

## **Terrorismo y justicia\***

*Manuel Morón Palomino*

Catedrático Emérito de Derecho Procesal

### **Grandeza y servidumbre del estado de derecho**

El artículo 1.1 de nuestra Constitución proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, lo cual significa sometimiento de los poderes públicos, tanto en lo que hace a su organización como en lo que concierne a la actividad que a los mismos corresponde, al imperativo de las normas jurídicas. De ahí que el artículo 9.1 del propio texto constitucional prescriba que los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

El Estado de Derecho, frente a lo que ocurre en el modelo de Estado autoritario o dictatorial, autolimita el uso de la fuerza de que dispone en régimen de monopolio, puesto que prohíbe su ejercicio arbitrario, y se somete siempre no sólo a la legalidad, sino a la eventual fiscalización a cargo de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial. Estos, conforme al artículo 117.1 de la Constitución, resultan igualmente sometidos al imperio de la ley.

---

\* Texto base de la ponencia desarrollada en las Jornadas sobre «Intolerancia y Derecho», organizadas en homenaje al Profesor Tomás y Valiente por el Instituto Europeo de Ciencias Jurídicas Carlos V y celebradas en Las Palmas de Gran Canaria durante los días 5, 6 y 7 de junio de 1996.

Una tal autolimitación o renuncia al uso y ejercicio arbitrario del poder constituye paradigma de la organización política de la sociedad democrática moderna y reconocimiento al propio tiempo del valor primario que en una correcta escala de valores ha de reconocerse a la persona humana y a su dignidad. He aquí la grandeza del Estado de Derecho.

Pero al Estado de Derecho y a los poderes mediante los cuales el mismo actúa concierne, según dispone el artículo 9.2 de la Constitución, además de otros cometidos, el de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, así como el de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Como sin dificultad se advierte, el más grave quebranto que puede experimentar el ejercicio de la libertad y al propio tiempo el más severo obstáculo que cabe oponer a la convivencia social en régimen no sólo de libertad, sino también de justicia, que es otro de los valores supremos del ordenamiento a tenor del artículo 1.1 de la Constitución, es el representado por el delito, en cuanto comportamiento humano que resulta lesivo de determinados bienes jurídicos singularmente vitales e importantes, cuya protección requiere que se establezca, aparte de otros mecanismos preventivos y correctores, y siempre bajo el principio de intervención mínima (última *ratio legis*), un adecuado sistema de penas y medidas de seguridad. No otra es la justificación del Derecho Penal, cuya aplicación exige el proceso (*nulla poena sine iudicio*): el seguimiento de un proceso con todas las garantías, según dispone el artículo 24.2 de la Constitución.

Quiere ello decir que el Estado de Derecho emprende la lucha contra el delito a partir precisamente del Derecho y por tanto sometido a las limitaciones que el mismo impone: en una posición, pues, de desventaja con respecto al agresor. Tal vez ello pueda resultar paradójico y a veces incluso irritante; pero lo cierto es que se trata de un postulado inexcusable de legalidad e incluso de un imperativo ético y de coherencia con la aspiración a la convivencia civilizada, porque de no admitirse esta regla y su inderogabilidad, es decir, de aceptarse que la lucha contra la criminalidad puede discurrir al margen del imperio de la ley, de inmediato se advierte que a la alteración de la paz que el delito de suyo desencadena, habrá que añadir el riesgo de regresión a regímenes dictatoriales de ingrato recuerdo, cuando no al sistema irracional y primitivo de la justicia de linchamiento, que no otra cosa es la justicia que se imparte sin previo proceso o mediante una ficción o simulacro de proceso. No hace falta detenerse a considerar la espiral de violencia que tales situaciones pueden originar. La restricción o limitación de la acción estatal frente al ilícito penal constituye, pues, una exigencia inexcusable del Estado de Derecho y en ella reside precisamente su servidumbre; una servidumbre que sin duda genera dificultades pero que de ninguna manera ha de traducirse en inoperancia frente a los comportamientos delictivos, sea cual fuere la índole de éstos y por tanto sin que deba hacerse excepción de la llamada delincuencia terrorista, de la cual se ocupa este trabajo.

### La lucha frente al terrorismo desde la legalidad: idea general

A partir de lo expuesto en las líneas que preceden y como idea previa e inexcusable a cualquier reflexión en torno al gran tema de la lucha contra el terrorismo desde la legalidad, se hace necesario dejar sentado que una tal empresa se sitúa fundamentalmente en el ámbito del derecho penal sustantivo, más concretamente, en el régimen de sanciones que el mismo contiene. Con acierto expresa esta idea Carmen Lamarca al señalar que la respuesta al terrorismo difícilmente puede consistir en otra cosa que no sea la agravación de las penas<sup>1</sup>, aseveración que adquiere pleno significado a la vista de los fines de prevención general y de prevención especial que a la pena resultan asociados y que, por lo que hace a nuestro derecho positivo, se comprueba teniendo en cuenta el tratamiento que la materia recibe en el Código Penal (artículos 571 a 580), que incorpora a su texto la normativa sobre terrorismo desde el punto de vista jurídico material, de acuerdo con la técnica utilizada en las Leyes Orgánicas 9/1984, de 26 de diciembre, y 3/1988, de 25 de mayo, y frente al criterio de legislación extravagante seguido con anterioridad.

Por lo que se refiere al proceso penal, al proceso penal de nuestro tiempo, debe recordarse que el mismo en ningún caso es instrumento de represión de la delincuencia, sino ámbito de garantía de los derechos individuales y de obtención de un resultado judicial que resulte ajustado a derecho. Como pone de relieve Ramos Méndez, «la concepción tradicional del *ius puniendi* del Estado, es decir, la represiva del proceso penal, no concuerda con el actual diseño constitucional». «No se trata ya –prosigue el profesor de Barcelona– de imponer o no una sanción penal a alguien bajo el punto de partida de presuponer su condición de delincuente, sino de enjuiciar la conducta de quien, mientras no se demuestre lo contrario, es inocente del delito del que se le acusa»<sup>2</sup>.

En cuanto a medidas de otra índole, por ejemplo policiales, o de cooperación internacional, conviene precisar que, lejos de constituir fin en sí mismas, se arbitran en servicio de la actuación procesal y de la mayor eficacia de ésta, y de ahí que esta perspectiva deba ser tenida en cuenta al tiempo de ejercitarse el control que el legislador encomienda al juzgador al tiempo de su adopción. Otra medida eficaz de actuación antiterrorista, ésta de carácter político antes que jurídico, consiste en la cooperación de los partidos políticos, a la que se refiere Vercher Noguera<sup>3</sup> y de la que es buen ejemplo en nuestro país el famoso Pacto de Ajuria Enea.

---

<sup>1</sup> «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1989, pág. 967.

<sup>2</sup> *El proceso penal. Lectura Constitucional*, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 4.

<sup>3</sup> «Terrorismo y reinserción social en España», *La Ley*, 1994, pág. 978.

Hemos esbozado un repertorio de ideas, ciertamente abreviado –pienso que también sencillo–, cuyo desconocimiento puede dar lugar a que la respuesta al terrorismo no siempre resulte coherente, uniforme y eficaz<sup>4</sup>.

### El terrorismo en el nuevo código penal

La sección 2ª del capítulo V del título XXII del Libro I del nuevo Código Penal desarrolla el epígrafe denominado «de los delitos de terrorismo». Sin embargo, pese a la idea que tal enunciado sugiere, es lo cierto que en el actual sistema penal español no existe un tipo genérico de terrorismo como delito, sino una pluralidad de delitos de diversa índole, cualificados bien por la relación del sujeto activo con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz social (artículos 571 a 576), bien por la concurrencia de estos propósitos en el agente que no pertenece a ninguna de las indicadas agrupaciones (artículo 577). De suerte que el tipo básico se obtiene por remisión a los estragos, los atentados contra las personas o el patrimonio, etc. La pertenencia, el servicio o la colaboración con la banda armada o con la organización terrorista constituyen circunstancias que el artículo 571 y otros incorporan a la descripción legal, puede decirse que como modalidades de la acción, según la terminología propugnada hace años por Luis Jiménez de Asúa<sup>5</sup>. Modalidades de la acción –cabe añadir– a tener en cuenta por los diversos operadores jurídicos que intervienen en materia de terrorismo: fundamentalmente el juzgador al tiempo de calificar en la sentencia la conducta del acusado, pero también el órgano de la instrucción penal, dado el papel indiciario que a la tipicidad corresponde según la formulación llevada a cabo por Max Ernst Mayer en la primera edición de su Tratado, es decir, la de 1915<sup>6</sup>, doctrina que será reafirmada por Maurach en Alemania<sup>7</sup> y por Rodríguez Mourullo en España<sup>8</sup>, y de la que yo mismo hice uso en un trabajo de hace años mediante el que traté de fijar el alcance del «indicio racional de criminalidad» al que se refiere el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> En este sentido Garzón Real, «La nueva legislación antiterrorista», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje a Rodríguez Devesa*, I, 1983, pág. 333.

<sup>5</sup> «El valor forense de la tipicidad y la interpretación de la ley penal 11.210», *El Criminalista*, II, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1950, pág. 52.

<sup>6</sup> Citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pág. 349.

<sup>7</sup> *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de Córdoba Roda, I, Barcelona, 1962, pág. 349.

<sup>8</sup> *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, pág. 233: «La circunstancia –dice el autor– de que en el caso concreto una acción sea típica, es decir, coincida con la descrita en el tipo penal del injusto, es un indicio de que, por ello mismo, es también antijurídica».

<sup>9</sup> «Procesamiento y dogmática penal», *Revista General de Derecho*, número 190-191, págs. 11 y ss. y número 192, págs. 784 y ss.

El dolo, en el sentido genérico de saber lo que se hace y de querer hacerlo<sup>10</sup> será el adecuado a la figura delictiva o tipo penal de que se trate en cada caso. Con independencia del dolo pero en estrecha relación con él habrá que considerar el móvil o finalidad que ha sido destacado antes: subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz social.

La cuestión del móvil adquiere relevancia desde el punto de vista definitorio del llamado delito político, cuya conexión con el terrorismo, sobre todo desde los propios postulados terroristas, resulta sobradamente conocida y debatida. En efecto, en el marco de una concepción subjetiva se entiende por delito político aquél que se comete con una finalidad política, sea cual fuere la naturaleza del bien jurídico lesionado. De acuerdo con esta perspectiva, las conductas incriminadas en los artículos 571 y siguientes del Código Penal, en cuanto dirigidas a subvertir el orden constitucional, podrían ser estimadas como manifestación de la delincuencia política, merecedoras por tanto –y aquí reside el matiz práctico de la cuestión– del régimen privilegiado que en materia de extradición fue asignado históricamente a esta modalidad delictual<sup>11</sup>. Pero el caso es que en la actualidad y por lo que hace a los sistemas democráticos, abiertos siempre a la posibilidad de las alteraciones o cambios políticos que se propugnen por las vías institucionales autorizadas, la acción violenta carece de justificación y de ahí que el artículo 13.3 de la Constitución, luego de sentar el principio conforme al cual se excluyen de la extradición los delitos políticos, añade que no serán considerados como tales los actos de terrorismo. Se trata de una norma que reitera el artículo 4 de la ley 4/1985, de 25 de marzo, de extradición pasiva.

Precisamente porque la delincuencia terrorista no merece trato privilegiado, antes al contrario, reclama un sistema de punición riguroso, más severo incluso que el ordinario, resulta incoherente desde el punto de vista de los principios y por ello censurable el régimen singular que el artículo 579 del Código Penal dispensa al llamado terrorista arrepentido<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17ª ed., Madrid, Dykinson, pág. 459.

<sup>11</sup> Resulta del mayor interés para este punto el informe elaborado por Jiménez de Asúa relativo a la Conferencia Internacional para la represión del Terrorismo, celebrada en Ginebra los días 1 al 16 de noviembre de 1937. En esta ocasión, el ilustre penalista empleó su mejor dialéctica en un razonamiento tendente a demostrar que el terrorismo no es delito político, sino la degradación del mismo, excluyente por tanto de la extradición: «Terrorismo (Informe al Gobierno de la República Española)», *El Criminalista*, IX, Buenos Aires, Tipográfica editora argentina, 1951, págs. 63 y ss.

<sup>12</sup> Véase Rosa Fernández Palma, «El terrorista arrepentido en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994», *Cuadernos de Política Criminal*, 1995, págs. 915 a 931.

### Perspectiva procesal genérica

El proceso penal moderno no es ni puede ser instrumento de represión y lucha frente al delito, sea éste de la índole que fuere, dado que su función, como antes se señala, es garantista<sup>13</sup>, no represiva. A esta idea responde el artículo 24.2 de la Constitución al proclamar que todos tienen derecho a un proceso público con todas las garantías. Se trata de la versión castellana del «debido proceso» (due process of law), recogido en la mayoría de las Constituciones de los países de nuestro entorno cultural y cuya inspiración se remonta a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, reafirmada en las enmiendas V, VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Sentado lo anterior, de inmediato se hace necesario destacar que si bien la norma constitucional viene expresamente referida al proceso, y el proceso, en el marco de la cultura jurídica actual y conforme al repertorio de precisiones terminológicas a ella correspondiente, constituye un concepto perfectamente delimitado y diferenciado del de procedimiento, y, por lo que se refiere a la jurisdicción penal, separado de la instrucción, su aplicación entra en juego tan pronto tiene lugar la inculpación, esto es, el acto de atribución de la comisión de un hecho aparentemente delictivo a un sujeto determinado.

Como pone de relieve Emilio de Llera Suárez-Bárcena, fuera del procedimiento ordinario por delito, en los restantes procedimientos no existen actos formales de inculpación<sup>14</sup>. Pese a ello, en el proceso penal de nuestro país, desde la citación coercitiva, a la que se refieren los artículos 486 a 488 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la situación de inculpación existe, y por ello, como inexcusable respuesta frente a la misma, ha de reconocerse al inculpado el correlativo derecho de defensa. De no admitirse así, esto es, si a la inculpación no siguiera la posibilidad jurídica de oponerse a la misma, asistiríamos a irritantes situaciones de indefensión; pero la indefensión *en ningún caso* y por tanto con independencia del momento o secuencia procesal de que se trate, puede producirse, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución. De acuerdo con tal fundamental exigencia, dispone el artículo 118, párrafo primero de la indicada Ley de Enjuiciamiento que toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa. El precepto, a renglón seguido, se

---

<sup>13</sup> El garantismo, en rigor, no constituye una doctrina, pero sí una orientación ideológica desde la que se contempla modernamente el proceso penal. De esta materia me ocupé no hace mucho en una publicación universitaria: «Puntualizaciones sobre el garantismo», *Estudios Jurídicos. Libro Conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, II, Universidad de La Laguna, Secretariado de Publicaciones 1993, págs. 581 a 593.

<sup>14</sup> «La inculpación en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado», *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, julio-diciembre 1955, pág. 150.

ocupa de la manera de ejercitar este derecho: actuando el inculpado en el procedimiento, cualquiera que sea éste. En realidad, en tan genérico enunciado viene a reconocerse una obviedad, porque, evidentemente, la defensa, cualquier defensa, exige el desarrollo de una actividad a cargo del que la ejercita. Por ello, lo importante es concretar el contenido de la actuación defensiva, de donde se sigue la necesidad de su definición técnica. A este propósito y siguiendo en lo esencial a Vicente Gimeno Sendra cabe decir que el derecho de defensa en el orden jurisdiccional penal es el derecho público constitucional, que asiste a toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, de sostener su inocencia mediante la asistencia de abogado, con atribución tanto al defensor como al defendido de la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la inculpación y en su caso a la pretensión punitiva<sup>15</sup>.

La siguiente aclaración se impone ahora: si bien el derecho de defensa nace con la imputación y éste ha de considerarse formulada desde la citación coercitiva, la atribución de garantías defensivas ha de operar en su plenitud y por tanto sin posible recorte o menoscabo en el marco del proceso penal propiamente dicho, a saber, el que corresponde a la etapa de enjuiciamiento y sentencia. Ello es así porque en dicha sede ha de resolverse no sobre una imputación, sino acerca de una pretensión punitiva interpuesta por la acusación o acusaciones y de cuya suerte va a depender la absolución o condena del acusado. En la previa instrucción, en cambio, de carácter investigador y de preparación del verdadero proceso, pueden decretarse restricciones, siempre y cuando así lo aconseje el buen éxito de esta etapa. Sirva de ejemplo el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (texto de la ley 53/1978, de 4 de diciembre), que luego de señalar que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, añade en el siguiente párrafo que, sin embargo de lo dispuesto en el anterior, podrá el Juez de instrucción, a propuesta de cualquiera de las partes o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario. Sin duda, en la instrucción penal que se siga en materia de delincuencia terrorista, la limitación de la publicidad que autoriza el artículo 302 puede resultar oportuna. El órgano de la instrucción dispone a tal finalidad de arbitrio, pero no absoluto, y de ahí que la decisión deba ser excepcional y motivada. En efecto, el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que sólo excepcionalmente y mediante resolución motivada podrán los Jueces y Tribunales limitar el ámbito de la publicidad y acordar el secreto de todas o parte de las actuaciones.

---

<sup>15</sup> Véase Gimeno Sendra, «El derecho de defensa», *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 89.

Por vía de corolario de lo razonado en las líneas que preceden y como criterio y orientación para lo que se expresa en el desarrollo del apartado que sigue, cabe en definitiva decir que desde el momento de la inculpación, sea cual fuere la forma que ésta adopte y desde luego desde la citación coercitiva, el inculpado dispone del derecho de defensa, derecho cuyo ejercicio viene rodeado de plenas garantías en el proceso penal propiamente dicho, y por tanto no puede ser limitado en esta sede, y admite, en cambio, restricciones, que en todo caso habrán de ser justificadas, en la previa etapa de instrucción.

### **La ley de protección a testigos y peritos en causas criminales**

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, cuya aplicación se extiende a toda clase de procesos penales según dispone el artículo 1, si bien su ámbito más propio, como señala Olga Fuentes Serrano, es el del tráfico de drogas y el terrorismo<sup>16</sup>, suscita duda acerca de la compatibilidad de alguno de sus preceptos con el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. El propio legislador fue consciente del problema y por ello la Exposición de Motivos señala que se trata de «hacer posible el equilibrio necesario entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares».

La cuestión se centra principalmente en los artículos 2 y 4. El primero, referido a la instrucción, permite que el juez disponga las medidas necesarias para preservar la identificación de los testigos y peritos, entre ellas, que no conste en las diligencias el nombre, apellidos, lugar de trabajo y profesión, así como una forma de comparecencia que imposibilite la identificación visual normal. El segundo, concerniente a la fase de plenario, obliga al juzgador a pronunciarse motivadamente sobre las medidas adoptadas con anterioridad y le autoriza que adopte otras nuevas; ello sin perjuicio de que a solicitud de parte se facilite el nombre de los testigos y peritos, respetándose las restantes garantías reconocidas a los mismos en la ley. Es ésta una síntesis de los preceptos –su transcripción literal y completa no parece necesaria– que permite entrar en el análisis de los mismos desde un doble plano: el de la legalidad y el de la constitucionalidad.

Desde una perspectiva de legalidad hay que decir que la normativa, que cuenta con precedentes de derecho comparado (por ejemplo, ley alemana de 9 de junio de 1989 y decreto legislativo italiano de 15 de enero de 1991), es contraria a nuestra

---

<sup>16</sup> «La L.O. 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales», *Revista de Derecho Procesal*, 1996, nº 1, pág. 136. Sobre el tema es también de interés el trabajo de José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo, «Ley de protección a testigos y peritos», *Estudios de Deusto*, enero-junio 1995, págs. 167 a 220.

tradición histórica<sup>17</sup>, pero se acomoda al artículo 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual, las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley: en la Ley Orgánica 19/1994, por lo que se refiere a nuestro asunto.

En cuanto al problema de la constitucionalidad resulta necesario traer a colación el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 6, apartado d) establece que todo acusado tiene derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación y conseguir que se cite e interroge a los testigos de la defensa en las mismas condiciones que a los propuestos por aquella. Se trata de un convenio internacional ratificado por España y que en consecuencia ha de inspirar la interpretación del artículo 24 de la Constitución por imperativo del artículo 10.2 de la misma Ley fundamental, a cuyo tenor, las normas relativas a los derechos fundamentales –el derecho de defensa obviamente es un derecho fundamental– y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La interpretación de nuestro Tribunal Constitucional viene recogida en la importante sentencia 64/1994, de 28 de febrero (Sala 1ª), la cual, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en las decisiones de 20 de noviembre de 1989 (caso Kotovski), 27 de septiembre de 1990 (caso Windisch) y 15 de junio de 1992 (caso Ludi), formula una distinción decisiva a nuestro propósito, a saber, la que existe entre testimonio anónimo y testimonio oculto: el primero es el que se presta por persona cuya identidad resulta absolutamente ignorada por el tribunal, por la defensa o por ambos; el segundo es el que procede de un declarante cuya identidad no es ocultada pero que no es visto, aunque sí oído, por el acusado. Pues bien, conforme a la tesis de la sentencia del Tribunal Constitucional español, la decla-

---

<sup>17</sup> La tradición histórica de nuestro país fue proclive a que el acusado conociera la identidad de los testigos de la acusación. Así, la ley XI del título XVII de la Partida III dispuso que «seyendo la pesquisa fecha en cualquiera de las maneras que desuso desimos, dar debe el rey ó los juzgadores traslado della á aquellos a quien tangiere la pesquisa, de los testigos et de los dichos dellos, et hayan todas las defensiones que habrían contra otros testigos». Y la ley 1, t 3, l 12 de la Novísima Recopilación prescribió que «si mandáramos hacer pesquisa sobre alguno o algunos hombres señaladamente sobre hechos señalados, quier se haga de nuestro oficio quier a querrela de otro, aquél o aquellos contra quien fuere hecha la pesquisa, hayan de poder de demandar los nombres de los testigos y los dichos de las pesquisas, porque se puedan defender en todo su derecho y decir contra las pesquisas y testigos, y hagan todas las defensiones que deben haber en derecho».

ración del testigo anónimo carece de validez por cuanto el anonimato impide la contradicción y al carecer de validez no puede servir de soporte a una sanción penal; en cambio, la declaración del testigo oculto podrá ser eficaz procesalmente en la medida en que permita la contradicción, o lo que es igual, en tanto no se impida el derecho del acusado de interrogar al declarante propuesto por la acusación, que es precisamente la tesis del Tribunal de Estrasburgo.

Pone de relieve Olga Fuentes Soriano que la distinción entre una y otra clase de testimonio y su correcto tratamiento es tema que se echa de menos en la Ley Orgánica 19/1994<sup>18</sup>. Tiene toda la razón la profesora de Alicante. Porque si bien el apartado b) del artículo 2 de dicha Ley Orgánica prevé como medida de protección la consistente en que los testigos y peritos comparezcan utilizando cualquier procedimiento adecuado a imposibilitar su identificación visual normal, previsión que podría hacer pensar en la hipótesis del declarante no anónimo, sino oculto, en realidad se trata de un reforzamiento del anonimato, como se desprende de la propia literalidad del apartado, que se refiere no a la percepción, sino a la identificación visual, y, sobre todo, del párrafo inicial del precepto, que se proyecta sobre todas las medidas protectoras integrantes de su contenido, párrafo en el cual se explicita la finalidad genérica de las mismas de preservar *la identidad* de los testigos y peritos. El tratamiento legal de esta materia tampoco es acertado. Y no lo es porque ni siquiera en la etapa de instrucción, que es la fase en la cual el testimonio anónimo viene autorizado, una tal actividad de averiguación goza de validez jurídica. Nuestra tesis se apoya en que, según ha sido razonado anteriormente, desde la misma citación coercitiva, momento a partir del cual la inculpación existe, el derecho de defensa del inculpado ha de resultar eficiente en el más amplio de los sentidos, y para ello, según puntualiza Asencio Mellado, es indispensable el conocimiento exhaustivo tanto de la acusación como del material probatorio que ésta se propone utilizar<sup>19</sup>. En la instrucción, a lo sumo, como se ha dicho antes, el sistema de garantías podrá ser atenuado, nunca suprimido, que es lo que acontece al permitirse la declaración anónima, de todo punto inconciliable con cualquier posibilidad de impugnarla.

No se olvida que el artículo 4, apartado 5 de la Ley que analizamos condiciona el definitivo valor probatorio de las declaraciones prestadas bajo protección en la etapa instructoria, es decir, las anónimas, a su ulterior ratificación en el juicio oral. Ocorre, empero, que esta previsión de ninguna manera enerva nuestro argumento: en primer lugar porque no subsana la quiebra que el derecho de defensa ya ha experimentado en el juicio no de certeza pero sí indiciario de la culpabilidad que constituye el objeto propio de la instrucción, y, en segundo término, porque la misma regulación legal posibilita que el testimonio anónimo adquiera relevancia procesal aun carente de ra-

---

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pág. 161.

<sup>19</sup> *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, Trivium, 1991, pág. 96.

tificación. En efecto, el apartado 4 del artículo 5 prescribe que si las declaraciones anónimas se consideran de imposible reproducción a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificadas mediante *lectura literal* a fin de que puedan ser sometidas a contradicción por las partes; una contradicción –procede añadir– carente de eficacia porque no existe sujeto frente al que pueda dirigirse, por mucho que el nombre y apellidos del declarante anónimo hayan sido dados a conocer de acuerdo con el derecho que a las partes del proceso penal reconoce el apartado 3 del artículo.

En definitiva, pues, habrá que estimar inconstitucional la Ley Orgánica examinada en cuanto permite que se presten declaraciones anónimas, y, en cuanto anónimas, excluyentes de la posibilidad de impugnación contradictoria por parte del acusado, el cual, de ninguna manera puede resultar despojado de un aspecto importante de su derecho de defensa en el proceso penal: en un proceso que debe discurrir no con alguna o algunas, sino *con todas las garantías*, que es lo que sin paliativos ordena el artículo 24.2 de nuestra Constitución.

### **Normas sobre terrorismo en la ley de enjuiciamiento criminal**

No de represión del terrorismo pero sí concernientes a esta modalidad delictiva, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene diversas normas que traen causa de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo<sup>20</sup>: Las contenidas en los artículos 384 bis, 520 bis, 553 y 579.

El artículo 384 bis, al preceptuar que, firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito relativo al terrorismo, quedará automáticamente suspendido el sujeto afectado en la función o cargo público que pudiera ostentar, viene a dar respuesta a un problema relacionado con el derecho de sufragio pasivo, que se presentó en la realidad cuando un miembro del Parlamento Vasco, a iniciativa de la coalición Herri Batasuna, formuló su candidatura a Lehendakari encontrándose en situación de privación de libertad por decisión judicial.

La cuestión fue estudiada por Víctor Moreno Catena a raíz de producirse el acontecimiento<sup>21</sup> y la solución legal pienso que es correcta en el plano constitucional. En efecto, si bien el artículo 23.2 de la Constitución dispone que los ciudadanos tienen derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las leyes, nada obliga a considerar que esta referencia a *las*

---

<sup>20</sup> Sobre el tema es de interés el estudio de Terradillos Bosco, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3/88 y 4/88 de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Tecnos, 1988.

<sup>21</sup> «Garantías de los derechos fundamentales en la investigación penal», *Poder Judicial*, número especial, 1978, págs. 153 a 155.

*leyes* deba circunscribirse a las leyes estrictamente electorales, y, por tanto, nada impide admitir que una ley concerniente al procedimiento penal imponga un requisito como el que establece el artículo 384 bis, esto es, el de no encontrarse el interesado en la situación de prisión provisional que el precepto contempla.

Por lo que se refiere al artículo 520 bis, su apartado 1 permite la ampliación del plazo de setenta y dos horas señalado en el artículo 17.2 de la Constitución, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas. Esta prolongación de la detención, desde un punto de vista formal, encuentra apoyo en el artículo 55.2 del texto constitucional, conforme al cual, 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. Sin embargo, desde una consideración material o de fondo, surge la duda acerca de si se vulnera el precepto de la Constitución mencionado, ya que éste autoriza la suspensión de los derechos reconocidos en los artículos que expresamente menciona pero *de forma individual* y en relación con *personas determinadas*, restricción que no resulta recogida en el artículo 520 bis, 1, de enunciado ciertamente general tanto por su literalidad como porque se proyecta potencialmente y con plena indeterminación sobre todos los ciudadanos. En cualquier caso, es decir, con independencia del criterio que se mantenga en una primera aproximación acerca de la adecuación del precepto legal a la Constitución, la disociación entre uno y otro no parece tan rotunda que impida sostener la aplicación del primero en el marco de una interpretación restrictiva, conforme al espíritu del segundo, tal como ordena el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El párrafo 2 implanta un régimen de incomunicación del presunto terrorista que debe ser solicitada al juez y decidida por éste mediante resolución motivada, y que, por virtud de la remisión que se hace al artículo 527, conlleva que el abogado sea designado de oficio, así como la prohibición de las entrevistas con éste, previstas en el apartado c) del número 6 del artículo 520. Se trata de limitaciones que afectan a la asistencia técnica y que responden al propósito de evitar posibles conexiones entre el sujeto privado de libertad y sus asociados en la tarea delictiva; un problema de suyo grave, que de un tiempo a esta parte preocupa en Italia en relación con la mafia y que ha sido estudiado por Mario Valiante<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> «Può ricercare elementi di prova del suo assistito anche se possano giovargli pure altri associati. Ma non dovrà mai prestarsi ad alcuna forma di collegamento fra l'impunito detenuto –que egli è autorizzato ad incontrare nell'esercizio delle sue funzioni di difensore– e i suoi compagni fuori del carcere, tanto da favorire la sussistenza in vita dell'associazione ovvero la commissione di nuovi reati»: «L'avvocato dei mafiosi», *Rivista italiana di Diritto e procedura Penale*, 1995, pág. 831.

Por lo que hace al párrafo 3, en el que, con miras a la protección del detenido, se contempla el control de su situación a cargo del juez, resulta oportuno resaltar que dicho control queda remitido a la discrecionalidad de éste («el juez podrá»), siendo así que, desde una postura seriamente garantista, la incumbencia fiscalizadora judicial debe ser obligatoria y por tanto exigible.

El artículo 553 faculta a los agentes de la policía judicial para que, con el respaldo del mandamiento de prisión, procedan a detener a los delincuentes ocultos «en alguna casa» y también, si se trata de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, «en cualquiera que fuese el domicilio donde se ocultasen o refugiasen», debiéndose en este caso llevar a cabo el registro y la ocupación de los efectos e instrumentos relacionados con la acción delictiva perseguida. Esta diferencia de trato se explica desde el punto de vista de una mayor apreciación de peligrosidad en la delincuencia terrorista.

El artículo 579, último que nos corresponde examinar, contiene cuatro apartados, de los cuales es el 4 el que afecta a la materia de nuestro estudio al disponer que «en caso 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 medida prevista en el número 3 de este artículo (observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas) podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de hasta setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

La conexión entre este apartado, expresamente impuesta en el 4 del precepto, y el 3 suscita la problemática, ciertamente delicada, de cohonestar, de un lado, la norma autorizante de la observación de las comunicaciones, y de otro, el artículo 18.3 de la Constitución, que garantiza el secreto de las mismas y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. Por supuesto, se impone una interpretación a la luz del artículo 8.2 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 1950, así como de los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, todos ellos relativos a la protección de la vida privada frente a ingerencias e intromisiones arbitrarias. La cuestión ha sido tratada monográficamente por Tomás López-Fragoso Álvarez y a su estudio me remito sin reservas<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1991.