

## **EFICACIA DE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN LOS ASUNTOS JUDICIALES DE LA LUCHA CONTRA EL “TERRORISMO”**

Con el punto de mira en el “11 de Septiembre de 2001” que toma la Declaración de Berlín de la Comisión Internacional de juristas, hoy pretendemos destacar la carga de profundidad contra los Derechos Humanos que ha resultado de la aplicación de las leyes antiterroristas en el Estado Español, a partir del 11-S, en lo que se ha denominado el “nuevo terrorismo” de raíz islamista. Los Tribunales Especiales de la Audiencia Nacional de Madrid ya tenían acumulada su experiencia judicial con ETA, a los que ahora a su balance judicial sumamos el enjuiciamiento por los hechos del “11-M en Madrid” y los que ha presentado a los Tribunales el Ministerio Fiscal de la Audiencia Nacional como delincuencia propia de **organización terrorista de células durmientes propensas y deseosas de practicar la “Jihad” en España o de reclutar jihadistas y mujahidines para las milicias “insurgentes” de Irak o Afganistán.**

**A nivel legislativo**, en la discutida y discutible legislación antiterrorista - propia de las leyes penales de emergencia-, hay que tener en cuenta que la única reforma legal-procesal/penal, que se produce en España, a partir del 11-S, es en el mes de Noviembre de 2003 (no perder de vista que el 11-M es en 2004), introduciéndose por el Gobierno del Partido Popular nuevos delitos y reformándose sustancialmente artículos de nuestras leyes procesales, en materia de terrorismo. A **nivel de Tribunales y de política criminal y judicial**, es también a partir del 11 de Septiembre del 2001 se inicia la investigación / instrucción en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, cuyo titular es el Juez Sr. Baltasar Garzón, a través de su Famoso Sumario 35/01, que con antecedentes policiales de los 10 años anteriores al 2001 por seguimiento a grupos de musulmanes asentados en España, en el cual se llega a procesar a Osama Bin Laden.

### **AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A RESULTAS DE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL Y PENAL ANTITERRORISTA**

Para valorar des de la perspectiva de la práctica judicial esta cuestión, partiremos de las **resoluciones que el Tribunal Supremo Español ha dictado en materia de jihadismo, con incidencia en los Derechos Humanos.**

El Tribunal Supremo español, se ha pronunciado sólo en 4 ocasiones en materia de organización terrorista, de base “islámica”, por lo que de momento, solo estamos en condiciones de hacer un balance muy provisional, sobre la materia que pide la Comisión Internacional de Juristas sobre estos extremos.

**La primera** En el Recurso de Casación 696/2001, Sentencia núm. 1064/2002, de 7 de Junio. “Se condenó por delito pertenencia a grupo armado islámico”: se refería al Grupo Islámico Armado “GIA”, por la práctica de la “Jihad” (Guerra Santa), para acceder al poder político y el establecimiento en España de la Sharia Ley Islámica. Sentencia que el Tribunal Supremo casó en parte la dictada por la Audiencia Nacional, pero que aún el Tribunal Supremo considera expresamente como “grupo armado” a este grupo, como veremos, elemento del tipo penal de los delitos de terrorismo.

**La segunda.** En el Recurso de Casación 1158/2005, Sentencia 556/2006 de 15 de Junio. Se introduce por el Tribunal Supremo el concepto de “integración en organización terrorista”, haciéndose ya plena referencia a los condenados su relación con AL QAEDA, “**su condición de los integrados como “mujahidines”, reclutados y entrenados para la “Jihad” relacionada con el 11-S, creando un profundo “temor colectivo” en las sociedades democráticas –España- para de este modo doblegarlos y someterlos a los postulados de la “Sharia”**”. Sentencia que el Tribunal Supremo, también casa, en parte y absuelve algunos procesados. Hoy recurrida ante el Tribunal Constitucional, continuando aún “procesado” por el Juez Garzón, en esta causa, Bin Laden. Fijense que el Tribunal Supremo ya no habla de “grupo armado” sino simplemente “organización terrorista”, para incluir el concepto de células durmientes en este tipo de delito de terrorismo, Sentencia hoy recurrida ante el Tribunal Constitucional.

**La tercera.** En el Recurso de Casación 1188/2005. Sentencia 829/2006, de 20 de Julio. “Delito de Integración en organización terrorista”, referido al español detenido en Afganistán, entregado a Estados Unidos, padeciendo Guantánamo y devuelto por EEUU a España. El Tribunal Supremo estima que existe nulidad de actuaciones parcial en base al uso como prueba diligencias policiales con origen en Guantánamo, donde estuvo retenido el acusado. Proclama el Tribunal Supremo que la declaración, confesión, del condenado por la Audiencia Nacional en base a su auto-inculpación en Guantánamo, carece, de todo elemento fáctico para llegar al juicio de certeza. Así el Tribunal Supremo casa y anula y absuelve. (Vemos así que en parte se devuelve ese estatuto de garantías procesales proclamadas por los Derechos Humanos al proceso penal).

**La cuarta.** En el Recurso de Casación 10461/2006. Sentencia de 2 de Marzo de 2007. Sentencia nº 119/2007. “Delito de integración en organización terrorista”, declara que “**el condenado Sr. Brahim mantenía una actividad de seguir la estrategia marcada por la organización terrorista “AL-QAEDA”, decidió desarrollar un proyecto de divulgación de la ideología radical y fundamentalista del extremismo islámico y captar a personas musulmanas de todo el mundo**”. El Tribunal Supremo, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional, aunque con dos votos discrepantes de los cinco Jueces Magistrados que revisaron la Sentencia de la Audiencia Nacional. Recurrida hoy ante el Tribunal Constitucional. Sentencia que al contrario de la anterior, se constata un grave retroceso garantista en el Tribunal Supremo, el

cual creemos inmerso también de una visión cultural determinada del Islam en el mundo.

**Resoluciones – Sentencias de la Audiencia Nacional Española hoy en fase de Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo y por lo tanto no definitivas.**

Existen tres Sentencias de los Tribunales de la Audiencia Nacional Española:

**La 1ª**, la dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7/2/2007. En la cual se condena a 5 de los 6 acusados. Esta causa está recurrida ante el Tribunal Supremo, y es una de las causas más paradigmáticas, en cuanto al problema de las garantías procesales y Derechos Humanos. Son de gran importancia sus consideraciones sobre qué se considera delito de terrorismo. Es un caso mundialmente conocido, donde inicialmente son imputados de disponer de armas de destrucción masiva, explicado por el Presidente del Gobierno Sr. Aznar ante las Cortes Españolas, y por Collin Powell en la ONU, para justificar el inicio de la guerra de Irak.

**La 2ª**, la dictada por la Sección 1ª de la Sala de Lo Penal de la Audiencia Nacional (Sentencia 22/2007, de fecha 27 de Marzo de 2007), en la cual, partiendo de precedentes del Tribunal Supremo español en las anteriores Sentencias, de los 8 acusados en 1ª Instancia, ha absuelto a 5 y a los restantes ha reducido la pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Los 8 están en libertad después de prácticamente 3 años en prisión provisional o preventiva. Recurrida actuaciones ante el Tribunal Supremo.

**Y la 3ª**, dictada con fecha 28 de Mayo de 2007, por la misma Sección 1ª de la Sala de lo Penal. Sentencia 39/2007, en la cual en este caso, en una imputación de “integración en organización terrorista” y otros delitos a ciudadanos pakistaníes con residencia en Barcelona y con petición de penas de más de 30 y 40 años –los once acusados-, la Sala absolvió a ocho y a 3 redujo las penas sustancialmente. Todos excepto uno, después de 3 años de prisión preventiva han salido en libertad. Recurrida ante el Tribunal Supremo.

Por último, en estas fechas estamos celebrando un nuevo juicio ante la Sección 3ª de la Audiencia Nacional, proceso que camina por los mismos senderos que los anteriores, en cuanto a una verdadera afectación en el proceso de todos los derechos humanos de los acusados, teniendo en cuenta que el abogado que les habla, viene participando en todos estos asuntos, tanto de la Instrucción como en la Sala de Enjuiciamiento de la Audiencia Nacional como en el Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, entendemos de interés destacar ante Vdes. los problemas más evidentes, que reflejan esta continuada lesión y ataques a las garantías y derechos de las personas detenidas y en prisión preventiva, por atribuirles su condición de mujahidines / jihadistas, y por

lo tanto, identificando al Islam como causa de todos estos percances contra los Derechos Humanos la incidencia del 11-S.

No podemos referirnos al proceso del 11-M –Causa Sumario 20/04- del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional. Hoy, Rollo de la Sala de lo Penal. Sección 2ª 5/05, por razones obvias, de que se trata ya de delitos de las actividades terroristas del atentado de Madrid, respecto del que se está celebrando el juicio y sobre el que seguramente podremos reflexionar doctrinalmente en el futuro con su contenido, aunque lo pongamos de ejemplo en el apartado del “Secreto de Sumario”..

Para ilustrar la afectación de los Derechos Humanos, a results del 11-S, y en clave española 11-M, tanto en lo que afecta por aplicación de la “incriminación por terrorismo”, en lo que es el Derecho Penal Material como el Procesal, desde la perspectiva de la práctica judicial nuestro punto de mira hoy es verificable en la advertencia hecha en la Sentencia del Tribunal Supremo español (antes reseñada de 20/7/2006), que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y absuelve al condenado por integración en organización terrorista de corte islámico donde quiere devolver el proceso penal bajo la protección del “manto” o capa de los Derechos Humanos.

Proclama esta Sentencia en su Fundamento Jurídico Sexto:

*“Sexto.- Analizaremos en primer lugar todas aquellas cuestiones que tienen su origen en la estancia en la base americana de Guantánamo del recurrente: la entrevista policial mantenida por el recurrente en dicho lugar, y las declaraciones de los dos miembros de la UCIE en el Plenario.”*

*La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada.*

*Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero “limbo” en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como “Derecho Penal del Enemigo”. Este derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho.*

*Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la “polis” a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluido de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra.*

*Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:*

*a) Frente al derecho penal del hecho –hecho concreto–, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista.*

*b) Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido.*

*c) Las penas previstas para esa actitud –que no los actos cometidos– pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derechos, y más concretamente de derecho penal.*

*Se trata de una construcción jurídica que parte de una contradicción en sus argumentos que contamina hasta la propia denominación de la doctrina. No se pueden defender desde el Estado los valores de la libertad, convivencia, pluralidad y Derechos Humanos, con iniciativas caracterizadas por la vulneración de los valores que se dicen defender.*

*Esta Sala en la STS 1179/2001 de 20 de Julio ya advirtió de la perversión que supone legitimar los medios en atención a los fines: “... desde la legitimidad de la sociedad a defenderse del terror, esta defensa sólo puede llevarse a cabo desde el respeto de los valores que definen el Estado Derecho, y por lo tanto sin violar lo que se afirma defender ...”.*

*Por ello, el derecho penal del enemigo, vendría a ser, más propiamente la negación del derecho penal en la medida que trata de desposeer a sus posibles destinatarios de algo que les es propio e inderogable: su condición de ciudadanos de la “polis”.*

A la vista de tal precedente del Tribunal Supremo es idéntica la toma de posición de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 10/10/2006, respecto al otro procesado en el mismo procedimiento, y que había sufrido el cautiverio de Guantánamo (Sentencia 36/06, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional – Caso Iksrien). Rollo 42/03 de la Sala.

Así aparece ya por primera vez en la historia de la práctica judicial, y a nivel de nuestro más alto Tribunal, el problema en relación a los Derechos Humanos del Derecho Penal del Enemigo en materia de terrorismo y las legislaciones y su aplicación de las leyes antiterroristas. Pienso que el enfoque de esta Sentencia es el que debería prevalecer desde el inicio de cada investigación judicial, y no cuando llega la causa al Tribunal Supremo ya han pasado años, largo tiempo de cautiverio y de lesión de Derechos Humanos.

Mientras no llega a nuestro máximo Tribunal, comprobamos la huella que deja estampada el funcionalismo del Derecho Penal del Enemigo.

### **LA REALIDAD PROCESAL Y LOS DERECHOS HUMANOS HOY. EFECTOS DE LA “JIHAD”**

Los Derechos Humanos, los Derechos Fundamentales, como dice la doctrina del catedrático español Vives Antón, en el proceso penal y también para el caso de delitos de terrorismo:

*“No son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos, que la Constitución incorpora, sino que tal vez, de modo primario, representan las reglas básicas del procedimiento que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático.”*

Tal como proclama el Tribunal Supremo en la Sentencia antes glosada, la democracia solo puede defenderse con la democracia y no puede admitirse, por constituir una contradicción, el modelo y praxis de una legislación antiterrorista, sin sujeción a los controles y garantías constitucionales. No puede aceptarse la pretendida existencia de tensión amigo-enemigo en los sospechosos de “la Jihad”, convirtiéndoles automáticamente en “fanáticos irracionales”. De aquí solo queda medio paso a calificar al “enemigo” como traidor y aducir que la única respuesta que puede comprender, es la fuerza y dejarse llevar por políticas que la justifican todo.

Por la senda que se transita en las investigaciones referentes a los sospechosos de la Jihad, la afectación al núcleo central de los derechos fundamentales es grave. La presunción de inocencia prácticamente desaparece, y emerge en cambio con toda “normalidad” la presunción de culpabilidad “iure et de iure”, igual como la afectación al derecho a la igualdad y no discriminación, a la legalidad y el principio de proporcionalidad, poniendo en práctica ruina los pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho, que proclaman la mayoría de constituciones europeas, entre ellas la española.

Para sustentarlo nos serviremos de la práctica judicial española de la Audiencia Nacional, en los casos concretos, en materia de terrorismo:

- A)** en la 1ª Fase de la investigación respecto al llamado “Secreto de Sumario”,
- B)** en la prisión preventiva donde se da el primer juicio de imputación,
- C)** las dificultades de las comisiones rogatorias (auxilio internacional en la investigación judicial, y,
- D)** las valoraciones del Tribunal Sentenciador, respecto a los actos de terrorismo calificados respecto al Jihadismo y tal como esta Comisión apunta en el

cuestionario de este Encuentro en el punto de legislaciones y políticas antiterroristas (números 8, 9 y 2).

Lógicamente desde la perspectiva del Abogado defensor en estas causas penales por terrorismo.

Es interesante y de conveniente lectura el estudio realizado y publicado por “Humans Rights Watch”, en el mes de Enero del año 2005 y al cual me remito en sus consideraciones generales y su larga y concreta denuncia en las páginas 39 y ss. del mismo, en cuanto a la práctica desaparición del “habeas corpus”, de las limitaciones del Derecho a una defensa efectiva, al Secreto de Sumario, a la prórroga de la prisión provisional (donde recoge, entre otras, mi opinión sobre todo este desenlace de lesión a derechos fundamentales. Pag. 58 del Informe).

## **I.- Aportaciones concretas sobre afectación a los Derechos Humanos en la Fase de investigación, especialmente referidas al Secreto de Comunicaciones y al Secreto de Sumario.**

### **I.a) Intervenciones telefónicas y Secreto de Comunicaciones.**

Una de las cuestiones más controvertidas y discutidas por los Cuerpos de Seguridad del Estado que discrepan del actual criterio judicial garantístico que hasta la fecha mantiene el Tribunal Supremo Español. En la Sentencia 2ª reseñada de 15/6/2005 del Tribunal Supremo, por parte del Ministerio Fiscal – (Acusación), se utilizó las conversaciones telefónicas intervenidas y grabadas a los acusados (con una autorización judicial de trámite) antes del 2001 (antes del 11-S), por ser “sospechosos” de islam radical y que fueron incorporadas en el Proceso como elemento probatorio de cargo, traducidas del árabe al español en circunstancias especiales, y según la transcripción que consta parcialmente en los Informes de la Policía, no fueron incorporadas al acto del juicio oral, como prueba, las cintas originales de grabación, ni tampoco constaba un control judicial suficiente de las prórrogas realizadas. El Tribunal Supremo en esta Sentencia, sentó el precedente de declarar nulo todo este material probatorio y apartarlo del procedimiento judicial. Sin embargo, no fue lo suficiente contundente, en cuanto a declarar la nulidad de todas las pruebas de cargo derivadas de las conversaciones telefónicas intervenidas, lo que le permitió utilizar para valorar si existía en las pruebas derivadas de las conversaciones, pruebas de cargo que sirvieron para confirmar parcialmente la Sentencia en 1ª Instancia de la Audiencia Nacional.

Vemos que el Tribunal Supremo no aplicó de manera eficaz la teoría de los “frutos del árbol envenenado” a pesar de nuestra previsión legal en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y doctrina legal y constitucional al respecto y no admitió la existencia de conexión de antijuridicidad (término acuñado por nuestro Tribunal Supremo) entre el elenco probatorio de las intervenciones telefónicas y las otras pruebas. Hay un voto particular de un Magistrado de los 5 en el Tribunal, y hoy se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional español, tramitándose el recurso en relación a nuestro art. 18 de

la Constitución española, y la reiterada doctrina de aplicación del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en relación al art. 8 del Convenio y tomando como referente su Sentencia de 30/7/98, "caso Valenzuela Contreras c/ España". En esta Sentencia se evidencia la limitación de este Derecho Humano y Fundamental a resultas de la nueva situación mundial, especialmente, en esta causa, por la clara conexión con el 11-S, según la pretensión del Ministerio Fiscal, que mantuvo la acusación respecto algunos de los procesados como autores de un delito de "conspiración para cometer un delito terrorista", referido a su participación en la preparación de los atentados del 11-S. Constatamos una dirección contraria al criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, que debe enmendarse cuanto antes.

**I.b) El Secreto del Sumario. La investigación judicial seguida sin la presencia de la defensa durante la mayor parte de la investigación antes del juicio.**

En la ley procesal penal española, el Juez puede decretar el Secreto restringido de Sumario durante un mes (art. 302.2), sin acceso a la defensa, para investigar las conversaciones telefónicas de correo e mail de ciudadanos, pudiéndose prorrogar durante meses (así lo ha admitido nuestro Tribunal Constitucional) siempre que se justifique debidamente que "de ser publica la investigación podría ser perjudicial para la investigación judicial". Por otro lado, se suele predicar por los Jueces de Instrucción (Garzón dixit) que transcurrido el tiempo de "Secreto de Sumario", a la defensa le queda el tiempo suficiente para proponer actuaciones y diligencias una vez levantado el Secreto, y antes de concluir la investigación previa a la apertura del juicio, y que no perjudica el derecho humano a la defensa esta actividad judicial sin control de una de las partes del proceso (la defensa). Esto es una falacia.

Estamos ante una grave lesión de los Derechos Humanos con relación con el derecho a un juicio justo (art. 6.1 del Convenio Europeo). Si ya existía antes, en los Juzgados Centrales de Instrucción españoles, un cánón o fórmula procesal de realizar la casi total investigación judicial en Secreto, en causas de terrorismo referidas a ETA y con los casos de investigación actual, después del 11-S y referidos a terrorismo islamista, se ha acentuado mucho más, haciéndose impracticable la mayoría de iniciativas de la defensa en fase de instrucción judicial, respecto las que se predica son innecesarias o que se propongan por la Defensa para el acto del juicio oral. Luego son propuestas a tenor de lo que se indica por el Juez Investigador o Instructor, pero igualmente son inadmitidas para el juicio por el Tribunal Sentenciador. RESULTADO: INDEFENSION.

A título de ejemplo, estas circunstancias han sido una de las quejas en los informes finales de todos los letrados de la defensa en el Juicio del 11-M, que se está celebrando en estas fechas, durante varios meses en Madrid y que actualmente están presentando sus informes finales, donde piden la nulidad de todo el proceso por no haber podido participar como abogados de la defensa en la fase de la investigación, tras una evidente lesión a este derecho humano fundamental protegido por el art. 6.1 de la Constitución.

Tengo en mi mano para este evento o meeting, una resolución judicial del Juez Baltasar Garzón del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 1/3/07, donde refleja claramente esta posición judicial de menospreciar el derecho de defensa y mantener el Secreto indefinidamente de la investigación sumarial. En esta causa existía “Secreto de Sumario” desde antes de la detención de los acusados, en el mes de Junio de 2005. El Juez Garzón continuó mensualmente prorrogando el Secreto de Sumario y contra la citada Resolución cada mes. Los abogados de las defensas presentaron igualmente Recurso contra las citadas Resoluciones judiciales, quedando sin resolver los Recursos hasta el mes de Marzo del 2007 al cabo de un año, que en una sola Resolución el Juez Garzón deniega los Recursos y continua el Secreto de Sumario sin motivación suficiente, hasta que será levantado el secreto a finales de Mayo de 1997, cuando ya aparece prácticamente terminada la investigación judicial (aunque formalmente no lo está). Esta resolución, que a nuestro criterio es un fraude al proceso penal, tenemos decidido recurrirla hasta el TEDH para aclarar para siempre este “modus operando”.

A parte de una clara falta de motivación que explique y justifique una tardanza de más de 2 años en devolver la publicidad a la investigación judicial, tal como se establece en la Sentencia del TEDH de 9/11/2000 contra Turquía, ante estas situaciones que se proclama que existe la violación del art. 6.1 del Convenido, al fallar durante tanto tiempo el reconocimiento del principio de contradicción o de igualdad de armas, al no facilitarse a las partes interesadas todo el material que consta en el mismo. En el mismo sentido la Sentencia del T.E.D.H de 13/2/01 contra Alemania. Este es el primer gran escollo, que debe superarse hoy al menos en España si queremos un proceso equitativo también en delitos de terrorismo. No vale en este sentido la justificación que “soto voce” fuera del proceso se ofrece alegando los problemas típicos de gestión o diligencias de prueba en el extranjero, las llamadas “Comisiones Rogatorias”.

### **Las Comisiones Rogatorias o auxilio judicial internacional.**

Tanto el Convenio de 1959 como el Convenio del 2000, en materia de asistencia judicial penal en la Unión Europea, resultan hoy insuficientes, provocando una tramitación demorada en el tiempo y sembrando, además, graves problemas respecto a la participación de la defensa en la tramitación de las diligencias en el extranjero, en función de si es aplicable la legislación del país requeriente o requerido (como en el caso de España, exige la presencia del abogado defensor y no en otras legislaciones comparadas), con el problema del valor de esta “prueba” obtenida sin las garantías procesales que exige nuestro Ordenamiento Constitucional y Procesal Penal. Este es un grave dilema que en materia de terrorismo ha afectado centralmente el caso de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7/2/2007, donde ha sido fundamental para condenar a los acusados y para destruir el derecho a la presunción de inocencia, una prueba testifical declarada válida, practicada en

Siria y no ratificada en Francia, donde simplemente fue unida como prueba de cargo en un proceso penal, siendo posteriormente utilizada como prueba documental básica en este juicio en España.

Se condena a los imputados y acusados por las manifestaciones de este testigo, imputado en Francia, donde relataba, en Siria, sin ningún tipo de garantías, que los había conocido y había pasado unos días en su domicilio de España. En esta investigación, ni en Siria ni tampoco en Francia, se pudo intervenir por la defensa de los acusados en España. En cambio, a pesar de faltar la garantía del Derecho a la defensa, fue utilizada en la Sentencia (hoy se encuentra en Recurso de Casación), sin ni tan solo haber sido propuesta su lectura por el Ministerio Fiscal, como prueba a practicar en el plenario del juicio como prueba documental, y así acreditar el requisito de estar sometida al principio de contradicción de las partes. Lógicamente vemos por lo tanto que en este apartado, no hay ninguna duda, que conculca al art. 6.1 del Convenio y que merece un toque de atención, si es que se quiere salvaguardar este principio básico del proceso penal de igualdad de armas, en este caso una parte claramente desprotegida: la defensa. También es imprescindible una respuesta unitaria y definitiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, a esta cuestión para “salvar” de este difícil momento al derecho a la defensa, en las causas de terrorismo.

## **II.- La prisión provisional. La prisión preventiva. Una medida cautelar del proceso o una simple medida de seguridad predelictual. El problema o agravación con su prórroga.**

Esta medida cautelar que afecta al derecho fundamental de la libertad personal, ya en sí discutiblemente legítima, en muchos casos acordados ante indicios de unos determinados delitos en materia de terrorismo, este derecho a la libertad se encuentra severamente afectado, y de una manera evidente tal como vemos en la práctica de la Audiencia Nacional de España, la cual la dicta y mantiene en base a conceptos jurídicos indeterminados, sin motivación suficiente, como “LA GRAVEDAD DE LA PENA” y el “RIESGO DE REITERACIÓN DELICTIVA”.

### **A) Evitar el riesgo de nuevos hechos delictivos**

En nuestra legislación, tal como se establece y se regula como una medida cautelar procesal, en materia de terrorismo la prisión provisional se convierte en una verdadera medida de seguridad predelictual, cuando se regula en el artículo 503.2 de la vigente Ley Rituaria Criminal (después de las Reformas introducidas por L.O. 13 y 15/2003), cuando proclama que una de las finalidades de la prisión preventiva es “para evitar el riesgo que el imputado

cometa otros hechos delictivos". De todos es sabido que evitar la comisión de nuevos delitos es una función de prevención especial atribuida a la pena y que por lo tanto solo puede realizarse a partir de la existencia de una Sentencia. No puede ser legítimo que el fin de la pena, la privación de libertad de una persona, sea utilizada ilegítimamente contra quien se sospecha que quizá un día cometerá un delito. Uno no puede dejar de pensar en el derecho penal del "enemigo" en palabras de un ilustre Fiscal español Antonio Gisbert Gisbert, en su vertiente procesal, cuando el legislador se refiere al precisar "**las condiciones para quienes vienen actuando concertadamente contra otra y otras personas que de forma organizada para la comisión de hechos delictivos**".

**B) La gravedad de la pena a imponer.** Es de todos conocido, que para determinar el riesgo de fuga no puede hacerse solamente en el caso concreto de la prisión preventiva, en la gravedad de la pena, sino merece tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S.2.I 6.68 – Caso Neumeister) STEDH 8/6/95 – asunto Sargim 27/6/87. Caso Wenhoff 26/1/92 – Caso Toman "No se puede apreciar el peligro de fuga basándose únicamente en la gravedad de la pena ..." sino en el cómputo de circunstancias personales, sociales y patrimoniales. Criterio contrario, como veremos, al sustentado respecto la práctica totalidad de los detenidos por la Audiencia Nacional.

En el caso concreto de la medida de prisión provisional que comentamos hoy, es una causa de terrorismo D.P. 152/04 – Juzgado nº 5 Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de Madrid, que se acuerda la prisión provisional a Yagoub G el día 19/6/2004 "**por su presunta integración en la organización terrorista ANSAR EL ISLAM, ya que de los "correos" investigados se infiere claramente como el imputado sería el encargado de organizar vías de entradas en Irak, de personas previamente reclutadas por otras personas**". "Correos" que por cierto nunca ha podido conocer el Sr. Yagoub G. Presentando Recurso contra la decisión judicial de prisión provisional. El Tribunal Superior confirmó esta medida cautelar, el día 11 de Octubre de 2005, pero ampliando extensamente los indicios, que ni tan solo habían sido señalados por el Juez Instructor que impuso la prisión preventiva (una sorprendente "reformatio in peius"). Solicitada nueva petición de libertad del acusado, después de más de un año y medio, se denegó nuevamente y el Tribunal de Apelación de la propia Audiencia Nacional en sesión de 7/3/2007, desestimo el Recurso nuevamente (a pesar que toda la investigación continuaba después de 20 meses en Secreto), y se le imputa más y diferente "**que entre otros cometidos se dedica al traslado de mojahidines para la Yihad ...**" "**... mantener reuniones con destacados miembros de la célula de ANSAR EL ISLAM en Barcelona, el hecho de mantener correo electrónico con Kamal Ahbar, quien el recurrente lo reconoce y le enviaba individuos que deseaban trasladarse al IRAK para realizar la Yihad y entiende que existe riesgo de fuga y de reiteración delictiva**" y mantiene sin más, en prisión preventiva casi dos años más.

Ello nos permite decir que hoy, judicialmente, en los casos de terrorismo, que no se trata de una medida cautelar propiamente dicha sino que coincide, tal como vino a denominar en “Derecho y Razón” Ferrajoli, como una medida de “cárcel sin proceso”. Se priva a la persona de su libertad mientras se averigua si merece que se le condene por privación de libertad. Al margen de la previsión legal de motivo para la prisión preventiva, “el riesgo a la reiteración delictiva”, totalmente, a mi entender, contrario a los Derechos Humanos.

Más que nunca, aparecen las valientes reflexiones de un Magistrado Español, evocadas en un artículo “Detención y prisión provisional” en Cuadernos de Derecho Judicial de 1996, cuando sobre la prisión provisional, recordaba que **una reflexión como esta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de ilegitimidad y tan contaminante como la prisión provisional, termina siendo inevitablemente y aún en el menor de los casos “trabajo sucio”.**

### **C) La prórroga de la prisión preventiva (de 2 a 4 años)**

Para los delitos de terrorismo, “el plazo razonable” de la prisión provisional, según lo establecido en el Convenio, se permite prorrogar en España hasta 4 años. Llegados a los dos años de prisión preventiva, antes de este término la Ley Procesal Penal exige una vista ante el Tribunal para decidir sobre la libertad o la prórroga de prisión provisional. No está previsto en nuestro sistema una revisión “periódica” como lo aconsejó el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ya en su Recomendación 11, de 27 de Junio de 1980, y no únicamente no se cumple este requisito, sino que, lamentablemente, en la única ocasión que sería legalmente posible al cumplirse los dos años, al menos en materia de terrorismo, se convierte en un mero trámite administrativo para dar cumplimiento a la ley, y a pesar de las quejas que intentan, en alguna ocasión, formular los abogados de las defensas.

En el caso concreto de Yagoub G, fue convocado por el Juez Sr. Garzón juntamente con otras 12 personas imputadas en la causa, para un mismo día, de 10 de la mañana a las 13 horas, en un acto que se confundía con otro “trámite” de declaración por imputación o procesamiento. Con lo cual, el acto de “revisar” su situación personal no duraba más de entre 5 a 10 minutos, después de 2 años de prisión provisional y en investigación secreta, para luego en la misma mañana serle comunicado que vista la gravedad de la pena, así como el “hecho de que la acción delictiva se inserta en la dinámica de una organización terrorista, unido al “hecho” de la “posibilidad” de “riesgo de fuga” y la consiguiente sustracción a la acción de la justicia, así como la posibilidad de reiteración delictiva en su persona ... se prorroga la prisión provisional hasta el tiempo máximo que autoriza la Ley. Con estas tres frases, se condena “sin proceso” a 2 años más de prisión.

## **EL ABOGADO. DERECHO DE DEFENSA Y TERRORISMO**

Merece una especial reflexión, el papel del abogado de la defensa, tal como queda reducida su función, en procesos de terrorismo donde, tal como hemos denunciado, toda la investigación judicial que servirá para presentar las pruebas de cargo en el juicio aparece, y queda prácticamente al margen, por estar la investigación secreta. No puede tener acceso a todas las investigaciones técnicas de la Policía. No puede conocer los resultados de las mismas y proponer pruebas periciales en esta fase de la investigación. ¿Porqué el abogado no puede participar en la práctica de las comisiones rogatorias internacionales?. ¿Qué papel le queda en muchos países ante la limitada intervención que tiene en las Ordenes Internacionales de Entrega?. ¿Qué queda de la defensa técnica del detenido en el Estado de Derecho que por definición se contrapone a la iniciativa agresiva a los Derechos del ciudadano que presenta el proceso penal en manos del Estado?. ¿Qué le queda al abogado penalista en el proceso de delitos de terrorismo como sostén de la libertad individual, donde la defensa garantiza precisamente la otra cara de la libertad?. La respuesta es simple y trágica: NADA (a pesar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio Europeo, y el Pacto Internacional, etc).

Por último en este contexto del procedimiento especial por delitos de terrorismo yihadistas – Fase de inculpación, hay de denunciar los problemas propios a un procedimiento donde las personas afectadas no “comprenden” la lengua española, algunos ni tan solo entienden nada el español -aunque cuenten en sus declaraciones formales con intérprete-, buena parte de ellos tienen toda su familia fuera de España, y no existe ninguna asociación ni grupo de apoyo, porque a la primera todo el mundo pasa a ser de sospechoso a enemigo. Por otro lado, en la detención no pueden disponer de abogado de confianza, solo pueden actuar abogados del Turno de Oficio y solo en los momentos para elevar a formal su declaración policial o judicial. Todo ello durante un período de incomunicación, que entre la 1ª Fase policial y la Judicial puede extenderse hasta “once días” y donde le llegan “mensajes” al detenido y aislado de la larga condena que le espera, de la posible extradición a otros países –suenan Guantánamo-. Todo además conociendo la experiencia de los “vuelos de la Cia”, la invitación a “admitir” lo menos a cambio de quedarse un tiempo en la cárcel parece que es de pura lógica en estos momentos tan graves y suena a música celestial. En todos los casos aparece, con más o menos intensidad, esta realidad que, aunque solo excepcionalmente, aparece acompañada por denuncias de torturas clásicas (en 3 ó 4 ocasiones), las vejaciones y presiones psicológicas aparecen de manera constante en los relatos que explican nuestros defendidos. En todos y cada uno de los casos a que responden las anteriores situaciones, su denuncia ante el Tribunal sentenciado sin embargo no ha servido para anular como prueba sus declaraciones ante el Juez Instructor (normalmente el Sr. Baltasar Garzón). Hoy, España se niega a llevar a la práctica el Protocolo contra la tortura que debía cumplir a partir del 15 de junio de este año.

**Ni que decir que si recogemos o contemplamos la doctrina del T.E.D:H. en la Sentencia de 3/5/2001. J.B. vs Suiza de 8/2/1996, sobre**

**Miway vs Reino Unido de 17/12/96 Sannden vs Reino Unido de 20 de Octubre de 1997 Server vs Francia de 21/12/2000 Henay y Mc Guimen vs Irlanda de 3/5/2001 Saun vs Irlanda y de 8 de Abril de 2004 Wech vs Austria.** A la vista de lo denunciado tenemos que llegar a la conclusión que hay una clara y permanente lesión al núcleo de la noción de proceso justo del art. 6.1 del Convenio cuando proclama que el art. 6.1, tal como magníficamente sintetiza la Sentencia del T.C. Español de 1/2/05 “**que el derecho a no autoincriminarse y presupone que las autoridades logren probar su caso, sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión contra la voluntad de la persona acusada**”.

Ante el trato recibido judicialmente, ante estas evidentes realidades contra los Derechos Humanos, a uno le parece que el discurso de partidarios del Derecho Penal del Enemigo como H.H. Leisch, autor y académico alemán, que defiende como un discípulo aplicado de Jakobs, “que la presunción de inocencia resulta como principio opuesto a la exigencia de veracidad en el proceso”, calificando al autor de una acción delictiva en una organización modifica la estabilidad del Derecho, y que “Solo en la medida que el individuo acepta el “orden social constituido” adquiere el estatus de persona. De lo contrario, el ordenamiento carece de razones para defenderlo”, ha llegado quizá de manera silenciosa pero demasiado efectista al punto de encuentro, cuando se tramitan delitos de terrorismo en nuestros Tribunales.

### **Los Derechos Humanos y el Derecho Penal**

Nos quedaría poder reflexionar, en voz alta, sobre el Derecho Penal Material o la aplicación distinta que se está haciendo por los Tribunales del delito de terrorismo, tanto en lo que hace referencia a delito de asociación ilícita, organización terrorista y el delito de integración de organización terrorista (art. 515 y 516 del Código Penal Español y de los matices claros y diferenciados con la doctrina legal del Tribunal Supremo respecto al terrorismo de ETA y aquí seguramente es donde aparece una nueva dirección desde el 11-S, en cuanto a estos delitos afectando al principio de legalidad – taxatividad – principio de proporcionalidad, especialmente en cuanto a las penas y de su larga duración. Sin embargo, solo apuntaré dos cuestiones:

Desaparece de esta jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante el fenómeno de la “Yihad”, los criterios de estructura y jerarquía y “banda armada” a efectos de configurar la asociación ilícita terrorista. Así partimos de banda armada terrorista, que pasa a configurarse a partir del 11-S solo como organización terrorista, destacándose y centrándose, especialmente en el elemento subjetivo y teológico, la finalidad y voluntad de la persona o grupo terrorista. Este es el núcleo o problema central en este punto para poder considerarse como actividad terrorista las hoy denominadas “células durmientes” –voluntad de estar preparado para y en cualquier momento y lugar realizar actos de destrucción masiva-.

Es prácticamente imposible una defensa ante una acusación centrada en el elemento subjetivo y muchas veces con entornos tan imprecisos de “la Jihad”, “Islam radical”, “La Sharia”, “La guerra santa”.

Así, en la Sentencia de la Audiencia Nacional – S. 35/01 – Rollo 64/04 de 26/9/05 (Sec. 3ª).

*“La finalidad perseguida por el grupo conformado en España era mucho más ambiciosa que la que se requiere jurisprudencialmente, por que es la misma que busca de manera incesante Al Qaeda. No se trata de prevenir el orden constitucional de España, se pretende desestabilizar el orden mundial, practicando un terrorismo mucho más atroz del que estamos tristemente acostumbrados en nuestro país, en aras a conseguir imponer a todos una religión y una forma de vida, con desprecio absoluto a los más elementales “principios humanos””.*

En el 2005 fueron condenados por la valoración de “hechos” como haber frecuentado campos de “entrenamiento” en Bosnia en los años 1995 (cuando ni tan solo se conocía mundialmente AL-QAEDA).

La Sentencia de la Audiencia Nacional – S. 7/03 – Rollo 9/03 – 31/3/06 (Sec. 2ª).

*“Así cuando fue detenido A. Brahim el 13/4/02, estaba creando para difundir en Internet una página Web, donde escena los contenidos del Islam más radicales y extremistas, aquel que propugna la Jihad, en su acepción de guerra contra todos aquellos que no compartan sus creencias, sus prácticas religiosas y su forma de vida en cualquier parte del mundo.”*

Fue condenado por integración en organización terrorista art. 515.2 y 516.2 del Código Penal, por la valoración del “hecho” que se le había intervenido un programa de página web paralizada en el 2000.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 16/2/07, confirmó la Sentencia después de un ajustado debate en un Tribunal de 5 miembros, donde dos Magistrados discreparon y mantuvieron su voto particular considerando que no podía ser condenado por un delito de integración en banda armada y con una propuesta de interpretación del delito ajustada a los precedentes habituales del Tribunal Supremo. Actualmente se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional.

Por último, la Sentencia de 7/2/07 de la Sec. 1ª de la Audiencia Nacional. Sumario 3/04 – Rollo 13/04, se hace significativa entre otras cuestiones, en cuanto a la cuantificación o motivación de la pena a imponer el máximo del

tramo medio de 10 años por el delito de integración en banda armada (mínimo 6 años y máximo 12 años) 10 años pedidos por el Ministerio Fiscal.

La motivación y explicación, a mi modo de ver, es inteligible cuando dice que se impone en el máximo pedido por el Ministerio Fiscal, dice que se estima proporcionada.

*“en base a las circunstancias personales de los acusados con adscripción temporal, larga o movimientos extremistas y alguno de ellos a facciones armadas, así como la organización y estructuras solapada cuya detención, prácticamente imposible por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, determina un plus de ataque al sistema democrático.”*

Ya hemos comentado este caso en la problemática de la prueba de la Comisión Rogatoria. Inicialmente la causa fue archivada después de 3 a 5 meses de prisión provisional, y de ser imputados públicamente ante el Congreso de Diputados por el Presidente del Gobierno Sr. Aznar, como portadores de armas de destrucción masiva y que igualmente su caso, recitó como justificación de la guerra de Irak ante la ONU por el Secretario de Estado americano COLIN POWEL, que posteriormente en base a un Informe del FBI, se insistió que tenían elementos para la fabricación de NAPALM casero y en base a ello el Sr. Baltasar Garzón, los envió a situar en prisión y que la Sala en el juicio desestimó que tuvieran ningún elemento para fabricar explosivos, pero los condenó por haber tenido unos días en su vivienda a personas supuestamente condenadas en Francia.

En resumen, hoy les planteamos estos graves problemas evidenciados en materia de la práctica judicial en materia de terrorismos en España.

Ni que decir que todo comentario sobra, tanto sobre legislación como aplicación judicial en materia de terrorismo. En este punto final, y a la espera del Dictamen Final de esta Comisión, quiero recordar las palabras de Lord Hoffman, Juez de la Cámara de los Lords, cuando en diciembre del 2004 anuló la legislación británica declarando nula una norma antiterrorista, por la que se autorizaba al Gobierno a detener extranjeros –no ciudadanos- por tiempo indefinido, y sin derecho a juicio: **“la mayor amenaza a la vida de la nación no son los terroristas sino leyes como éstas”**.

Sebastià Salellas Magret  
Abogado