta (art. 504.2 LECrim). El País de 17 de febrero de 2006 se hace eco de la puesta en libertad de los islamistas condenados en la operación Dátil a ocho años de prisión por la AN. La sentencia fue recurrida por los islamistas excarcelados y, en la medida en que todavía no ha recaído resolución por el TS y, por tanto, no es firme la sentencia, los islamistas han sido puestos en libertad, ya que ha transcurrido el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, que es el plazo que marca la LECrim (art. 504.2) para que pueda prorrogarse la prisión provisional. Ello ha hecho que la Fiscalía del TS haya instado la vigilancia policial de los islamistas excarcelados. Según informa El País, tras dictarse la sentencia, el TS advirtió de que sería imposible celebrar la vista del recurso sobre una causa de 287 tomos de sumario y más de un centenar de motivos de casación en las escasas semanas que faltaban para la excarcelación de los islamistas.

Ahora nos encontramos en un momento adecuado para que el Gobierno se pueda plantear reformas de este tipo. Aún faltan dos años para que acabe el plazo máximo de prisión provisional, pero la experiencia demuestra que el tiempo pasa muy rápido, pero que los procesos penales no lo hacen a la misma velocidad. Por ello, y en aras de evitar que dentro de dos años, y ante la situación de alarma y conmoción social, así como de tensión entre los distintos partidos políticos que esto podría generar, Gobierno y Parlamento deberían ir empezando a plantearse la respuesta a la cuestión sobre las medidas necesarias a adoptar para todos los que hoy se encuentran en prisión preventiva por su imputación en los atentados del 11 de marzo de 2004, en el supuesto de que en estos dos años no se dicte una sentencia, ya sea de condena o absolutoria⁶⁹.

b) El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones

La Constitución Española consagra el derecho al secreto de las comunicaciones como un derecho fundamental (art. 18). Este artículo garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (apartado 1), así como el derecho al secreto de las comunicaciones, y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas (apartado 3).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las posibles restricciones del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en el marco de un proceso penal, aunque la regulación de esta medida es muy insuficiente. Así, el apartado segundo del art. 579 dispone que «el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». Sin embargo, la Ley no desarrolla más de esta medida, lo que implica una restricción importante del derecho fundamental del art. 18, ya que, como señalábamos en un momento anterior, un requisito imprescindible

⁶⁹ En Alemania, el TC alemán ha ordenado la puesta en libertad de Motassadeq, condenado por el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo a 7 años de prisión por su pertenencia al grupo terrorista Al Qaeda. El 7 de febrero de 2006, el TC ordenó su puesta en libertad hasta que el TS se pronuncie en el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Hamburgo. Durante este periodo lo que hay que hacer es esperar a que el sujeto no se fugue. Die Welt, 8 de febrero de 2006, 2.

para la restricción de derechos fundamentales es que esté desarrollado por ley orgánica. Según el Tribunal Constitucional (STC 49/1999), la ley de desarrollo de esta medida debería contener: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad». Una adecuada regulación legislativa es indispensable para evitar cualquier tipo de excesos, tanto por las autoridades policiales como por las judiciales.

El apartado cuarto del art. 579 LECrim prevé que en supuestos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas pueda ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado. En todo caso, se exige que la autoridad que acuerda la medida la comunique inmediatamente al juez, que deberá confirmar o revocar dicha intervención.

Una vez que el juez dicta el auto ordenando la intervención de las comunicaciones, será preciso remitir directamente oficio a la compañía que preste el servicio telefónico para que se lleve a efecto, o encomendar su práctica a la Policía Judicial mediante el mandamiento correspondiente. En todo caso, quien lleve a cabo dicha intervención deberá informar oportunamente al juez que la acordó de los resultados, y en último lugar, habrá de remitirle los soportes documentales que se hayan obtenido, así como los datos. Este material se incorpora a los autos y las cintas magnetofónicas serán transcritas en un acto bajo fe del secretario, que tiene como función recibir las cintas y transcribirlas y ayudar al juez en la selección de los fragmentos que sean relevantes para la investigación.

La intervención de las comunicaciones es una medida de gran valor de cara a la obtención de información, y para poder prevenir la comisión de hechos delictivos. Sin embargo, el gobierno o el legislador no pueden justificar esta medida sólo con carácter preventivo. Se debe intervenir las comunicaciones de sujetos a los que se les imputa la comisión o la participación en algún hecho delictivo. No se debe utilizar, con carácter general, para controlar a individuos respecto de los cuales se sospecha su vinculación con organizaciones terroristas por su origen árabe. El ordenamiento jurídico actual dispone de los instrumentos suficientes para convertir a ese sospechoso en imputado. Esta transformación no va a afectar a la investigación, en el sentido de que ésta vaya a ser menos efectiva, sino que lo que se va a conseguir es rodearla de todas las garantías y seguir haciendo presente los principios estructurales del proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho también en situaciones especialmente críticas y complicadas. Sólo con una precisa regulación de la intervención de las comunicaciones se evitarán abusos por parte de las autoridades policiales que posteriormente puedan ser amparados por las autoridades judiciales.

La sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN (sentencia núm. 36/2005), de 26 de septiembre de 2005 –la sentencia contra la cúpula de Al Qaeda en España–,

contiene algunos párrafos interesantes en relación con la intervención de las comunicaciones y a los fines que se persiguen con dicha medida: «Los autos autorizantes de las medidas y sus prórrogas contienen motivación suficiente, y siempre han estado precedidos de exhaustivos informes policiales, en los que se daba pormenorizada cuenta del fundamento de causa de las peticiones. Desde principio a fin se ha estado investigando un fenómeno nuevo surgido en España, altamente dañino, que revestía caracteres de gravísimos delitos de naturaleza terrorista, presuntamente perpetrado por individuos integrados en una organización de contornos difusos, que el tiempo se encargó de ir perfilando, lo que justifica la larga duración de la medida, por lógica aplicación del principio de proporcionalidad». En todos los autos en los que se acuerda la intervención de las comunicaciones se habla, según la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN, de lo mismo: «el asentamiento en España de personas de origen árabe, vinculadas a organizaciones islámicas terroristas, que trataban de implantar su guerra dentro de nuestro país, aprovechándose de las facilidades que les otorgaba el sistema democrático español». Por todo ello, «no puede sostenerse con éxito que nos encontramos ante unas escuchas prospectivas. Desde el principio hasta el final se indagaba la realización de unos hechos que por fuerza tenían que tener respuesta punitiva en la legislación de cualquier Estado que acogiera principios democráticos, aunque fuere bajo mínimos, y la intervención en tan execrables eventos de personas determinadas y bien determinadas»⁷⁰.

El problema de la ilegalidad de las escuchas telefónicas no se soluciona porque exista un órgano judicial ordinario que justifique y ampare la violación del art. 18 CE, ya que el condenado tendrá siempre abierta la posibilidad de acudir en recurso de amparo al Tribunal Constitucional (TC) y, en último lugar, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La duración de la medida de intervención de las comunicaciones es de tres meses, prorrogable por iguales periodos (art. 579.3 LECrim). Esta duración se contradice con la duración del secreto del sumario, que no podrá ser superior a un mes (art. 302 LECrim). Como señala Moreno Catena (2005:251-2), «partiendo de que para la eficacia de esta medida resulta imprescindible el desconocimiento de la medida por la persona contra la que se acuerda, ha de convenirse en que nos encontramos ante una disyuntiva: o bien ante una quiebra del plazo máximo de duración del secreto del sumario (extendiéndolo de uno a tres meses), lo que no parece posible sin una expresa disposición de la ley, ya que implica menoscabo de los derechos procesales del imputado; o bien se debe concluir que el plazo de la intervención telefónica es, como máximo, de un mes, puesto que la prolongación con publicidad la haría de todo punto ineficaz, lo que resulta más adecuado a falta de una completa regulación en la ley».

El legislador no puede soslayar por más tiempo este problema. En este sentido, la ley debería prever la posibilidad de ampliar la declaración del secreto del sumario en aquellos supuestos en que el órgano judicial hubiese acordado la intervención de las comunicaciones. Como no puede aceptarse, como ya apuntábamos al analizar la regulación que hace la USA Patriot Act, que la intervención de las comunicaciones se mantenga de

⁷⁰ Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la AN (sentencia núm. 36/2005), de 26 de septiembre de 2005, 123 y 124.

manera indefinida en el tiempo, se puede mantener el plazo máximo de duración de la medida en tres meses, en los cuales se seguiría manteniendo el secreto del sumario en lo que respecta a estas actuaciones. Si el órgano judicial considerase necesario prorrogar esta medida, durante su realización se seguiría manteniendo el secreto de las actuaciones en lo referente a esta cuestión.

Como señalan Álvarez y González (2006:3), «Gracias a los nuevos poderes reconocidos por la Ley antiterrorista, el FBI podía vigilar la correspondencia y las comunicaciones a través de Internet o por teléfono de los sospechosos de vinculación con el terrorismo, concepto definido en unos términos extraordinariamente vagos. El “pinchazo” lo podía decidir en ciertos casos un fiscal federal, sin autorización judicial por 48 horas. Se establecía que con un único permiso judicial se pudieran pinchar todos los teléfonos que pudieran ser usados por un presunto terrorista, mientras que antes era necesaria una orden judicial por cada línea telefónica (...). Para evitar posibles abusos, el Congreso de los EE UU dio un plazo de cuatro años de validez, hasta el 31 de diciembre de 2005, a la vigilancia telefónica y electrónica. Posteriormente, se prorrogaría su validez por poco más de un mes, hasta el 3 de febrero de 2006, después de que la Cámara de Representantes rechazara la prórroga de seis meses propuesta por el Senado».

La intervención de las comunicaciones en el sentido previsto por la USA Patriot Act implica en nuestra opinión una intromisión intolerable en el derecho al secreto de las comunicaciones, que, en principio, no parece que pueda extrapolarse a nuestro ordenamiento⁷¹. En este sentido, la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia⁷², regula de manera detallada el procedimiento a seguir para que los miembros del CNI puedan proceder a la intervención de las comunicaciones o la entrada y registro en domicilios (art. 18.2 y 3 CE). A través de la presente Ley se procede a modificar la forma de nombramiento de un magistrado del Tribunal Supremo (TS) específicamente encargado del control judicial de las actividades del CNI, y se regula el procedimiento a través del cual se acordará o no la autorización judicial necesaria para dichas actividades. El plazo ordinario para acordarlas será de 72 horas, pudiendo reducirse en casos extraordinarios, y por motivos de urgencia debidamente justificados, a 24 horas (art. 3). En todo caso, la resolución judicial habrá de estar motivada. Conforme a lo dispuesto en el artículo único, punto 1, las medidas solicitadas han de ser necesarias «para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro»⁷³.

71 El País, 16 de febrero de 2006, 2, informa de que EE UU tiene fichados a más de 200.000 sospechosos de terrorismo. Uno de los principales proveedores de nombres e identidades de este listado es la Agencia de Seguridad Interior (NSA), lo que «acrecienta la polémica sobre la manera de operar de esta agencia, responsable de las escuchas indiscriminadas permitidas por el Gobierno de George W. Bush. La NSA realiza pinchazos telefónicos y cibernéticos sin orden judicial expresa».

72 Esta LO complementa a la Ley 11/2002, de 7 de mayo, reguladora del CNI.

73 Según el art. 1 de la Ley 11/2002, el CNI «es el organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estrado de derecho y sus instituciones». Entre las funciones del CNI, el apartado b) del art. 4 incluye la de: «Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, la integridad y la seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos y nacionales y el bienestar de la población».

La intervención de las comunicaciones en los casos de terrorismo islamista presenta una complejidad importante, cuál es el idioma utilizado. Cuando el órgano judicial proceda a autorizar la intervención de las comunicaciones, tiene que tener claro que dicha medida va a poder ser efectiva, es decir, que existen los medios humanos y materiales suficientes para después poder traducir el contenido de dichas conversaciones, para que pueda ser utilizado, en su caso, en el proceso penal en curso, bien sea por parte de la defensa como por parte de la acusación. En este sentido, en la sentencia de la AN a la que hacemos referencia se señala que el contenido de los soportes enviados por la Unidad Central de Información Exterior (UCIE) era «verdaderamente abrumador, tanto por su cantidad, como por su indeterminación»⁷⁴.

Otra cuestión importante que se plantea en relación con la intervención de las comunicaciones es el control de los datos de las comunicaciones telefónicas. El objetivo no es controlar el contenido de la comunicación, sino el hecho mismo de la comunicación. En su comparecencia ante el Congreso de los Diputados de 27 de octubre de 2005⁷⁵, el entonces ministro de Interior defendió la necesidad de poner en marcha medidas legislativas que permitiesen almacenar los datos de las comunicaciones telefónicas. Era necesario reglamentar el almacenamiento de los datos. También señaló la necesidad de registrar la identidad de aquéllos que comprasen tarjetas prepago de teléfono. Todo ello con el objetivo de facilitar futuras investigaciones sobre comunicaciones entre terroristas⁷⁶. Ante la cuestión formulada por Olabarría Muñoz respecto a si los mecanismos de control y almacenaje de las comunicaciones se iban a hacer respetando el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁷⁷, el ministro volvía a reiterar nuevamente que todo se hará con un «absoluto respeto a los derechos constitucionales»⁷⁸. Se trata de evitar, concluye el ministro, que la policía en el curso de una investigación por un delito de terrorismo necesite «un determinado dato telefónico que pueda ser muy relevante y se haya destruido por no tener la obligación de guardarlo un tiempo mínimo, que, como es sabido, será de 12 meses»⁷⁹. La USA Patriot Act «obliga» a los jueces a autorizar al FBI obtener información sobre las comunicaciones y mensajes de un usuario «sospechoso». El FBI se ha de limitar a controlar la dirección de los mensajes, pero no los contenidos.

74 Página 115 de la sentencia, que continúa señalando: «Un total de 75 cajas con unas dimensiones de 24(alto)x30,5 (largo)x22 (ancho), se encontraban repletas de cintas máster, reseñándose en cada una de ellas las conversaciones por las fechas en las que se produjeron. Pero cada "cinta" especificada por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones provisionales para que fuera objeto de audición en el acto del plenario, abarcaba en realidad cientos de cintas máster, introducidas en diversas cajas, a las que se adherían un distintivo genérico (cintas C-1020, C-320, C-1014, C-21, C-30, D-28)».

75 Comisión de Interior. CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, celebrada el jueves, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosin Bono, 9 y 10.

76 Como señala el diario El Mundo, en las investigaciones de los atentados de Madrid se ha podido demostrar que los terroristas establecían contacto únicamente a través de llamadas perdidas, que luego resultaron muy útiles en el rastreo de los responsables. El Mundo, 22 de septiembre de 2005, 27.

77 Comisión de Interior. CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, celebrada el jueves, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosin Bono, 17.

78 Comisión de Interior. CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, celebrada el jueves, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosin Bono, 27.

79 Según informa El Mundo, el comisario de Justicia e Interior, Franco Frattini, presentó el 21 de septiembre una propuesta de directiva que obliga a los operadores de telecomunicaciones a retener los datos de todas las llamadas efectuadas desde teléfonos móviles, incluso las llamadas perdidas, y todas las comunicaciones vía Internet, en el marco de la lucha contra el terrorismo. Se trata de armonizar los 25 regímenes diferentes de los Estados miembros para que la divergencia de legislaciones no siga siendo un refugio para los terroristas. En todo caso, no está interesado en el contenido de las comunicaciones, sino en el hecho mismo de la comunicación, El Mundo, 22 de septiembre de 2005, 27.

A pesar de que se intenta de justificar que se trata sólo del control de las llamadas, y no del contenido de la comunicación, esta medida otorga a la policía y a los jueces unos amplios poderes de control de los ciudadanos, que utilizados de manera incorrecta pueden implicar una grave quiebra del derecho a la intimidad. Por eso, esta medida deberá ser desarrollada con todas las precauciones.

c) Derecho a la legalidad penal

El Derecho penal es un instrumento fundamental en la lucha contra el terrorismo⁸⁰. Las conductas terroristas deben estar tipificadas en el CP para que puedan ser perseguidas. La lucha contra el terrorismo impone una atención permanente, encaminada a actualizar aquellos tipos penales que pueden resultar superados por imprevistas manifestaciones del mismo fenómeno violento. Ni el concepto de terrorismo, ni el de grupos terroristas, ni las figuras conexas de pertenencia, colaboración o apología son tan claras y precisas como deberían. Ya vimos en las páginas iniciales del trabajo las dificultades reales con las que se encuentran los Estados miembros, y el resto de la Comunidad internacional, para encontrar una definición común de terrorismo⁸¹. En la lucha contra el terrorismo de ETA, el Derecho penal se ha convertido en el instrumento más importante con el que ha contado el Estado de Derecho para cercar a los terroristas. El legislador ha tenido que ir haciendo frente poco a poco a las lagunas existentes en la legislación y que iban siendo utilizadas por los terroristas para lograr la impunidad de sus conductas.

En España no hay una legislación antiterrorista específica y los delitos de terrorismo se recogen en los arts. 571 a 580 CP. A pesar de ello, hay muchos profesores y jueces que opinan que algunos de los preceptos legales contienen tipos penales muy abiertos. La compatibilidad de estos tipos penales abiertos con el principio de legalidad es muy dudosa⁸². Por ejemplo, el delito de colaboración con banda armada (art. 576). En primer lugar, el legislador da una lista de conductas que se consideran actos de colaboración, y termina señalando que será punible, «en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas»⁸³.

80 Como señala Rodríguez Ramos en el prólogo al libro Aspectos penales y criminológicos del terrorismo, «El Derecho penal y procesal penal siguen siendo el principal instrumento antiterrorista, tanto en la vertiente represiva como preventiva, en perfecta cooperación con los restantes medios lícitos de reacción social y política», Moral de la Rosa J. (2005). En este sentido, Díez de Mera, M. A. (2004), propone el establecimiento de una misma política de seguridad compartida por todos los miembros de la Unión, que deberá ir precedida de la definición de los tipos penales y de la aproximación de las penas. Por la misma razón, las leyes procesales deberían tener un recorrido semejante, en los plazos, en los requerimientos y en las garantías.

81 En este sentido, véanse: Prats Canuts, (2004); Lamarca Pérez, C. (2004); y Muñoz Conde, F. (2004).

82 El TC se ocupa de la compatibilidad del principio de legalidad y la utilización de tipos penales abiertos en las SSTC 184/1995, 306/1994, 26/1994, 305/1993. Por su parte, el TS se ocupa de estas cuestiones en sus sentencias de 25 de noviembre de 1995 (RA 8940/1995) y de 2 de febrero de 1993 (RA 634/1993), entre otras.

83 Para Muñoz Conde (2004), en estos casos está en peligro el principio de seguridad jurídica. El TC ha señalado que «la tutela frente al terrorismo comporta un coste en la determinación de la conducta típica», que se manifiesta en «la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista».

El CP se ocupa de los «delitos de terrorismo» en los arts. 571 a 580. En España en los últimos años se ha procedido a una importante revisión del CP en materia de terrorismo. Así, la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas⁸⁴, modifica el art. 36 CP para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como «periodo de seguridad» en otros derechos europeos, el cual, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario⁸⁵ hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Para ello, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introduce la previsión de que el juez de vigilancia podrá acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento. Se reforma también el art. 76 CP para modificar el límite máximo de cumplimiento de las penas, elevándolo a 40 años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años, lo que encaja en los casos en que se cometan atentados terroristas causando la muerte de personas⁸⁶.

La LO 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del CP y de la Ley Penal del Menor, en relación con los delitos de terrorismo, trató de hacer frente al «terrorismo urbano», en el que se constató la intervención cada vez más preocupante de menores. Para tratar de frenar esta violencia callejera se extendió la sanción a aquellas conductas que aunque no atentasen contra la vida o la integridad física de las personas, tuviesen como fin subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública⁸⁷. Se incorporan al art. 577 el delito de daños, y se resuelven las dudas interpretativas sobre la tenencia de explosivos utilizados para cometer actos de terrorismo, ya que la anterior regulación no facilitaba la condena de quienes interviniendo en las acciones portaban, no ya los explosivos o armas que provocaban incendios o destrozos, sino solamente los componentes necesarios para provocar la explosión. Se introduce en el art. 578 un nuevo tipo penal de exaltación al terrorismo, que se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares⁸⁸. También mediante la introducción de nuevos tipos penales se pretende otorgar mayor protección jurídica a los miembros de las corporaciones locales,

84 Esta ley constituye un instrumento normativo cuyo espíritu y contenido tiene como eje fundamental el fenómeno terrorista. Estas fueron las palabras del ministro de Justicia en el Pleno celebrado en el Congreso el 6/3/03: «Señorías, subo hoy a esta tribuna a presentar un proyecto de ley, pero junto con esta presentación quiero sobre todo confirmar una realidad. Hoy, con esta nueva iniciativa, la democracia española trabaja con firmeza y sin complejos cerrando cualquier espacio de impunidad a los terroristas».

85 Régimen de semilibertad que permite trabajar fuera de la prisión durante el día.

86 Esta regulación hay quien considera que es contraria a lo dispuesto en el art. 25.2 CE, conforme al cual: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social».

87 G.J. redacción *Papeles de Ermua* (2003), La violencia callejera en Euskadi, diezmada por las medidas antiterroristas, *Papeles de Ermua*, núm. 4, www.papelesdeermua.com. Más información sobre las actividades de la kale borroka y de cómo han descendido en los últimos años se puede encontrar en <http://www.mir.es/oris/balances/index.htm>.

88 En relación con la apología o exaltación del terrorismo, el TC ha declarado que: «La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos». El País, 16 de febrero de 2006, 3, publica que la Cámara de los Comunes apoyó al primer ministro Tony Blair, al volver a incluir en el nuevo proyecto de Ley Antiterrorista el concepto de «apología del terrorismo». Este nuevo delito había sido derogado el año pasado por la Cámara de los Lores, que lo substituyó por una versión más suave, la «instigación directa» de terrorismo.

legítimamente elegidos, y a los plenos que celebran para el ejercicio de las funciones de la corporación.

Por otro lado, se prohíbe que quienes han resultado condenados por delito de terrorismo accedan inmediatamente a cargos públicos representativos. Para ello, la pena de inhabilitación absoluta, configurada por el CP hasta ahora como pena accesoria en los delitos de terrorismo, se introduce como pena principal con una duración de 6 a 20 años (art. 579).

Muchas de las medidas adoptadas por la Administración Bush van en contra del principio de legalidad, ya que la ley no incluye ningún artículo relativo a que el Gobierno deba incluir una lista de grupos considerados terroristas con anterioridad a que un inmigrante sea acusado de haber prestado apoyo ilegal a una organización terrorista. Igualmente, la ley corrige la definición de actividad terrorista en la sección dedicada a la inmigración. La Secretaría de Estado goza de un amplio margen de maniobra a la hora de clasificar a un grupo determinado como «organización terrorista» (Graf, 2001).

B) Derechos fundamentales de contenido procesal

En la medida en que no podemos abarcar el análisis de todos los derechos de naturaleza procesal, nos vamos a centrar en cuatro de ellos: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Todos estos derechos se encuentran recogidos en el apartado segundo del art. 24 CE. No puede existir ningún tipo de duda de que a los terroristas se les debe garantizar el derecho a un juicio justo, el derecho de defensa y, evidentemente, el derecho a ser informado de la imputación existente contra ellos.

Una vez definidas y fijadas en los códigos penales las conductas perseguibles, es necesario definir el modelo de proceso penal. No se trata, evidentemente, de que todos los países miembros tengan el mismo proceso penal, pero sí de que existan unos principios fundamentales asumidos por todos, que permitan que cada uno de los Estados miembros respete el proceso seguido ante la autoridad judicial de cualquier otro país. Todo ello con el objetivo de garantizar, en definitiva, que ningún país se va a mostrar reticente a colaborar con otro Estado miembro, ya sea porque piense que en dicho ordenamiento no se respetan principios esenciales del proceso penal, ya sea porque considere que el delincuente va a recibir una condena menor que si él mismo lo juzgara. Con el fin de facilitar el principio del reconocimiento mutuo, la Comisión Europea publica el Libro Verde sobre los procedimientos en materia penal, en el que se contienen las normas mínimas comunes sobre las garantías procesales concedidas a los sospechosos o acusados de haber cometido un delito y a los procesados o condenados por este delito. Los derechos fundamentales son cinco: el derecho a la defensa y a la representación en juicio; el derecho a la asistencia de un intérprete y traductor; el derecho de los grupos considerados vulnerables a una protección particular; los derechos de los nacionales de otros Estados miembros y de Estados terceros a una asistencia consular; y el derecho a una «declaración de derechos»⁸⁹.

⁸⁹ <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/133214.htm>.

a) El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

Conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la LECrim, la competencia para conocer de un asunto corresponde al juez o tribunal del lugar donde se cometió el hecho delictivo. Sin embargo, para el conocimiento de los delitos de terrorismo se produce una alteración del principio del *locus delicti commissi*, ya que desde 1977 el enjuiciamiento de este tipo de delitos corresponde a la Audiencia Nacional (AN), que tiene jurisdicción en toda España, y que está integrada por cinco Juzgados Centrales de Instrucción, un Juzgado Central de lo Penal, la Sala de lo Penal de la AN⁹⁰, la Sala de Apelaciones de la AN, un Juzgado Central de Menores y un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

La AN no es, en ningún caso, un tribunal especial, aunque cada vez hay más voces contrarias a que la AN siga conociendo de los delitos de terrorismo.

Los procesos que se sustancian ante la AN se rigen por las reglas contenidas en la LECrim, y se seguirán los trámites del procedimiento ordinario o del procedimiento abreviado en función de la pena que corresponda a los delitos cometidos. Los principios básicos del proceso penal son de total aplicación en estos procesos, y las garantías que rodean al imputado en nada difieren de las que corresponden a los encausados por otro tipo de delitos. La vigencia del principio acusatorio distribuye las funciones de instrucción (Juzgados Centrales de Instrucción) y enjuiciamiento (Juzgados Centrales de lo Penal o Sala de lo Penal de la AN) en órganos distintos, y sólo cuando el órgano judicial considere que ya no es necesario realizar más diligencias de investigación porque las partes ya tienen los elementos suficientes para tomar la decisión de mantener o retirar la acusación se dará por concluida esta primera fase, y se procederá, si hay alguna parte que sostiene la acusación, a decretar la apertura del juicio oral.

La AN no cuenta, como ya hemos apuntado en un momento anterior, con los medios humanos y materiales necesarios para hacer frente a todos los procesos que se siguen por terrorismo en unos plazos razonables, como consecuencia tanto de la complejidad de los procesos, como de la gran cantidad de asuntos cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Penal de la AN (art. 65 LOPJ)⁹¹. En todo caso, la atribución para conocer de los delitos de terrorismo debe seguir residenciada en el país en el que los atentados se cometan, sin que, en principio, y en nuestra opinión, sea posible atribuir la competencia para conocer de estos delitos al Tribunal Penal Internacional, o crear un Tribunal de Justicia con competencias penales para juzgar los delitos de terrorismo⁹².

b) El derecho a un proceso con todas las garantías

El Estado de Derecho no puede reaccionar frente al terrorismo, ni frente a cualquier otro problema de estas dimensiones, olvidando los principios esenciales sobre los que se asienta.

90 La Sala de lo Penal está compuesta por un presidente de sala y cuatro secciones. Cada una de las secciones está compuesta de un presidente y dos magistrados, excepto la primera, que está compuesta por dos magistrados (véase Anexo III de la Ley de Demarcación y Planta Judicial).

91 El Informe final de la Comisión del 11-M (pp. 96-7) enumera todas las carencias de la AN.

92 Esta es una propuesta formulada por Díez González, R. (2004).

Por lo tanto, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no decae porque se esté enjuiciando a sujetos imputados por delitos de terrorismo. Estos imputados gozan de las mismas posibilidades de alegación, prueba e impugnación, no ya sólo que el resto de las partes del proceso, sino que el resto de imputados por cualquier otro delito⁹³.

En febrero de 2004, el Gobierno británico dio a conocer su intención de modificar la ley antiterrorista para introducir juicios secretos y sin jurado. Como destaca El Mundo de 2 de febrero de 2004⁹⁴, el Gobierno de Tony Blair analizaba introducir normativas que reducirían el nivel de las pruebas exigidas para condenar a un presunto terrorista, que podría ser juzgado en secreto, sin jurado, por un magistrado investigado previamente por los servicios secretos. Esta propuesta de Tony Blair, así como muchas de las medidas adoptadas por el Gobierno norteamericano, ponen de manifiesto que ante una situación de emergencia se reacciona de la forma más agresiva posible, es decir, negando todos aquellos derechos que a lo largo de los años se han ido consolidando. La lucha contra el terrorismo no se va a perder porque a los terroristas se les respeten sus derechos humanos. O, dicho de otra manera, esta lucha⁹⁵ no se va a ganar a través de la implantación de tribunales secretos. En este sentido, nosotros podemos sentirnos tranquilos ya que la Constitución española prohíbe la creación de tribunales de excepción (art. 117.5).

Aunque hay que descartar completamente la celebración de juicios secretos, sí que se podría plantear la posibilidad de ampliar la declaración del secreto del sumario. Esta medida es, en nuestra opinión, más respetuosa con los derechos fundamentales del imputado, que son una conquista fundamental del Estado de Derecho. La fase de instrucción en el proceso penal, bajo la dirección, en los casos de terrorismo, de los juzgados centrales de instrucción, es una fase secreta e inquisitoria. El secreto en esta fase debe analizarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, la instrucción es secreta para la sociedad, que no debería tener conocimiento de dicha fase. Sin embargo, la lectura de los periódicos pone de manifiesto que esto no siempre se consigue, ya que en muchas ocasiones encontramos en los medios toda la información relativa a procesos penales que se encuentran en dicha fase de investigación⁹⁶. En segundo lugar, el secreto de la instrucción no afecta a las partes implicadas, tanto las partes acusadoras como acusada, salvo que el juez dicte un auto declarando el «secreto del sumario». La finalidad de esta medida es evitar que el imputado pueda conocer las medidas de investigación que se están llevando a cabo y pueda frustrar el éxito esperado de éstas.

93 Lamis Andoni, en un comentario escrito en El Mundo, el 26 de septiembre de 2005, señala que «España se ha distinguido por su insistencia en combatir el terrorismo a través de su sistema judicial», lo que, sin embargo, no le impide criticar el proceso seguido en la AN contra el periodista Taysir Alony, como parte integrante de la cúpula de Al Qaeda en España. En opinión de Andoni, Taysir es inocente, aunque tiene «plena conciencia de que podría ser sacrificado, dado el entorno nacional e internacional de miedo y odio en el que se invocan o promulgan unas leyes excepcionales contra el terrorismo, que minan el debido proceso legal», Andoni, L. (2005), El Mundo, 26 de septiembre, 2005, 12.

94 <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/02/02/internacional/1075739488.html>.

95 Para el Gobierno norteamericano se trata de una guerra.

96 Respecto de esta cuestión, en la Sesión núm. 9 de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, celebrada el miércoles 23 de febrero de 2005 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 23 de febrero de 2005, 26 y ss.), el ministro de Justicia responde a la cuestión de si la actual regulación del secreto del sumario garantiza de forma suficiente su aplicación para proteger los derechos fundamentales de las partes en el proceso penal y facilita el éxito de la investigación ante la continua filtración de datos en los sumarios que se instruyen en la AN. El Ministro reconoce que las violaciones y conculcaciones del secreto del sumario se producen a menudo y que es necesario proceder a una adecuada regulación de esta materia.

Según lo dispuesto en el art. 301 LECrim, «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley». No obstante, «las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento», salvo que se declare el secreto del sumario, a través de una resolución que ha de revestir la forma de auto, y sin que se pueda declarar el secreto por tiempo superior un mes, y debiendo alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario (art. 302 LECrim). Este secreto del sumario afecta a todas las partes personadas excepto al Ministerio Fiscal, y se traduce en la imposibilidad de que las partes puedan conocer las actuaciones concretas relativas a la investigación de los hechos imputados que se están llevando a cabo.

Por otro lado, el respeto del derecho a un proceso con todas las garantías requeriría que estos procesos se desarrollasen con la mayor brevedad posible. La lentitud es un mal endémico de la justicia, que en estos casos se vuelve especialmente grave. La falta de medios suficientes en la Audiencia Nacional debe ser abordada por el legislador, como ya hemos apuntado, pero también se deberían abordar reformas tendentes a evitar que los recursos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se alarguen indefinidamente, provocando situaciones como a la que hemos hecho referencia, en la que condenados por delitos de terrorismo puedan salir en libertad. Sin embargo, no podemos olvidar tampoco la complejidad de estos procesos, que hace que en muchas ocasiones sea prácticamente imposible el poder celebrarlos en un plazo de tiempo razonable.

c) El derecho de defensa

El derecho de defensa es el derecho del sujeto pasivo del proceso, del acusado o imputado, a obtener la tutela judicial efectiva por medio de una adecuada defensa. En definitiva, «la defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal» (Moreno Catena, 2005).

El ejercicio del derecho de defensa requiere, como no puede ser de otra manera, el conocimiento de la imputación. Es decir, es necesario poner en conocimiento del sujeto los hechos delictivos que se le atribuyen. En este punto es donde, en nuestra opinión, parece que se están cometiendo los mayores abusos.

El titular del derecho de defensa es el imputado, aunque su ejercicio puede llevarse a cabo tanto por él como por su defensor técnico, y por ello se reconoce el derecho a hacerse asistir de un abogado. En nuestro ordenamiento jurídico son muy limitadas las manifestaciones de la autodefensa en el proceso penal, por lo que el derecho de defensa se traduce en la posibilidad del imputado de designar un abogado de su confianza. En la medida en que están en juego bienes jurídicos fundamentales del imputado la relación entre cliente e imputado es muy estrecha, y el imputado debe tener plena confianza en la persona que ostenta su defensa técnica. Para el caso de que el sujeto no quiera o no pueda designar un abogado de su confianza, se le designará un abogado de oficio.

Una excepción importante al derecho de defensa se produce durante el tiempo de la incomunicación del detenido o del preso preventivo. En estos casos la Ley niega al imputado el derecho a designar abogado de confianza durante el tiempo que dura la

detención o prisión incomunicada. Además, durante dicho periodo no podrá comunicarse reservadamente con él. Una vez que se levanta la incomunicación, el imputado podrá designar abogado de su confianza, que será el que se ocupe de su defensa durante el resto de la causa.

La finalidad que se pretende conseguir con esta restricción del derecho de defensa es evitar que «se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos» (art. 509.1 LECrim). En definitiva, se trata de evitar que el detenido pueda avisar a otros implicados o destruir fuentes de prueba y frustrar con ello el éxito de la investigación. Esta medida se adopta cuando se constata que, en el caso de los terroristas de ETA, tienen sus propios abogados, y se sospecha que ésta sea una vía para alertar a otros presuntos terroristas. La cuestión que hay que analizar es si esta medida debe ser automática, es decir, si es consustancial a la declaración de incomunicación, o si el juez debe ponderar en cada caso si la incomunicación conlleva la designación de abogado de oficio.

Lo que, en nuestra opinión, debería reformar de manera inmediata el legislador es la prohibición de entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio. Esta medida puede implicar una excesiva restricción del derecho de defensa, y no parece debidamente justificada⁹⁷.

A pesar de que se rodee a la incomunicación de las máximas garantías, no se puede desconocer que se trata de una medida excepcional, que el órgano judicial deberá motivar suficientemente, explicando las razones por las que se considera que se pueden dar los peligros mencionados en la LECrim, y que es necesaria tanto la incomunicación, como la designación de abogado de oficio y la prohibición de entrevistarse reservadamente con él.

En relación con el derecho de defensa, es necesario hacer una reflexión sobre la prohibición de que los imputados por delitos terroristas puedan designar abogado de confianza para todo el proceso. Esta medida, que no existe en España pero sí en otros ordenamientos europeos, supone, en nuestra opinión, una restricción injustificada del derecho de defensa.

d) El derecho a la presunción de inocencia

El desarrollo de un proceso con todas las garantías exige el respeto del derecho a la presunción de inocencia. Este principio es una de las piezas básicas del modelo procesal penal que rompe con el sistema inquisitivo: el imputado es inocente hasta que no se dicte contra él una sentencia de condena. El TC ha ido perfilando a lo largo de los años el

⁹⁷ Para González Ayala. M. D. (1999), la imposibilidad de que el detenido pueda entrevistarse con su abogado tras el interrogatorio supone una afectación del contenido esencial del derecho de defensa, una merma, y, por lo tanto, una incidencia que no supone una simple regulación del ejercicio del derecho y que difícilmente se compagina con el art. 53.1 CE.

contenido esencial de este derecho fundamental, y así, este Tribunal exige para desvirtuar la presunción de inocencia: que exista un mínimo de actividad probatoria; que sea de carácter incriminatorio, es decir, prueba de cargo, independientemente de que sea directa o indiciaria; que haya sido obtenida con todas las garantías y que se trate de prueba lícita.

El derecho a la presunción de inocencia alcanza evidentemente a los encausados por delitos terroristas, por lo que es ciertamente criticable la restricción de este derecho que trae consigo la USA Patriot Act, en la que no existe ninguna previsión legal según la cual deba celebrarse un juicio o una audiencia pública en la que el Gobierno presente pruebas que permitan clasificar al detenido como «terrorista». Además, no es necesario probar un hecho más allá de toda duda razonable, o mediante la presentación de pruebas convincentes. A ello hay que añadir que se produce una inversión de la carga de la prueba, por lo que será el acusado quien habrá de probar que no sabía que la organización a la que había prestado ayuda era una organización terrorista (Graf, 2001).

Lo que se consigue de esta manera es diseñar un proceso que acaba con la condena de aquellos a los que las autoridades policiales consideran terroristas⁹⁸. La limitación de las libertades y derechos de estos sujetos empieza mucho antes, y el proceso sólo va a tener como objetivo confirmar la corrección de estas medidas, ya que sobre quienes se aplicaron han resultado finalmente condenados.

Estas medidas son intolerables en un Estado de Derecho y los poderes públicos deben tratar de evitar por todos los medios que se puedan llegar a implantar, bien en una norma, o bien a través de la aceptación en la práctica de estas restricciones. Los jueces y magistrados que se encuentren ante procesos por terrorismo deben eliminar, sin ningún tipo de condición, todos aquellos medios de prueba que se hayan obtenido, directa o indirectamente, sobre la violación de derechos fundamentales. Como señala Moreno Catena (2005:387), «en el momento de la valoración debe el juzgador excluir la prueba ilícitamente obtenida, pues en virtud de reglas elementales de exclusión no puede utilizarse válidamente en el proceso penal un medio probatorio que se haya formado contraviniendo la ley; no se puede lograr la verdad a cualquier precio, tampoco para lograr la sanción de los delitos, y desde luego los poderes públicos no pueden aprovechar una fuente de prueba que no se ha obtenido cumpliendo la ley».

Un ejemplo de los problemas que plantea la prueba en los procesos por terrorismo se plantea en la actualidad con el recurso de la sentencia de la AN que condenaba a la cúpula de Al Qaeda en España. Según información aparecida en el periódico El País, de 17 de febrero de 2006⁹⁹, la Fiscalía del TS ha instado a la Sala Segunda de dicho Tribunal a que admita

⁹⁸ Un ejemplo de la situación de tensión y de los poderes de la policía lo vivimos con la muerte a tiros en el metro de Londres de un ciudadano brasileño. Según informa El País de 24 de julio de 2005, 6, para la prensa británica no fue solamente un error trágico por parte de policías de gatillo fácil (lo llaman disparar primero), sino la consecuencia de una nueva política de las fuerzas de seguridad que, en caso de tener sospechas fundadas de que se encuentran ante un posible kamikaze, deben disparar a la cabeza a matar. El diario The Guardian aseguró que lo ocurrido en Londres fue la primera actuación de un nuevo grupo de fuerzas especiales de la policía que, bajo el nombre de Operación Kratos, tienen como misión detener o matar a posibles terroristas suicidas.

⁹⁹ El País, 17 de febrero de 2005, 20.

parcialmente el recurso presentado por Imad Eddin Barakat Yarkas¹⁰⁰, Abu Dahdah, presunto jefe de Al Qaeda en España, y le absuelva del delito de conspiración para los atentados contra las Torres Gemelas y el Pentágono el 11 de septiembre de 2001, ya que la fiscalía considera que de los hechos probados recogidos en la sentencia dictada por la AN no se desprende que Abu Dahdah participase en una conspiración para realizar los atentados mencionados¹⁰¹. El fiscal dice en su escrito que de los hechos probados en la sentencia «no se configura, ni siquiera completado con los aportes descriptivos incorporados en los razonamientos jurídicos, otra planificación conjunta del delito de atentado terrorista y su decisión de llevarla a cabo por el acusado con los autores intelectuales y ejecutores materiales del crimen que la adjudicada gratuitamente por la Sala al acusado en razón de los pocos datos objetivamente descritos en el *factum*».

La complejidad para probar que el acusado participó en los atentados terroristas del 11 de septiembre se ha planteado también en otros procesos, como es el caso del proceso seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Hamburgo contra Mounir al Motassadeq, que fue condenado el 19 de febrero de 2003 a quince años de cárcel, después de que los jueces llegaran a la convicción, tras treinta días de proceso, de que Motassadeq pertenecía a la célula terrorista de Hamburgo, y que su tarea consistía en guardar las espaldas de los miembros del grupo. Los jueces llegaron a la convicción de que Motassadeq conocía los hechos terroristas que iban a suceder. Esta sentencia del TSJ de Hamburgo fue anulada por el Tribunal Supremo alemán el 4 de marzo de 2003, quien remitió nuevamente el proceso al Tribunal de Hamburgo. El 19 de agosto de 2005, este Tribunal condenó a Motassadeq a siete años de prisión. Según la sentencia, lo que queda probado es que el acusado pertenece al grupo terrorista, pero no que fue colaborador de los atentados del 11 de septiembre de 2001. La complejidad del proceso contra Motassadeq lleva a Michael Mielke a declarar en el diario alemán Die Welt, de 8 de febrero de 2006, que este proceso es un ejemplo de lo difícil que es luchar contra el terrorismo con medios apropiados al Estado de Derecho¹⁰².

En el caso español habrá que esperar a la resolución del TS del recurso de casación contra la sentencia de la AN que condena a la cúpula de Al Qaeda en España, pero se puede prever ya que al TS no le espera una tarea nada fácil. Por otro lado, el juez de la AN Juan del Olmo ha dictado ya auto de procesamiento contra 29 de las 116 personas que él mismo había imputado en relación con los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid. Como informa El País, más de dos años después de iniciado el sumario, el juez ha redactado un auto de procesamiento de 1.460 folios¹⁰³.

100 La sentencia de la AN de 26 de septiembre de 2005 le condena a la pena de 12 años de prisión, 13 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, como autor de un delito de pertenencia o integración en organización terrorista, cualificado por la condición de promotores o directores (páginas 442 y 443 de la sentencia).

101 El País se hace también eco de unas palabras que habrían sido pronunciadas por el fiscal de la AN, Pedro Rubira, que intervino en el juicio, y que habrían sido pronunciadas en los pasillos de la Audiencia: «O se cree o no se cree. Es un juicio de convicción. Sin pruebas».

102 Die Welt, 8 de febrero de 2006, 2. El director para Europa de Amnistía Internacional, David Díaz-Jogeix, afirma que el Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales ha aceptado pruebas obtenidas bajo torturas, escudándose en que éstas no habían sido practicadas por agentes británicos. «En 2005 los Lores de Justicia establecieron la prohibición de aceptar pruebas de este tipo, independientemente de quién hubiese practicado las torturas, pero lo preocupante es que el Gobierno británico estaba a favor de su utilización».

103 El País, 12 de abril de 2006, 18.

3.2 Propuesta de una línea común en la UE para la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo

De todo lo dicho hasta ahora se puede concluir que la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra el terrorismo es una práctica habitual tanto en España como en el resto de Estados miembros, así como en los EE UU, por lo que en aras de garantizar plenamente el éxito de la cooperación judicial y policial en la UE es necesario que la futura Constitución Europea comprenda en su articulado una referencia clara y exhaustiva de los supuestos en que serán admisibles las restricciones de derechos fundamentales, así como los derechos fundamentales cuya restricción será posible¹⁰⁴.

Corresponde a cada Estado desarrollar su propia política criminal. En el ejercicio de su soberanía cada Estado miembro puede adoptar las medidas que considere necesarias para proteger a sus ciudadanos y para evitar tanto la comisión de atentados terroristas como la impunidad de los terroristas. Ello no impide, evidentemente, que la UE trabaje para conseguir el mayor grado de unificación posible en la regulación de las normas para luchar contra el terrorismo y, fundamentalmente, en la determinación de los presupuestos sobre los que se debe asentar la limitación de derechos fundamentales.

Los tres requisitos fundamentales que se deben exigir a todos los Estados miembros para acordar la restricción de derechos fundamentales son, por un lado, que dicha restricción sea contemplada en ley orgánica; en segundo lugar, que sea acordada por autoridad judicial competente; y, por último, que exista un proceso abierto por delito de terrorismo.

A) Exigencia de ley orgánica

En el seno de la UE no se puede admitir que la restricción de derechos fundamentales se pueda hacer a través de cualquier ley, sino que la norma a través de la cual se limiten estos derechos deberá estar rodeada de requisitos y exigencias especiales. En el caso del ordenamiento español, la restricción de derechos fundamentales se acordará a través de una ley orgánica, que, tal como señala el art. 81.2 CE, exige para su aprobación, modificación o derogación mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto. Se trata de garantizar con ello el mayor consenso posible entre todos los integrantes de las cámaras legislativas.

Además, dicha norma deberá ser lo más exhaustiva y detallada posible para impedir cualquier arbitrariedad o exceso por parte de la autoridad judicial o del poder público. Esto

¹⁰⁴ En el ámbito de la cooperación penal, la UE no se olvida de los derechos fundamentales, y así en la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea señaló en el Considerando 12 lo siguiente: «La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales (...). Nada de lo dispuesto en la presente Decisión marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se haya dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de El País, 14 de agosto de 2005, 5.

exige por parte del legislador una gran finura y precisión de la que, como ya hemos puesto de manifiesto en otras partes de este trabajo, en ciertas ocasiones carece.

El TC ha señalado en reiteradas ocasiones que «la ausencia de previsión legal de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado y es condición previa imprescindible de la legitimidad constitucional de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales» (STC 169/2001).

La STC 49/1999 sostuvo que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que con carácter general somete la CE la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los jueces y magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho».

En el caso español, la propia Constitución prevé, en el art. 55.2 CE, que «Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes».

B) Medida acordada por autoridad judicial competente

La restricción de derechos fundamentales debe ser acordada por el juez o tribunal que esté conociendo del proceso. Sólo en casos excepcionales la medida podrá ser acordada por la policía, por el Ministerio Fiscal o por la autoridad administrativa correspondiente, con la obligación, en todo caso, de poner esta circunstancia inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial competente, para que la ratifique o la revoque.

A la hora de abordar esta cuestión creemos oportuno hacernos eco del titular que aparecía en El País del 14 de agosto de 2005: «El Gobierno (se refiere al de Tony Blair) encuentra en los jueces el mayor obstáculo para desarrollar su nueva política (antiterrorista)»¹⁰⁵.

Éste debe ser, en última instancia, el fundamento de la intervención judicial: poner freno a cualquier exceso en la restricción de derechos fundamentales independientemente del

¹⁰⁵ El País, 14 de agosto de 2005, 5.

poder del que provenga. Además, entendemos que debería ser el punto central de la lucha antiterrorista tanto en el ámbito europeo como internacional. La situación que trata de poner de manifiesto esta noticia es mucho más preocupante de lo que pueda pensarse, ya que puede acabar degenerando en un intento de los gobiernos de reducir las facultades de control de los jueces sobre las actuaciones del poder legislativo y del poder ejecutivo, fundamentalmente de este último.

A pesar de que exista la obligación de que sea un órgano judicial el que acuerde la medida restrictiva de derechos fundamentales, esto no tiene por qué significar necesariamente que exista una limitación o un control de la actuación policial o administrativa. En este sentido, la USA Patriot Act contempla la obligación del juez de dictar una orden de registro, o de obligar a la persona investigada a presentar al FBI cualquier tipo de documentos, artículos o libros requeridos por los investigadores, siempre y cuando el FBI alegue ante el juez que dicha solicitud está fundamentada en razones de seguridad. El juez no tiene libertad de elección, sino que debe adoptar la medida solicitada. Esta subordinación de los jueces a la policía es, en nuestra opinión, intolerable, y convierte a la intervención judicial en un requisito meramente simbólico.

Por lo tanto, la exigencia positiva de que sea la autoridad judicial competente la que acuerde la medida restrictiva de derechos fundamentales debe ir acompañada de la prohibición de subordinar a los jueces a la autoridad policial.

Además, el juez que acuerda la medida debe ser el competente para el conocimiento del asunto. Con ello se evitará que la autoridad policial o administrativa «peregrine» de juzgado en juzgado con el objetivo de encontrar un juez que crea en sus argumentos y acuerde la restricción del derecho fundamental. Esto es lo que ocurrió en el proceso seguido contra la célula de Al Qaeda en España, tal y como pone de manifiesto la sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 26 de septiembre de 2005, que da por sentado «que las reiteradas peticiones de intervenciones telefónicas realizadas por los miembros de la UCIE, hechas en cadena a los Juzgados Centrales de Instrucción nº 1, nº 3 y nº 5, no tenían más fin que mantener vivas intervenciones telefónicas cesadas por anteriores órdenes judiciales, constituyendo todo un paradigma de lo que no debería hacerse, en aras a la observancia de la debida asepsia procesal –por mucho que a los funcionarios policiales les pareciese de crucial importancia el mantenimiento de la medida, pues dicho parecer está ahora reservado a la autoridad judicial–; hemos de centrar ahora toda la atención en los efectos derivados de esta irregularidad para asignarle la virtualidad que tenga, en su justa medida». A pesar de ello, la AN admite como prueba las cintas obtenidas.

C) Existencia de un proceso abierto por delito de terrorismo

La restricción de derechos fundamentales ha de producirse en el marco de un proceso penal por delito de terrorismo, sin que sea admisible la línea seguida en EE UU de tener listas de sospechosos sobre los cuales se aplican importantes medidas restrictivas de derechos fundamentales, pero frente a los cuales nunca se llega a abrir un proceso penal¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La USA Patriot Act permite al FBI practicar escuchas sin tener que probar que existe una causa probable contra la persona acusada.

Como señala Moreno Catena (2005:269), el primero de los presupuestos de las medidas cautelares que implican una restricción de derechos fundamentales es el *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho. Es decir, se «exige que resulten en el proceso elementos que, al menos indiciariamente, justifiquen una resolución final condenatoria».

En cuanto existan sospechas de que determinados individuos pueden estar implicados en delitos de terrorismo, debe darse curso a la fase de investigación del proceso penal, que en función del país de que se trate, se desarrollarán bien ante el Ministerio Público, bien ante el juez de instrucción. La comunicación a los implicados de la imputación existente contra ellos es la garantía principal que permitirá legitimar las restricciones de derechos fundamentales. Si existen elementos suficientes para dirigirse a un juez y solicitarle una restricción de derechos fundamentales, esa información se debe transmitir al sujeto pasivo de la medida y a su abogado, para que se pueda proceder a ejercitar el derecho de defensa.

D) Efectividad de una orden de restricción de derechos fundamentales dictada por un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro

Si la cooperación judicial en la UE lo que trata de evitar es que los delincuentes se aprovechen de la eliminación de las fronteras y, por lo tanto, puedan ser perseguidos en cualquier país de la Unión, es necesario establecer unos mínimos básicos en las legislaciones penales para garantizar que, en un futuro no muy lejano, las medidas que se acuerden en el curso de una investigación o de un proceso penal puedan hacerse efectivas también en el territorio de otro Estado miembro.

En lo que se refiere a la restricción de derechos fundamentales, puede ser necesario que la medida acordada por la autoridad judicial de un Estado miembro tenga que surtir efectos en el territorio de otro, o de otros, Estados miembros. El objetivo de la UE debe ser que las restricciones de derechos fundamentales acordadas en un Estado miembro, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones, pueda ser aplicada en el territorio de otro Estado miembro, una vez que se solicitase dicha aplicación por la autoridad judicial del Estado requirente.

El éxito de la investigación penal va a exigir en muchos casos la continuación en las medidas adoptadas, que se verá frustrada si el sujeto se desplaza dentro de la UE. Por ello, los Estados miembros deben abordar –en nuestra opinión– el estudio de las posibilidades de extender las medidas restrictivas de derechos fundamentales más allá de los límites territoriales del Estado que adoptó la medida.

La posibilidad de lograr en este punto un correcto nivel de cooperación pasa necesariamente, como ya hemos puesto de manifiesto, por el establecimiento de unos mínimos indispensables para que la autoridad judicial de un Estado miembro acuerde la restricción del derecho fundamental. A partir de ese momento será necesaria una correcta regulación del procedimiento a seguir, debiendo quedar en manos de cada Estado el desarrollo de los requisitos complementarios para garantizar en su territorio la efectividad de la medida. Es decir, si en el curso de un proceso penal el Juzgado Central de Instrucción nº 3 acuerda la intervención de las comunicaciones de un sujeto al que se le imputa un delito de terrorismo, y se da la circunstancia de que este sujeto se desplaza a Alemania, podrá la autoridad

judicial española requerir a la autoridad judicial alemana correspondiente la continuación de la medida restrictiva del derecho fundamental. Ahora bien, será la legislación penal alemana que regula el desarrollo de la medida de intervención de las comunicaciones la que se aplicará al caso concreto.

No obstante, la cooperación judicial europea a este nivel requiere mucho trabajo por parte de las instituciones de la UE, y plantea muchos aspectos problemáticos cuya resolución es ciertamente complicada. No obstante, y en aras de una adecuada cooperación, sería deseable que los Estados trataran de solventar todas estas complicaciones.

Este problema se plantea también en EE UU, ya que la Patriot Act prevé que todas las órdenes judiciales serán válidas en todo el territorio de EE UU y que puedan ser dictadas por cualquier juez en cualquier tribunal del país. En la práctica, esto significa que el FBI puede obtener una orden judicial en Alabama que sea aplicable en el Estado de Oregón, con lo cual los afectados se verían prácticamente imposibilitados para solicitar la revisión de la orden en el juzgado en el que fue emitida.

Conclusiones

1. España debe desarrollar todos los instrumentos que en el ámbito comunitario se prevén para potenciar la cooperación penal en materia antiterrorista y debe, igualmente, instar a los Estados miembros a que adopten definitivamente medidas efectivas para garantizar que en un futuro no muy lejano pueda hacerse efectiva la cooperación penal.

Aunque han sido muchas las medidas adoptadas en el seno de la UE desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, no se puede sostener que todas las medidas hayan conseguido los fines perseguidos, lo que se traduce en que aún queda mucho trabajo por hacer. España, por su historia y su experiencia en la lucha antiterrorista, debe ser una pieza clave en este proceso de desarrollo de la cooperación penal comunitaria e internacional en materia de terrorismo.

2. En el ámbito comunitario es preciso llegar a un consenso en cuanto a una definición común de terrorismo, lo que hace necesario revisar algunos artículos del Código Penal español que contienen normas penales abiertas, que podrían vulnerar el principio de legalidad.

Como mínimo son tres las ventajas que generará la consecución de una definición del delito de terrorismo. En primer lugar, se evitará que los terroristas aprovechen los resquicios que deja el legislador para cometer sus acciones impunemente, aprovechándose de la supresión de las fronteras dentro de la UE. En segundo lugar, sólo logrando a nivel comunitario una definición común de terrorismo será posible la cooperación policial y judicial. Y, en tercer lugar, se garantiza a todas las personas –ya sean nacionales o extranjeras– el derecho fundamental a ser perseguidos sólo por la comisión de conductas constitutivas de delito, es decir, de conductas previamente tipificadas en la norma penal.

3. Cada Estado miembro debe delimitar claramente el modelo de proceso penal que quiere para la persecución de los delitos de terrorismo. En este sentido, España debe

abordar una serie de reformas sustanciales que pasan necesariamente por la dotación de mayores medios técnicos y humanos a la Audiencia Nacional.

4. La UE debe establecer unos principios fundamentales inviolables para los procesos penales por terrorismo, que habrán de ser respetados por todos los Estados miembros. Entre dichos principios se debe incluir la prohibición de celebrar juicios secretos, la obligación de las autoridades policiales de poner en conocimiento de los detenidos los hechos punibles que se les atribuyen, así como el respeto efectivo del derecho de defensa.

Corresponde a cada Estado desarrollar su propia política criminal. En el ejercicio de su soberanía cada Estado miembro puede adoptar las medidas que considere necesarias para proteger a sus ciudadanos y para evitar tanto la comisión de atentados terroristas como la impunidad de los terroristas. Ello no impide, evidentemente, que la UE trabaje para conseguir el mayor grado de unificación posible en la regulación de las normas procesales y penales para luchar contra el terrorismo y, fundamentalmente, en la determinación de los presupuestos sobre los que se debe asentar la limitación de derechos fundamentales.

5. La UE se tiene que desmarcar claramente de la línea iniciada por los EE UU en su «guerra» contra el terrorismo, y debe definir claramente su política de restricción de derechos fundamentales.
6. La UE debe fijar unas normas comunes para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales en el curso de una investigación o de un proceso penal por terrorismo. Los tres requisitos fundamentales que se deben exigir a todos los Estados miembros para acordar la restricción de derechos fundamentales son: a) que dicha restricción sea acordada por ley orgánica; b) que sea acordada por autoridad judicial competente; y c) que exista un proceso abierto por delito de terrorismo.
7. En lo que se refiere a la restricción de derechos fundamentales, puede ser necesario que la medida acordada por la autoridad judicial de un Estado miembro tenga que surtir efectos en el territorio de otro, o de otros, Estados miembros. El objetivo de la UE debe ser que las restricciones de derechos fundamentales acordadas en un Estado miembro, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones, pueda ser aplicada en el territorio de otro Estado miembro, una vez que se solicitase dicha aplicación por la autoridad judicial del Estado requirente.

El éxito de la investigación penal va a exigir en muchos casos la continuación de las medidas adoptadas, que se verá frustrada si el sujeto se desplaza dentro de la UE. Por ello, los Estados miembros deben abordar seriamente la posibilidad de extender las medidas restrictivas de derechos fundamentales más allá de los límites territoriales del Estado que adoptó la medida.

La posibilidad de lograr en este punto un correcto nivel de cooperación pasa necesariamente por el establecimiento de unos mínimos indispensables para que la autoridad judicial de un Estado miembro acuerde la restricción de un derecho fundamental. A partir de este momento será necesaria una correcta regulación del procedimiento a seguir,

debiendo quedar en manos de cada Estado el desarrollo de los requisitos complementarios para garantizar en su territorio la efectividad de la medida.

8. El Parlamento español debería reformar la regulación de la incomunicación de la detención y de la prisión provisional en los casos de delito de terrorismo. En este sentido, han de ser revisadas las restricciones del derecho fundamental de defensa que conlleva la adopción de la incomunicación, debiendo desaparecer la prohibición de que el imputado se entreviste reservadamente con su abogado de oficio, y debiendo limitarse la adopción de la incomunicación a los momentos iniciales de la investigación penal, sin que en ningún caso sea posible acordarla en cualquier momento de la causa.

En relación con la incomunicación y la imposibilidad de designar abogado de confianza, el legislador debe revisar si esta medida debe ser automática, es decir, si es consustancial a la declaración de incomunicación, o si el juez debe ponderar en cada caso si la incomunicación conlleva la designación de abogado de oficio.

9. La Ley establece para los delitos que llevan aparejada pena privativa de libertad superior a tres años, y siempre y cuando se den el resto de requisitos establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de que el órgano judicial acuerde la prisión provisional por un plazo de dos años, prorrogable otros dos. Sin duda éste es un plazo largo. Sin embargo, nos planteamos si en los supuestos de terrorismo no puede, en determinadas ocasiones, llegar a ser insuficiente. La cuestión que tratamos de plantear es si sería viable una ampliación de la duración máxima de la prisión provisional en los casos de terrorismo. La complejidad de estos delitos puede hacer que el plazo de cuatro años sea insuficiente. Ello nos lleva a cuestionarnos si no sería conveniente que el legislador articulase alguna vía para evitar que aquellos a quienes se les imputa la comisión de delitos terroristas y para los que se solicitan miles de años de cárcel puedan quedar en libertad porque no se puede celebrar el juicio en el plazo de cuatro años.

La ampliación de la duración de la prisión provisional se produciría en supuestos muy excepcionales y con las garantías previamente establecidas por ley orgánica, habida cuenta de que el proceso no ha podido celebrarse en dicho plazo y de que subsisten los motivos para mantener al sujeto privado de libertad. Planteamos, en definitiva, que para determinados supuestos sea posible que la duración de la prisión provisional exceda de los cuatro años actualmente contemplados.

Ahora nos encontramos en un momento adecuado para que el Gobierno se pueda plantear reformas de este tipo. Aún faltan dos años para que acabe el plazo máximo de prisión provisional de los imputados por los atentados terroristas de Madrid, pero la experiencia demuestra que el tiempo pasa muy rápido, pero que los procesos penales no avanzan a la misma velocidad. Por ello, y en aras de evitar que dentro de dos años, y ante la situación de alarma y conmoción social, así como de tensión entre los distintos partidos políticos, que ello podría generar, Gobierno y Parlamento deberían empezar a plantearse la respuesta a la cuestión de qué medidas adoptar frente a todos los que hoy se encuentran en prisión preventiva por su imputación en los atentados del 11 de marzo de 2004 en el supuesto de que en estos dos años no se dicte una sentencia, ya sea de condena o absolutoria.

10. El legislador debe abordar definitivamente una regulación de la intervención de las comunicaciones acorde con la importancia de esta medida. La Ley debe garantizar en todo caso que esta medida no se justifique exclusivamente con carácter preventivo, y para controlar a individuos respecto de los cuales se sospecha su vinculación con organizaciones terroristas por su origen árabe. El ordenamiento jurídico actual dispone de los instrumentos suficientes para convertir a ese sospechoso en imputado. Esta transformación no va a afectar a la investigación, en el sentido de que ésta vaya a ser menos efectiva, sino que lo que se va a conseguir es rodearla de todas las garantías y seguir haciendo presente los principios estructurales del proceso penal en un Estado social y democrático de Derecho también en situaciones especialmente críticas y complicadas. Sólo con una precisa regulación de la intervención de las comunicaciones se evitarán abusos por parte de las autoridades policiales que posteriormente puedan ser amparadas por las autoridades judiciales.

La intervención de las comunicaciones en los casos de terrorismo islamista presenta una complejidad importante: el idioma utilizado. Cuando el órgano judicial proceda a autorizar la intervención de las comunicaciones tiene que tener claro que dicha medida va a poder ser efectiva, es decir, que existen los medios humanos y materiales suficientes para después poder traducir el contenido de dichas conversaciones.

11. Con el objetivo de evitar que se frustre el éxito de la investigación policial, y garantizar la intervención judicial controlando las actuaciones de la policía, debería procederse a una ampliación del plazo en el cual las actuaciones del sumario pueden permanecer secretas para las partes implicadas; es decir, a la ampliación del «secreto del sumario». En la actualidad, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el secreto del sumario no se puede declarar por un tiempo superior a un mes. Éste es un plazo excesivamente corto, por lo que sería adecuado alargarlo, rodeando dicha ampliación de las máximas garantías. Esta medida debería ir acompañada con sanciones efectivas para aquellos órganos jurisdiccionales en los que se producen filtraciones de los sumarios.
12. Ni España, ni ningún Estado miembro puede aceptar la situación en la cual un detenido por delito de terrorismo no ha sido informado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten. No tiene, en nuestra opinión, admisión en un Estado de Derecho la ausencia de este tipo de información, sin que, además, se pueda sostener que dicha medida tenga consecuencias efectivas en la lucha antiterrorista.

Esta medida es esencial para evitar que en el marco de la lucha contra el terrorismo islamista pueda querer utilizarse la detención con fines distintos a los admitidos constitucionalmente. Según la Constitución Española, dicha detención «no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial».

13. La atribución para conocer de los delitos de terrorismo debe seguir residenciada en el país en el que los atentados se cometan, sin que, en principio –en nuestra opinión–, sea

posible atribuir la competencia para conocer de estos delitos al Tribunal Penal Internacional, o crear un tribunal de justicia con competencias penales para juzgar los delitos de terrorismo.

14. No se debe admitir en ningún país de la UE la posibilidad de utilizar en el proceso penal pruebas obtenidas violando derechos fundamentales. Es necesario que las autoridades correspondientes de los Estados miembros unifiquen las legislaciones procesales en este punto.
15. Ningún país de la UE debe contemplar la obligación de los jueces de adoptar automáticamente la medida restrictiva de derechos fundamentales solicitada por la autoridad policial.

La restricción de derechos fundamentales debe ser acordada por el juez o tribunal que esté conociendo del proceso. Sólo en casos excepcionales la medida podrá ser acordada por la policía, por el Ministerio Fiscal o por la autoridad administrativa correspondiente, con la obligación, en todo caso, de poner esta circunstancia inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial competente, para que la ratifique o la revoque.

El fundamento de la intervención judicial es el siguiente: poner freno a cualquier exceso en la restricción de derechos fundamentales independientemente del poder del que provenga. Además, ha de ser el punto central de la lucha antiterrorista tanto a nivel europeo como internacional.

16. La UE y cada uno de los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para evitar que la persecución de terroristas islamistas se traduzca en una restricción de los derechos fundamentales de los extranjeros y en una sensación de persecución hacia ellos.

Bibliografía

- Álvarez Conde, E., y González, H. (2006), Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, *ARI*, nº 7/2006, www.realinstitutoelcano.org/analisis/imprimir/891imp.asp3.
- Cañas, G. (2005), *El País*, 19 de julio, 2.
- Castillejo Manzanares, R. (2005), Procedimiento español de emisión y ejecución de orden europea de detención y entrega, Pamplona, Aranzadi.
- Comisión de Interior, CCGG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión núm. 24, 27 de octubre de 2005, bajo la presidencia de la Excm. Sra. D.^a Carmen Hermosin Bono.
- Conclusiones de la Comisión del 11-M.
- Díez de Mera, M. A. (2004), Cooperación europea en la lucha contra el terrorismo: la experiencia española. <http://www.assemblee-ueo.org/en/documents/colloques/cr/2004/mera.html>.
- Díez González, R. (2004), Documento de Trabajo sobre la Estrategia Europea de Lucha contra el Terrorismo (10586/2004-2004/2114) (INI), de 18 de noviembre de 2004, en la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior.
- Documento final de la Cumbre Mundial 2005, Reunión Plenaria de Alto Nivel, 14-16 de septiembre, 2005, www.un.org/summit2005.
- G. J., redacción Papeles de Ermua, (2003), La violencia callejera en Euskadi, diezmada por las medidas antiterroristas, *Papeles de Ermua*, núm. 4, www.papelesdeermua.com.
- González Ayala, M. D. (1999), Las garantías constitucionales de la detención, Madrid, CEC.
- Graf, A. (2001), Guerra y represión: la «USA-Patriot Act» recorta los derechos civiles y ataca las libertades fundamentales en EEUU so pretexto de garantizar la «seguridad nacional». http://www.nodo50.org/csca/agenda2001/ny_11-09-01/legis-EEUU_12-11-01.html.
- Human Rights Watch, (2005), ¿Sentando ejemplo? Medidas antiterroristas en España, vol. 17.

- Lamarca Pérez, C. (2004), Terrorismo, Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, Colex.
- Moral de la Rosa, J. (2005), Aspectos penales y criminológicos del terrorismo, Madrid, CEF.
- Moreno Catena, V. (1988), Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal, *Revista del Poder Judicial*, número especial II.
- Moreno Catena, V. (2005), Derecho Procesal Penal, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2004), Delitos de terrorismo, Derecho Penal. Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Prats Canuts (2004), De los delitos de terrorismo en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Pamplona, Aranzadi.
- Remotti Carbonell, J. C. (1999), Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías, Madrid, Colex.
- Rosenfeld, M. (2005), ¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión, *ARI*, nº 109/2005, <http://realinstitutoelcano.org/analisis/imprimir/812imp.asp>.
- Schrameck, O. (2004), Francia y España luchan codo con codo contra el terrorismo, *Papeles de Ermua*, núm. 6.
- Sorroza Blanco, A. (2005), La UE y la lucha contra el terrorismo: del 11-M al 7-J, *ARI*, nº 92/2005, <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/imprimir/778imp.asp>.
- Vercher Noguera, A. (1991), Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco (Legislación y medidas), Barcelona, PPU.
- Zarzalejos Nieto, J. (2004), Terrorismo y partidos políticos. El Caso Batasuna, *Papeles de Ermua*, núm. 6.

Trabajos publicados

- EP 1/1999 Cuadernos con alternativas 1. *Varios autores.*
- EP 2/1999 Cuadernos con alternativas 2. *Varios autores.*
- EP 3/1999 Bases para una reforma de la política. *Varios autores.*
- EP 4/2000 La educación a debate. *Victoria Camps.*
- EP 5/2000 Un pacto de Estado para la justicia. *Varios autores.*
- EP 6/2000 Sistema Nacional de Salud. *Javier Rey.*
- EP 7/2001 La Universidad Europea del Trabajo. *Varios autores.*
- EP 8/2001 La judicialización en la Unión Europea. Quién gana y quién pierde. *Antonio Estella.*
- EP 8 bis/2001 La liberalización de los servicios de interés económico general. Un modelo progresista dentro y para Europa. *Leonor Moral.*
- EP 9/2002 La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista. Posibilidades y límites. *Violeta Ruiz.*
- EP 10/2002 La participación de los españoles en elecciones y protestas. *Belén Barreiro.*
- EP 11/2002 La Constitución europea y la Carta de Derechos fundamentales. *María Luisa Fernández.*
- EP 11 bis/2003 El proceso constituyente europeo en sentido estricto. Relanzar la integración desde la ciudadanía. *Rosa Velázquez.*
- EP 12/2003 Las nuevas formas de participación en los gobiernos locales. *Eloisa del Pino y César Colino.*
- EP 13/2003 El proceso de globalización. Análisis de las propuestas alternativas al Consenso de Washington. *Carlos Garcimarán y Santiago Díaz de Sarralde.*
- EP 14/2004 El modelo social en la Constitución europea. *José Vida.*
- EP 15/2004 Los procesos migratorios. Alternativas al discurso dominante. *Arantxa Zaguirre.*
- EP 16/2005 La enseñanza de la religión católica en España. *Margarita Lema.*
- EP 17/2005 Ciudadanía y minorías sexuales. La regulación del matrimonio homosexual en España. *Kerman Calvo.*
- EP 18/2005 La financiación de las confesiones religiosas en España. *Alejandro Torres.*
- EP 19/2006 Propuestas para la reforma del sistema electoral español. *Rubén Ruiz.*
- EP 20/2006 Mujer y vivienda. Una aproximación al problema de la vivienda desde una perspectiva de género. *Jordi Bosch.*

