

## ***IV Premio de investigación victimológica “Antonio Beristain”\****

---

\* La Cátedra “Antonio Beristain”, del Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua (IVAC-KREI), y el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, con el fin de promover e impulsar la investigación realizada en el ámbito de la Victimología convoca anualmente el *Premio de Investigación Victimológica “Antonio Beristain”*.



EGUZKILORE

Número 29.  
San Sebastián  
2015  
213-240

# VERDAD EN EL PROCESO PENAL TERRORISTA: POR LAS VÍCTIMAS Y LA SOCIEDAD\*

Juan SEBASTIÁN VERA SÁNCHEZ

*Profesor de Derecho penal  
Universidad de Barcelona*

**Resumen:** En este trabajo mostraré algunas razones sobre la conveniencia de buscar la verdad en el proceso penal terrorista con respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes, no solo considerando los efectos sociales de la decisión penal, sino también la situación de la víctima de este tipo de delitos.

**Laburpena:** Terrorismoari buruzko prozesu penaletan parte hartzen dutenen oinarritzko eskubideei dagokienegia aurkitzea komeni dela defendatzeko arrazoi batzuk azalduko ditut lan honetan. Horretarako, erabaki penalaren ondorio sozialak ez ezik, delitu mota horren biktimen egoera ere hartu behar da kontuan.

**Résumé :** Ce travail nous montre quelques raisons sur l'opportunité de chercher la vérité dans le procès pénal pour infraction terroriste concernant les droits fondamentaux de ceux qui interviennent dans ce procès. Dans cet esprit, l'auteur considère non seulement les effets sociaux de la décision pénale, mais également la situation de la victime de ce genre de délits.

**Summary:** The author explains various reasons why it is desirable to find the truth with regard to the human rights of those who take part in terrorist criminal proceedings. With that aim in mind, the author considers not only the social effects of the Court decision, but also the situation of the victims of such kind of crimes.

**Palabras clave:** terrorismo, verdad, proceso penal, víctima.

**Hitz gakoak:** terrorismoa, egia, prozesu penala, biktima.

**Mots clés :** terrorisme, vérité, procès pénal, victime.

**Keywords:** terrorism, truth, criminal proceedings, victim.

---

\* Artículo galardonado con el IV Premio de investigación victimológica "Antonio Beristain" otorgado por el Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco, patrocinado por la Consejería de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco y entregado en el marco del IV Encuentro: "Debates victimológicos: Relecturas de los diferentes marcos de análisis y su impacto en las estrategias preventivas del siglo XXI", en homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain, celebrado en San Sebastián, el 27 de noviembre de 2014.

## 1. INTRODUCCIÓN: DERECHO PENAL, TERRORISMO Y PROCESO PENAL

Cuando se emplea el vocablo “terrorismo” en una oración, al margen de la acepción jurídico-social que tenga, el mismo es bastante auto denotativo de los efectos que dichas conductas causan en los ciudadanos.

La conducta terrorista produce “terror”, una denigración colectiva de la persona humana, sobre la base del temor, el miedo y el pánico. En efecto, en general podría afirmarse que el terrorismo es el uso de la violencia, o su constante amenaza de emplearla, con fines políticos, que se dirige contra víctimas individuales o grupos más amplios y cuyos alcances, con frecuencia, trasciende los límites nacionales<sup>1</sup>. En definitiva, lo que se busca es que la comunidad toda, a través de la intimidación colectiva causada por el pánico, acceda a los deseos de la organización, que muchas veces busca la desestabilización social por medio del caos, a fin de posibilitar, de esta forma, una transformación radical del orden existente<sup>2</sup>. Por todo ello es que se dice que el terrorismo es la forma más elaborada de crueldad humana<sup>3</sup>.

No ha de extrañar, por tanto, la opinión de que la amenaza terrorista no puede combatirse mediante la represión, sino solo mediante la prevención<sup>4</sup>. Es decir, con ello se sitúa la problemática del terrorismo en la relación de proporcionalidad inversa entre los términos “libertad” y “seguridad” de los ciudadanos. La respuesta a la pregunta de los límites de la libertad de organización va estar condicionada, en estos casos, a la ponderación de la amenaza terrorista como una fuente de riesgo o peligro.

El terror y el miedo social como respuestas “anormales” al fenómeno terrorista también es correspondida con herramientas excepcionales que el Derecho emplea ante

---

1. PULGAR GUTIÉRREZ, Ma. Belén *Víctimas del terrorismo* (Madrid: Dykinson, 2004), p. 21: “Ahora bien, ¿qué es terrorismo? Aplicado el término a una totalidad, se podría afirmar que proviene de la palabra terror, lo que definiéndolo en atención a un concepto nuevo se podría atribuir a los principios de la Revolución Francesa, como principio de uso, ya que en la misma se encuentran antecedentes de que fue empleado el «terror político». Siguiendo con la propia historia, se puede apuntar un rasgo clave, común con el terrorismo, cual es su utilización como arma política integral”. Por su parte, GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Terrorismo político no institucional”, en Huster/Garzón/Molina, *Terrorismo y derechos fundamentales* (Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2010), p. 71, propone la siguiente definición de terrorismo no institucional: “El terrorismo político no institucional es un método expansivo de la amenaza o el uso intencional e imprevisible de la violencia por parte de individuos o grupos no gubernamentales destinado a provocar en una sociedad el temor generalizado infligiendo daños inevitables a personas inocentes con miras a influir en el comportamiento de terceros a fin de obtener objetivos políticos fanáticamente percibidos como no negociables”.

2. *Ibid.* En el mismo sentido, CASTAÑÓN ÁLVAREZ, María José, *Víctimas del terrorismo: protección y tutela* (Comares: Granada, 2013), p. 8.

3. GARCÍA ANDRADE, José Antonio, *Miedo y crimen* (Madrid: Dykinson, 2012), p. 23: “El terrorismo se da en sujetos ya formados, aunque sean sujetos inmaduros manejados por ese personaje peligroso que es el líder, siendo la forma más elaborada de la crueldad humana y el terrorista un sujeto dotado de una escasa filosofía e ideología pues lo que prima en él es la acción, fascinado por el terror y la agresividad sin objeto, debiendo diferenciar al terrorista del guerrillero, del matón a sueldo, del anarquista y del mercenario”.

4. HUSTER, Stefan, “Terrorismo y Derechos fundamentales”, en Huster/Garzón/Molina, *Terrorismo y derechos fundamentales* (Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2010), p. 18.

estas situaciones<sup>5</sup>. Sin embargo, la articulación de todas ellas frente a este fenómeno denostable (respuestas sociológicas y jurídicas) en determinadas ocasiones dista mucho de ser del todo coherentes entre sí –como sistema de respuesta social–, ni menos aún para con la víctimas de terrorismo, como tipología especial de afectados por el delito.

Por otro lado, un fenómeno jurídico no es puramente o solamente jurídico. Ello genera una visión sesgada de la realidad. Un mismo fenómeno puede ser interpretado y analizado desde diversas perspectivas que confluyen y tienen en común la persona humana que, individual o comunitariamente, se ve afectada por un acto tan reprochable. Esto también va de la mano con la consideración del sistema de justicia penal como un subsistema de organización social que se nutre e interacciona con otros<sup>6</sup>. Y esto, en principio rechazado por el mundo “jurídico” tradicional que se circunscribe al análisis sintáctico de las normas jurídicas, lentamente está penetrando las nuevas formas de punición como respuesta fenómenos sociales recientes como el terrorismo.

En este trabajo intentaré justificar, a través de la exposición de ciertas argumentaciones, por qué podría ser beneficioso para la sociedad toda, con especial referencia a las víctimas, que en el proceso penal terrorista se busque la verdad, con un irrestricto respeto a las garantías de los intervinientes del proceso penal.

### 1.1. Derecho penal securitario

Para dar respuesta al fenómeno del terrorismo confluyen una serie de mecanismos jurídicos excepcionales que implican una clara restricción de los derechos de todos los colectivos, directa o indirectamente involucrados.

Solo a título de ejemplo cabe mencionar que el artículo 55.2 de la CE, en cuanto se refiere a la suspensión de los derechos y libertades en caso de terrorismo, señala: “2. 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, apartado 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 o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidas por las leyes.”

Como bien se puede desprender del texto, las facultades otorgadas por la norma constitucional anteriormente citada son de utilización excepcional. Es decir, no aplicable a todos los casos en los que se investiga una persona que se considere vinculada con la actuación terrorista, sino solo si existen circunstancias excepcionales o de urgencia suficientes que la justifiquen<sup>7</sup>. Con ello se deja entrever que la respuesta jurídica al fenómeno terrorista es en parte excepcional, aunque no del todo.

---

5. Sobre la regulación del terrorismo en la constitución, cfr., REMOTTI, José, *Constitución y medidas contra el terrorismo* (Madrid: Colex, 1999).

6. FRIEDMAN, Lawrence, *The legal system* (Russell Sage Foundation: New York, 1977), p. 10 ss.

7. (REMOTTI, 1999), p. 247.

Ahora, desde la perspectiva del Derecho penal, piénsese que éste, como una conquista de la Ilustración, se entiende como una herramienta de *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos. Y tanta importancia se le ha dado a ello que hay autores que sostienen que dicho límite puede extraerse a partir del vocablo “social” de la rúbrica del Estado social y democrático de derecho del artículo 1.1 de la CE<sup>8</sup>. Ahora, sucede que el Derecho penal como último recurso –medio de control social formalizado– frente a la problemática terrorista hace las veces de *unica ratio* para responder legítimamente, *ad intra*, con urgencia y pretendida efectividad frente al fenómeno malévolo de terror organizado. Esto conlleva, en el plano más permanente, que el Derecho penal como límite formalizado del ejercicio del *ius puniendi* flexibilice su carácter subsidiario y fragmentario en aras de la seguridad. Tanto así que, al alero de otras cuestiones –como la crisis del criterio de afectación del bien jurídico como fundamentador del injusto penal, por ejemplo–, se identifica al fenómeno terrorista con el enemigo de la teoría del “derecho penal del enemigo” de JAKOBS, sobre el cual tantos “ríos de tinta” han corrido. En efecto, se entiende con argumentos dogmático penales, más o menos compartidos, que en estos casos se busca la seguridad del resto de ciudadanos (optimización de protección de bienes jurídicos) frente a la peligrosidad de los enemigos. Ello permitiría una mayor flexibilización de garantías tanto en la aplicación y creación del Derecho penal como en su juzgamiento. En efecto, se suele afirmar que el “enemigo” es un individuo que ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero, y no solo de manera incidental. De esta forma se asume que dicha persona no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de sus conductas<sup>9</sup>. Por ello se justifica una actitud de defensa que ponga más énfasis en la retribución del delito que en las finalidades de reinserción, reeducación, repersonalización, etc., de los autores de conductas terroristas<sup>10</sup>.

Al respecto, resulta particularmente ejemplificador lo que señala JAKOBS respecto del Derecho penal: “el Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra. (...) El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) combate peligros (...)”<sup>11</sup>

A partir de aquí, entonces, muchos autores que han aplicado estrictamente las versiones del estructuralismo funcional, han intentado legitimar un Derecho procesal penal muy restrictivo de derechos fundamentales cuando se trate de “enemigos”. Ello, en cuanto el enemigo, al alejarse del Derecho, no solo pierde su rol de persona,

8. Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 9ª edición (Reppertor: Barcelona, 2008), p. 116 ss.

9. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política criminal en las soci edades postindustriales* (Montevideo: B de F, 2006), p. 184.

10. BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo : Algunas cuestiones pendientes* (Valencia : Tirant lo Blanch, 2009), p.87,

11. JAKOBS, Günter, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO, *El Derecho penal del enemigo* (Madrid: Civitas, 2003), p. 33.

sino también de imputado con todas las garantías ínsitas que lleva ese estatus en el enjuiciamiento<sup>12</sup>.

Nótese que dicho tratamiento para con el “enemigo” se ha aceptado dentro de la dogmática penal que, a su vez, lleva en su seno el sello de haber nacido para limitar la aplicación del *ius puniendi*, de acuerdo a los principios y conocimientos que se adquirieron como conquista histórica garantista a partir de la Ilustración por el “bueno y viejo” Derecho penal clásico o liberal. En efecto, cuando se trata de terrorismo, desde el punto de vista penal, se sitúa a los autores de esta clase de crímenes en un régimen especial, excepcional. Y, en este sentido, el estructuralismo funcional de LUHMANN nos ha hecho un “flaco favor”, porque a partir de allí se afirma que JAKOBS elaboró su teoría del enemigo<sup>13</sup> que justificaría de alguna forma la excepcionalidad en el terrorismo. Pero al margen de lo cuestionable que ello pueda ser, lo cierto es que esta situación es reflejo de la respuesta social que se vale del Derecho como instrumento de lucha. En efecto, en el fenómeno terrorista confluyen las máximas atribuciones que, jurídicamente, se le otorgan al Estado para restringir los derechos de los ciudadanos. Y no solo únicamente desde el punto de vista penal, sino también, por ejemplo, a partir de las prerrogativas constitucionales entregadas en el artículo 55.2 CE, como anotaba. Quizás por ello se haga emerger, también, una cualificación especial a los sujetos pasivos de estos delitos: el de “macrovíctimas” en palabras de BERISTAIN<sup>14</sup>.

A lo que a mi tema respecta, la conmoción pública generada, de terror y dolor, que habilitan todas estas medidas jurídicas excepcionales pueden desembocar, como a mi modo de ver ha ocurrido, en que el proceso penal se halle prácticamente resuelto antes de que se inicie, con el solo hecho de atribuir indiciariamente la ejecución de las conductas terroristas a determinadas personas<sup>15</sup>. Con ello se corre el riesgo de condenar sobre la base de estereotipos visibles por un determinado contexto social

---

12. Un explicación al respecto puede verse en PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Revista Jueces para la democracia*, N°49, 2004, pp. 47 ss. El autor considera (*ibid*, p. 48): “En esta dirección, una visión funcionalista del proceso penal no suele considerar esencial el respeto del principio nemo-tenetur ni de otras garantías del proceso”.

13. (PORTILLA CONTRERAS, 2004), p. 43.

14. BERISTAIN, Antonio, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana : Evolución en el Campo Jurídico Penal, Prisional y Ético* (Valencia : Tirant lo Blanch, 2004), p. 34: “... merecen un calificativo muy distinto al tradicional de sujeto pasivo del delito o damnificado; su nombre es distinto, más noble; su amplitud numérica mayor, y su contenido más trágico... conviene proclamar que todos los delitos de terrorismo son de una gravedad trágica mucho mayor que los similares delitos del mismo género (un asesinado terrorista es más grave que un asesinato). Por eso, sus víctimas merecen el nombre de *macrovíctimas*”.

15. BERISTAIN, Antonio, *Victimología : Nueve Palabras Clave* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), p. 132: “En la Italia de tiempo de Manzoni una epidemia de peste causó cientos de víctimas que merecieron la atención del autor de la célebre novela histórica *Los novios*. Éste describe como muchas personas ante el hedor de tantos cadáveres inmediatamente empezaron a buscar quiénes eran los culpables. Este dato cobra una reacción muy instintiva-animal, pero poco humana: ante cualquier victimización enseguida procuramos achacar, echar la culpa del daño, del dolor, de la muerte a algún responsable. A cualquier precio queremos llegar a encontrar el autor al cual castigar y estigmatizar”.

catastróficos<sup>16</sup>, prescindiendo de la condena por hechos desvalorados penalmente que pueden ser atribuidos objetiva y subjetivamente a determinados sujetos.

Además, la técnica legislativa para tipificar los delitos de terrorismo “no es muy feliz”, lo cual acrecienta la situación excepcional, no solo acentuando un excesivo punitivismo a través de la sanción expresa de actos preparatorios en los casos de terrorismo, sino también haciendo uso abusivo de la configuración de los delitos como de peligro abstracto. Todo ello sin contar las nuevas medidas emanadas de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal en materia de terrorismo, en virtud del “pacto antiyihadista” suscrito por las principales fuerzas políticas del país.

Todo ello pone en riesgo, en aras de la seguridad de la ciudadanía (optimización de la protección de bienes jurídicos), el correcto funcionamiento de la administración de justicia –y, por extensión, el régimen constitucional<sup>17</sup>–, con todo lo reprochable que eso pueda llegar a ser desde el punto de vista jurídico *ad intra* por las infracciones de derechos fundamentales de los intervinientes<sup>18</sup>. No por nada se ha observado por la doctrina que estas trasgresiones a garantías fundamentales, sobre todo en materia de proceso penal, están muy cerca de convertir el Estado de derecho en un régimen autoritario<sup>19</sup>.

Pero, además de ello, se perjudican los efectos positivos del proceso penal *ad extra*, como generador de un mensaje epistémico cualificado institucional frente a la ciudadanía. Incluso, descartando todo lo anterior, si se da pie a esta necesidad de venganza de parte de la sociedad frente a estas conductas<sup>20</sup>, también se puede perjudicar los efectos de recuperación de los daños sufridos por las víctimas, como anotaré.

---

16. Sobre los estereotipos en el Derecho *vid.*, SCHAUER, Frederick, *Profiles, probabilities and stereotypes*. (Cambridge /London: Harvard University Press), pp. 7 ss.

17. (HUSTER, 2010), p. 11: “De esta forma, se unen dos elementos que se encuentran en estrecha conexión: por una parte, tenemos la nueva «normalidad» del derecho de la seguridad en una sociedad del riesgo y, por otra, está el hecho de que los fundamentos constitucionales se están viendo desafiados por una situación aparentemente excepcional, es decir, similar a una emergencia”.

18. (SILVA SÁNCHEZ, 2006), p. 186, por ejemplo, considera: “A la vez, en caso de esta naturaleza (criminalidad Estado, terrorismo, criminalidad organizada) surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, puede plantearse la cuestión del incremento de pena de prisión, a la vez que la de la relativización de las garantías sustantivas y procesales”.

19. MORENO CATENA, Victor, “El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa”, en Gómez Colomer/González Cussac (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), p. 375.

20. Por ejemplo, REYES MATE, Manuel, *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación* (Rubi: Anthropos, 2008), p. 24. plantea que: “la de la sospecha de que quienes exigen «el cumplimiento íntegro de las penas» en nombre de las víctimas están más pendientes del castigo al culpable que de la reparación al daño. No es lo mismo, como luego veremos, plantear la justicia, en el contexto del terrorismo, como respuesta las injusticias causadas a las víctimas, que como mera aplicación del derecho”. En el mismo sentido, (Bueno Arús 2009, p. 85.) para quien la doctrina, en estos casos, se refiere a una “huida hacia adelante” del derecho penal, “habitualmente criticable, porque en el sentimiento generalizado de la justicia la que responde el proceso penal y la finalidad preventiva de la pena se satisfacen sencillamente con una elevación desmesurada del castigo, aunque lo pida de buena fe el pueblo soberano...”



Aunque el terrorismo ha existido desde hace muchos años, en el último tiempo, con el surgimiento de manifestaciones terroristas interculturales (11-S, 11-M, terrorismo yihadista, por ejemplo), se han acentuado y acelerado las tendencias de la sociedad del riesgo<sup>21</sup>.

## 1.2. Verdad en el proceso penal

Es difícil delinear con exactitud eso que se debe buscar en el proceso penal terrorista, con respeto a las garantías para favorecer a las víctimas y a la sociedad, como intento sostener en este trabajo. Paso previo a ello es determinar qué es eso que se busca, referente a los hechos, en el proceso penal. Aunque suele indicarse a estos efectos que lo buscado en el proceso es la verdad de los hechos que se consideren importantes para la resolución del caso<sup>22</sup>, lo cierto es que consideraciones filosóficas<sup>23</sup>, por un lado, y técnico-procesales, por otro, tiñen la determinación del alcance y límite del concepto de una notable ambigüedad. Y, ello, irremediamente se traslada al desarrollo del proceso penal y a la distribución de roles entre los intervinientes. Por ejemplo, aún se discute si el instructor debe o no investigar los hechos que beneficien al imputado<sup>24</sup>, si el juez se halla o no vinculado a la posición de las partes y sus alegaciones<sup>25</sup>, si existe o no una separación ontológica entre la prueba de la acusación y defensa<sup>26</sup>, etc. En lo que sí creo existe una mediana claridad es que, a diferencia del proceso civil en el que deben ser probados todos los hechos discutidos, en el proceso penal se han de acreditar todas aquellas circunstancias que sean de importancia para la resolución de fondo del caso<sup>27</sup>. Esta calificación no debe hacerse aislada de la vida pues, precisamente, la prueba debe buscar la introducción de los hechos de la “realidad” al proceso<sup>28</sup>. Por ello se afirma que el objeto del proceso penal ha de ser la “búsqueda de la verdad”. Al respecto cabe agregar que, desde el punto de vista etimológico, la palabra “prueba” deriva del latín “*probus*”, que quiere decir lo bueno, lo recto, honrado; lo

---

21. PÉREZ CEPEDA, Ana, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en García Rivas, *El Derecho penal frente a la inseguridad Global* (Albacete : Bomarzo, 2007), p.91.

22. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán* (Bosch: Barcelona, 1985), p. 129; ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2000). Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor., p. 185.

23. Sobre la misma, *vid.*, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*. 10<sup>o</sup> edición (Trotta, Madrid; 2014), p. 42 ss; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba* (Marcial Pons: Barcelona, 2010), p. 78 ss.

24. En este sentido, MITTERMAIER, C.J.A, *Tratado de la prueba en materia criminal* (Reus: Madrid, 2004), pp. 134 s.

25. (MITTERMAIER, 2004), p. 149. Adiciones al Capítulo XVII al XX por PEDRO ARAGONESES.

26. *Ibid.*, p. 146.

27. (GÓMEZ COLOMER, 1985), p. 129; (Roxin, 2000), p. 185. Sobre lo que se puede probar en el proceso *vid.*, BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Depalma, 1986). Traducción de Conrado Finzi., p. 121, que sostiene que el objeto del proceso es “la afirmación de la consecuencia penal existencia de una pretensión penal estatal) de una situación de hecho determinada”. (Mittermaier, 2004), pp. 141 s.

28. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal* (Bosch: Barcelona, 1997), p. 15.

que es auténtico<sup>29</sup> o verdadero. Lo trascendente es el mayor acercamiento a la realidad posible casi en lo rayano a lo cierto. Por la trascendencia del proceso penal acusatorio no puede tener cabida en el enjuiciamiento criminal una verdad formal; sino solo una real o material.

Al margen de lo anterior, creo que un entendimiento incuestionable de la noción de hecho, y de su aceptada posibilidad de comprobación empírica, radica el inicio de gran parte de los problemas del proceso penal en esta materia. Queremos conseguir –a toda costa– que los medios de prueba acrediten hechos que puedan considerarse inequívocamente ciertos, y que el juez aplique la norma sin recurrir a los temidos “juicios de valor”<sup>30</sup>. Y en estas realidades nos mentimos, porque la ciencia actual nos muestra que a lo máximo que se puede llegar es a considerar concurrente un hecho de manera “probable”<sup>31</sup>. En efecto, la mutación del paradigma de la explicación del mundo desde leyes causales hacia la aceptación del principio de indeterminación de la física cuántica apoyan la estimación probabilística<sup>32</sup>. Por ello creo más sano y concordante con las otras áreas del conocimiento vincular la noción de búsqueda de la verdad con probabilidad de acaecimiento. Es decir, para los efectos de este trabajo, lo que se busca en el proceso penal es la determinación de la aplicación o no de una norma penal específica que se base en la prueba empírica de un supuesto de hecho cuya probabilidad de concurrencia sea alta o muy elevada. Y aunque sobre esto no puedo entrar por exceder los límites de este trabajo, el concepto de probabilidad a que he hecho referencia tiene como rasgo esencial un marcado carácter cualitativo, a fin de facilitar que lo que se entiende como probado en materia penal sea intersubjetivamente aceptado<sup>33</sup> y, por tanto, controlable. Ello, además, en concordancia con la exigencia de la elevada calidad epistémica de la decisión penal que se expresa en la rúbrica: “más allá de toda duda razonable”, como veremos más adelante

Por otro lado, la búsqueda de la verdad, en el sentido anterior, contribuye al éxito del Derecho como mecanismo pensado para dirigir la conducta de los destinatarios a fin de que estas puedan transformarse en razones para la acción<sup>34</sup>, como veremos. Solo la norma penal podrá conminar la conducta de las personas (a fin de evitar “homicidios” –por ejemplo–) si, efectivamente, el sistema judicial puede llegar a deter-

---

29. SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio* (Ed. jurídicas Europa-América: Buenos Aires, 1979), p. 33.

30. Al respecto cfr., VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, “La discrecionalidad judicial en dos enfoques reglados de la valoración de la prueba penal”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 30, 2014.

31. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho*, 2ª edición (Marcial Pons: Barcelona, 2004) p. 8.

32. El cisma producido por la mecánica cuántica obedece a su entendimiento de que las leyes físicas representan sólo regularidades estadísticas. Por ejemplo, POPPER considera que tanto la física clásica como la cuantica son indeterministas. En efecto, entiende la teoría cuántica como una teoría estadística, de probabilidad subjetiva. Cfr. POPPER, Karl, *Quantum theory and the schism in physics*. London, 1982, pp. 97 ss.

33. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal* (Hamurabi: Buenos Aires, 2007), p. 120.

34. RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*. Trad. castellana de Juan Ruiz Manero (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), p. 20.

minar en un caso concreto, de manera plausible, la presencia del supuesto de hecho (realización de comportamiento homicida al cual se pueda imputar de manera objetiva y subjetiva la muerte del sujeto pasivo) e imponer la sanción contemplada para dicha conducta. En caso contrario, los destinatarios no encontrarían fundamento alguno para comportarse de acuerdo a la norma al no verificarse el acaecimiento de la conducta sancionada<sup>35</sup>. Por otro lado, el mayor acercamiento a la verdad es lo que suele dar la imagen más correcta de justicia<sup>36</sup>.

## 2. ESTÁNDAR DE PRUEBA PENAL Y PROCESO PENAL TERRORISTA

Estrechamente vinculado a la búsqueda de la verdad en el proceso penal se encuentra la determinación de la prueba de los hechos cumpliendo con un determinado estándar de prueba. La exigencia de la satisfacción del estándar de prueba penal puede causar ciertos efectos desde el punto de vista del contenido epistémico del mensaje emanado de la sentencia penal. A partir de aquí, entonces, vincularé ello con la posición sostenida en este trabajo acerca de la utilidad de la búsqueda de la verdad con todas las garantías para las víctimas y para la sociedad en el proceso penal terrorista.

### 2.1. Estándar de prueba penal como mecanismo de atribución de falencias epistemológicas de juicio (efecto negativo)

Nadie puede dudar que el proceso penal se basa en la acreditación empírica de los hechos que son relevantes para la decisión del caso. Sin embargo, no solo es suficiente una prueba que nos indique que ciertos hechos sucedieron, sino también que los antecedentes presenten un alto grado de fiabilidad, al igual que el nexo que une al medio de prueba con la hipótesis debatida. La calidad de los antecedentes para mostrarnos lo que realmente sucedió se expresa a través del estándar de prueba.

Un estándar de prueba es el nivel de suficiencia que se le exige a un medio de generación de conocimiento para acreditar un supuesto fáctico. En específico, el estándar de prueba penal es el nivel de suficiencia y eficacia exigido al método de comprobación empírica *ex post facto* a fin de determinar si fueron concurrentes los hechos que dan sustento a la *notitia criminis*, y que condicionan la aplicación de una determinada norma penal. Ahora, el concepto de estándar de prueba no es solo propio y exclusivo del proceso judicial. También se aplica a otros ámbitos donde sea necesario regular y distribuir el margen de error de determinados procesos<sup>37</sup>.

A partir de aquí se establece en materia de aplicación de Derecho penal un estándar probatorio más elevado que en materia civil. La seguridad epistemológica de la decisión de condena penal se grafica en el mismo nombre del estándar de prueba: “más allá de toda duda razonable”. Con ello, entre otras razones, se quiere mostrar que es

---

35. En este sentido, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), p. 30

36. (NIEVA FENOLL, 2010), p. 148.

37. LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law* (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 65.

preferible que existan inocentes culpables, que condenados inocentes<sup>38</sup>. Es decir, con esta exigencia se quiere reducir al mínimo el margen de error, sobre todo en relación con sentencias condenatorias. Solo se admitiría, entonces, la presencia de “dudas irracionales”<sup>39</sup>. Es decir, el proceso penal, como vehículo epistemológico de conocimientos de los hechos, posee ciertos mecanismos que neutralizan los efectos negativos de la decisión errónea sobre absolución o condena. En este sentido, el ordenamiento jurídico construye o aporta elementos para la configuración de lo que la doctrina ha denominado como “reglas de juicio”, e intenta asegurar la calidad epistémica del grado de confirmación de la hipótesis escogida o seleccionada como concurrente, de entre todas aquellas analizadas. Entre otras razones, porque es inherente a un proceso que tiene, entre otras finalidades, la búsqueda de la verdad, convivir con el inminente riesgo de error<sup>40</sup>. Con todo ello, indirectamente, también se reparte el riesgo de decisiones erróneas en esta materia<sup>41</sup>. Se asume socialmente preferible aceptar menos condenas falsas y más absoluciones erróneas<sup>42</sup>. De esta forma, el beneficio de la duda se entrega al imputado, quién dispone de un elemento a su favor<sup>43</sup>.

Es importante destacar que la resolución sobre el “umbral” que debe cumplir el estándar de prueba penal es una decisión mayormente de carácter político. No tiene ninguna vinculación con la técnica jurídico-procesal. En efecto, si el Estado goza del *ius puniendi* como control social de *ultima ratio*, parece lógico que la mayor restricción institucionalizada de derechos a que los ciudadanos se someten (“pena”) sea impuesta en un procedimiento donde se trate de evitar por todos los medios una condena

---

38. Sus antecedentes más remotos pueden situarse en el derecho romano. En el Digesto se afirmaba que “*nocentem absolveré satius est quam innocentem damnari*” (Decio). Es decir, que es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. También que “*satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari*” (Ulpiano). O sea, que se debe optar por dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente. La doctrina ha entendido que en las Partidas (Partida Tercera, Título XIV, Ley I) también se hace referencia a ello en el siguiente sentido: “*E aún decimos que lo juzgadores todavía deben estar más inclinados e aparejados para quitar los hombre (sic) de pena que para condenarlos en los pleitos que claramente no pueden ser probados o que fueren dudosos*”. Cfr. ROMERO ARIAS, E., *La presunción de inocencia: estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental* (Pamplona, 1985) p. 18.

39. TARUFFO, M. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Marcial Pons: Madrid/Barcelona, 2010), p. 249.

40. IACOBELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione* (Giuffrè. Milano, 1997), p. 26., considera que: “*Il processo ha una meta di verità, che persegue seguendo un sentiero impervio, costantemente fiancheggiato da un precipizio: l'errore.*”

41. STEIN, Alex, *Foundations of Evidence Law* (Oxford University press. New York, 2005), p. 133, considera que: “*Allocation of the risk of error in fact-finding ought to be the principal objective of evidence law. As much as it matters how adjudicators decide cases, it matters how they allocate this risk.*” En el mismo sentido, TARUFFO, M., “Consideraciones sobre la prueba y motivación”, en ANDRÉS IBAÑEZ/ CAUDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial* (Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009) p. 35.

42. *Vid.*, (FERRER BELTRÁN, 2007), p. 81.

43. En este sentido, (LAUDAN, 2006), p. 65 considera que: “*In the criminal context, when we set the bar of proof in a criminal trial higher than the preponderance of the evidence, we are saying that we intend to give the defendant the benefit of the doubt, because we think that falsely convicting the innocent is worse than falsely acquitting the guilty*”.

errónea por disconformidad con la realidad. Pero ello emana de la variante política del proceso penal como mecanismo institucionalizado perteneciente a un subsistema de organización social<sup>44</sup>. Tampoco se nos pueden dar algunas luces al respecto si recurrimos a las ciencias que tienen por objeto el estudio del conocimiento, como es el caso de la Epistemología. Resulta interesante anotar que esta última nada nos dice sobre qué tipo de grado de probabilidad debe alcanzar una hipótesis para considerarse verdadera o concurrente<sup>45</sup>. Es decir, los enfoques matemáticos o probabilísticos de la valoración de la prueba solo nos podrán indicar cómo acercarnos a la verdad de los hechos, pero la valoración de concurrencia o prevalencia de una hipótesis por sobre otra corresponde al juez sobre la base de las directrices jurídico-procesales emanadas de la voluntad política. Probablemente, ello sea así porque el esquema epistemológico de valoración de la prueba es un sistema sintáctico de razonamiento donde las inferencias se realizan a través de relaciones lógicas estrictas<sup>46</sup>. Se afirma que la determinación de la exigencia de un estándar de prueba –y, por tanto, el reparto del riesgo de error– ha de ser una decisión que se base en principios políticos y morales de relevancia, que reflejen las preferencias de la sociedad<sup>47</sup>. No debe olvidarse, aunque parezca obvio, que la imposición de un castigo causa un perjuicio para quien lo sufre. Por tanto, es una cuestión político-moral (en definitiva, de la Política criminal) determinar cuándo y en qué cantidad va a ser justificado imponer una sanción<sup>48</sup>.

Aunque no puedo entrar en ello, que el estándar de prueba sea una cuestión Política no lo desvincula de los criterios y fundamentaciones racionales. Solo quiero mostrar la inutilidad de criterios técnicos para fundamentar un determinado “umbral” de alcance de la duda razonable.

## 2.2. Aseguramiento de la calidad epistémica de la decisión de condenatoria (efecto positivo)

Es difícil poder identificar un único fundamento de la decisión política sobre el estándar de prueba penal. Sus fundamentos pueden ser múltiples, como la injusticia

44. Sobre algunos aspectos del proceso penal como variable de Política criminal, *vid.*, VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, “Algunas variables político-criminales del proceso penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, 35 (2015), p. 38 ss.

45. En este sentido, (FERRER BELTRÁN, 2007), pp. 80 ss; (Stein, 2005), pp. 121, 122, 130.

46. En este sentido, CHENG. P./HOLYOAK, K. “Pragmatic reasoning schemas”, en *Cognitive Psychology* 17(4), 1985, p. 395. Los autores afirman que: “*a syntactically based reasoning system tells us which inferences are valid, it does not tell us which inferences are useful among the potentially many that are valid.*”

47. (STEIN, 2005), p. 133; HO, Hock Lai, *A philosophy of law: justice in the search of truth* (Oxford: Oxford University press, 2008), pp. 176 ss; TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* (Trotta: Madrid, 2002), p. 112.

48. MACCORMICK, Neil, *Institutions of law an essay in legal theory* (Oxford University press: Oxford, 2007), p. 211. Sin embargo, debemos considerar que para este autor el derecho penal es constitutivo de una moral social por parte del estado. En el original: “*In this sense, criminal law is always and inevitably expressive, or perhaps it would be better to say constitutive, of a prevailing social morality adopted and enforced by the state. Some even argue that it is the fact that some people violate the law and expose themselves to punishment that helps to build and sustain a kind of social solidarity*”. En especial *vid.*, *ibid.*, p. 215 ss, capítulo 12.3.

de tolerar una condena restrictiva de libertad por error<sup>49</sup>, lo cual genera un deber del Estado de amparar al más desvalido en esta materia<sup>50</sup>. Por otro lado, también se afirma que su razón de existir se encontraría en la protección de la libertad de los ciudadanos<sup>51</sup> y del “buen nombre” del inocente<sup>52</sup>. Esta necesidad de cautela ética de la decisión, indirectamente, se basa en el principio por el cual el Estado debe dar razones plausibles y justificadas del daño producido a sus ciudadanos<sup>53</sup>. Como ya adelantaba, la naturaleza de la sanción penal exige que ella sea impuesta con el menor grado de equivocación fáctica posible<sup>54</sup>. Por otro lado, a mi modo de ver, la justicia de la decisión jurisdiccional está condicionada, en parte, por la solidez del mensaje epistémico sobre el cual se basa<sup>55</sup>, alejando a los ordenamientos jurídicos continentales de las tesis del *procedural justice*<sup>56</sup>. En este sentido, no solo precisamos de decisiones tomadas en un proceso, sino de resoluciones justas, y la justicia sustancial de la resolución requiere la verdad de los hechos sobre los cuales se basa<sup>57</sup>. Una visión sociológica del proceso penal no solo exige la justicia ontológica de la decisión de condena, sino también que dicha justicia

---

49. En este sentido, (TARUFFO, 2002), p. 113, considera que en el estándar de prueba es más alto en el ámbito penal en cuanto en él intervienen garantías que no tienen correspondencia en el proceso civil.

50. (HO, 2008), p. 173.

51. (FERRER BELTRÁN, 2007), p. 48.

52. (LAUDAN, 2006), p. 69.

53. (HO, 2008), p. 173.

54. En contra, (FERRER BELTRÁN, 2007), p. 140, considera que, actualmente, la importancia relativa de los bienes cuyas consecuencias se discuten en sede penal no es suficiente para justificar un alto estándar en el enjuiciamiento penal, ya que también el proceso civil puede imponer sanciones pecuniarias asimilables a penas. Por otro lado, el recurso reiterado y sobredimensionado al derecho penal ponen en duda su carácter de *ultima ratio*, lo que invariablemente aconsejaría quizás buscar los estándares de prueba en función de la gravedad de cada delito. Por mi parte, considero que las alegaciones de este autor son correctas y reales, mas, sin embargo, nunca el proceso civil podrá aplicar como sanción una pena privativa de libertad, a diferencia de lo que sucede en materia penal. Por otro lado, la justificación de la diversidad de estándares también puede encontrarse en los diversos efectos que posee la aplicación de una pena penal con relación a una medida civil, sobre todo, relacionado con la motivación de las conductas. En este sentido, puede verse la explicación que de ello ofrece (HO, 2008), pp. 213 ss.

55. En este sentido, TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Marcial Pons: Madrid-Barcelona, 2010), p. 123, considera que “...si una cultura social incluye entre sus valores a la justicia de las decisiones, entonces probablemente se inclinará a preferir procedimientos que pretendan alcanzar decisiones justas y que estén diseñados funcionalmente para alcanzar ese fin. Esto no le restaría relevancia a la dimensión ritual del procedimiento, pero, con toda probabilidad, se trataría de un rito diferente, que sería evaluado también por su capacidad de producir decisiones bien fundadas y no sólo por su capacidad de enviar mensajes culturalmente reconfortantes”.

56. Una explicación resumida de la corriente del *procedural justice* puede verse en (TARUFFO, 2010), p. 117 ss.; También en el ámbito anglosajón algunos autores apoyan que el proceso no es solo expresión de *procedural justice*, *vid.*, (HO, 2008), p. 65.

57. En este sentido, HAACK, S., “Of Truth, in Science and in Law”, en *Brooklyn Law Review*, Vol. 73, 2007-2008, p. 986 ss; LA MISMA, “Epistemology legalized: or, Truth, Justice, and the american way”, en *The American Journal of Jurisprudence*, (43), 2004, p. 43. En el mismo sentido, (FERRER BELTRÁN, 2003), p. 82; (TARUFFO, 2009), p. 28.

de la decisión pueda ser percibida por la colectividad como tal<sup>58</sup>. En efecto, no puede desconocerse la función comunicativa del proceso penal como mecanismo institucionalizado dentro de un subsistema de organización social que tiene la pretensión de producir decisiones justas. En efecto, con ello se pone de manifiesto tanto el desvalor que supone la infracción de la norma como el valor y el carácter obligatorio de la norma infringida<sup>59</sup>. De esta forma es posible pensar que el proceso penal contribuye a que una determinada norma de mandato pueda transformarse en una razón “efectiva” y “plausible” para la actuación de los ciudadanos.

No obstante lo anterior, un estándar de prueba más exigente puede hacer más alto el riesgo de absoluciones falsas<sup>60</sup>. Sin embargo, la búsqueda de la verdad es un objetivo primario del proceso, pero no el único. Quién puede reconocer esto también puede admitir la existencia de valores colaterales<sup>61</sup>. Para mí, la sentencia penal requiere o precisa de una calidad epistémica “cualificada” para dar curso a la consecuencia penal<sup>62</sup>. En este sentido, un estándar de prueba exigente, como el penal a diferencia del civil, puede ser entendido como una obligación de precaución elevada (“*caution*”) acerca de la decisión. Incluso, esta precaución (“*standars of caution*”) puede ser variable y proporcional a la gravedad de la consecuencia, como ha sido entendido por HO<sup>63</sup>. De esta forma, también, el proceso penal sirve para poner en escena ciertos derechos fundamentales, como la presunción de inocencia. No ha de olvidarse, en este sentido, que el Derecho de presunción de inocencia del artículo 24 de la CE ha sido homologado por parte de la doctrina al estándar de la duda razonable<sup>64</sup>. Desde esta perspectiva, el proceso penal es un indicador que muestra las condiciones sociales en

---

58. BIBAS, Stephanos, *The Machinery of Criminal Justice* (Oxford University Press: New York, 2010), p. 64.

59. BOTTKE, W., “La actual discusión sobre las finalidades de la pena”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal* (Bosch: Barcelona, 1997), p. 43.

60. (LAUDAN, 2006), p. 70, considera que: “*Their very occurrence shows that the justice system is failing as a device for finding out the truth and for ensuring that those who commit crimes pay for their misdeeds*”. En el mismo sentido, (FERRER BELTRÁN, 2007), p. 143, considera que a medida que hacemos más exigente un estándar de prueba aumenta los falsos negativos y disminuyen los falsos positivos. De la misma forma, *vid.*, (HO, 2008), p. 175.

61. En este sentido, (HO, 2008), p. 70, sostiene que: “*The claim, it should be noted, is that a primary aim of the trial is the ascertainment of truth. One who makes this claim may yet acknowledge, if not insist, that other values (those ‘external to proof’ or, as it is sometimes called, ‘collateral values’) and, in a criminal case, rights of the accused, have to be respected in pursuing that end.*” En el mismo sentido, (GASCÓN ABELLÁN, 2004), p. 119: “(...) puede decirse que lo que singulariza el modelo judicial de fijación de los hechos es la necesidad de cohonestar el objetivo principal de «búsqueda de la verdad» con la «garantía de otros valores», lo que eventualmente puede mermar la consecución de aquel objetivo”.

62. En este sentido y para mayores consideraciones al respecto, *vid.*, (VERA SÁNCHEZ, 2015), p. 53.

63. (HO, 2008), p. 186 ss, para quien el estándar de prueba penal debe ser entendido sólo como estándar de precaución en la decisión (“*standars of caution*”). De esta forma el autor sugiere que el juez debería tener una actitud de protección respecto del acusado, en el sentido de estar más dispuesto a rechazar la prueba inculpatoria que la exculpatoria. Cfr. *ibid.*, pp. 226 s.

64. Por ejemplo, NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho procesal penal* (Madrid, Montevideo, Bs. Aires: Edisofer, B de F, 2012), p. 278 ss. También, *vid.*, PAULESU, Pier Paolo, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed. (Torino: Giappichelli Editore, 2009), p. 5 ss, quién trata sobre la homologación internacional entre la presunción de inocencia y la duda razonable.

el que se encuentra una colectividad en un momento histórico determinado, siendo el resultado de la confluencia de factores constitucionales, políticos, económicos, culturales, etc<sup>65</sup>. En efecto, a partir de esta funcionalidad sociológica del proceso penal se suele atribuir al mismo la calidad de elemento de medición de la operatividad de los derechos fundamentales de los individuos<sup>66</sup>. La labor de configuración recíproca entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal también incluye la posibilidad que el proceso penal sea un medio para compensar el déficit de la protección de las garantías del Derecho penal<sup>67</sup>.

La exigencia elevada de suficiencia del estándar de prueba penal legitima al proceso penal como medio de corroboración de las hipótesis, en el sentido que una hipótesis condenatoria acogida que cumpla con este estándar tendrá un alto grado de probabilidad de ser efectiva en la realidad de los hechos lo cual debe ser entendido y captado, a su vez, por los miembros de la colectividad. Con ello se hace posible un control intersubjetivo<sup>68</sup> que repercutirá en la validez de la decisión. Esto último, tanto como una garantía para el imputado como una forma de legitimar el ejercicio del poder punitivo a través de la publicidad del mal causado<sup>69</sup>. Ello, indirectamente influye en la confianza pública y fe que se tenga en el sistema de enjuiciamiento criminal como medios que condicionan la legitimidad democrática de la ley y su fuerza moral<sup>70</sup>.

De esta forma se muestra el límite inferior del sistema de justicia penal. La operatividad de la norma aplicada contribuye a la motivación de la conducta de los ciudadanos<sup>71</sup>. Ello, en cuanto el individuo sabe que la amenaza penal, aunque excepcional, no es incierta<sup>72</sup>. De esta forma, se muestra que el Estado posee los canales adecuados para legitimar –incluso en contra del individuo– la imposición de una pena por la

---

65. GIANNITI, Francesco, *L'importanza della psicologia e della sociologia nel processo penale*. (Bologna, Patron editore, 1977), pp. 17 ss.

66. (ROXIN, 2000), p. 10.

67. En este sentido, LORCA NAVARRETE, A. /LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Tratado de Derecho procesal penal*. 6ª ed. (San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2002), p. 2, afirman que el proceso penal no es un instrumento de represión sino de garantía, en el sentido de que el proceso penal desea hacer frente a la aplicación patológica de la norma jurídica cuestionada a través de un sistema de garantías sustantivo y autónomo. Agregan que “De ahí que también el proceso penal sea el derecho que se trate de poner remedio a la patología jurídica. Pero no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema cuanto más exactamente mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias”.

68. (FERRER BELTRÁN, 2007), p. 146.

69. (MACCORMICK, 2007). p. 212

70. (BIBAS, 2010), p. 64.

71. Cfr. (FERRER BELTRÁN, 2007), pp. 37, 82.

72. En este sentido, (BOTKE, 1997), p. 65 quien considera que: “Un proceso penal conforme a la constitución penal presta su servicio preventivo-asociativo a la libertad en la medida que reacciona, con una frecuencia suficiente, frente a sospechas iniciales que se presentan en la forma de hechos concretos, las esclarece, descubre al competente del hecho y determina consecuencias de carácter procesal lo suficientemente gravosas”.



realización de un acto penalmente reprochable<sup>73</sup>. Por otro lado, *a contrario sensu*, el castigo de los que son efectivamente culpables refuerza la virtud colectiva de la inocencia<sup>74</sup>, como de alguna forma hice mención.

En definitiva, el estándar de prueba penal tiene dos grandes funciones o efectos: la evitación de una decisión fáctica epistemológicamente errónea (efecto negativo) y la visualización de la eficacia del sistema penal tanto en la protección de las garantías fundamentales de enjuiciamiento como medio de control social formalizado efectivo de ser aplicado (efecto positivo).

### 2.3. Calidad epistémica de la decisión penal en el fenómeno del terrorismo

Ahora, cuando la calidad epistémica de la decisión de condena penal se pone en riesgo, al margen de las meras consideraciones “garantistas”, no se perjudica a un solo sujeto que sufrirá las consecuencias del castigo, sino que se amenaza al sistema en su conjunto. Se ponen en riesgo, por ejemplo, la producción del efecto positivo y negativo del estándar de prueba, a los que me refería en el apartado anterior. Por ello, muchas de las modificaciones legales que se han introducido en España para regular y endurecer la situación procesal terrorista (ej. L.O de 28 de septiembre de 1978), no obstante el sentimiento generalizado de miedo y de búsqueda de la protección ante este colectivo que validarían las medidas, han sido cuestionadas. En efecto, parte de la doctrina ha entendido que el espíritu de protección y seguridad, incluso, a veces puede superar el principio de presunción de inocencia<sup>75</sup> que constituye un derecho fundamental y, en su vertiente de regla de juicio, puede ser entendido como sinónimo del estándar de la duda razonable. En otro sentido, la competencia de la Audiencia Nacional para conocer los delitos de terrorismo puede ser considerada contraria a la Constitución si se aplican con rigor los criterios competenciales que se contienen en la misma<sup>76</sup>.

Por otro lado, cuando se daña la calidad epistémica de la decisión en aras, equivocadamente, de la seguridad, se contribuye con ello a una supresión de la distinción entre Derecho penal y guerra<sup>77</sup>, con todo lo que ello significa.

---

73. En este sentido, por ejemplo, *ibid.*, p. 82, considera que: “Sólo si las consecuencias jurídicas previstas por el derecho para acciones determinadas se aplican efectivamente a esas acciones (idealmente siempre a esas acciones y nunca a otras), los ciudadanos tendrán motivos para actuar conforme a lo prescrito por el derecho y éste podrá cumplir su función de mecanismo de resolución de conflictos”.

74. (MACCORMICK, 2007), p. 211.

75. (BUENO ARÚS, 2009), p. 97.

76. (MORENO CATENA, 2006), p. 387. El autor agrega (p. 391): “...parece que no existen razones sólidas para justificar de forma suficiente la atribución actual de competencia de los órganos de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, más allá de una inercia histórica y de una mayor facilidad para los órganos administrativos de persecución del mismo...”.

77. (PÉREZ CEPEDA, 2007), p. 98 ss: “lo cierto es que, la falta de diferenciación podría buscarse inicialmente en que el derecho penal y la guerra son dos formas de ejercicio el poder. Pues bien, el derecho penal se trata un mal necesario, una amarga necesidad, un instrumento de última ratio, que se justifica en los aspectos preventivos. Empero, estos mismos argumentos han sido utilizados para fundamentar el *ius ad bellum*, hasta el punto de la finalidad también coincide: la prevención y el castigo.”

En definitiva, todo ello sucede porque se desconoce que el nexo entre seguridad de los ciudadanos y libertad de los mismos debe encontrarse en la protección de los derechos fundamentales<sup>78</sup>, dentro de los cuales se encuentra el derecho de presunción de inocencia como exigencia de una cierta calidad epistémica de la decisión penal. Y estos derechos fundamentales de importancia para el proceso son restringidos o relativizados en el ámbito de la seguridad contra el enemigo<sup>79</sup>, sobre todo cuando se trata de procesos penales en contra de terroristas.

Desde esta perspectiva, entonces, el proceso penal no solo cumple la función de ser una medición de la real operatividad de los derechos fundamentales, sino también una herramienta de validez intersubjetiva del sistema de justicia penal en su conjunto.

Cuando la elevada calidad del mensaje epistémico de la condena penal se perjudica, entonces, también se puede afectar desde la mismísima conminación legal abstracta (en cuanto se emite un mensaje sesgado) hasta la imposición de la pena (que reconoce como paso previo la prueba del supuesto de hecho más allá de toda duda razonable).

En efecto, la importancia del terror en estos tipos de delitos causa un tal grado de conmoción pública que puede llegar a poner en riesgo el cumplimiento de la elevada calidad epistémica de la decisión de la prueba de los hechos inculpatorios. La razón es sencilla: el conflicto terrorista es suprapersonal, tanto respecto de quienes cometen los crímenes como respecto de las víctimas. En muchos casos a los que se les identifica e imputa son personas que pertenecen a niveles jerárquicos inferiores en estructuras organizadas de criminalidad y terror, por lo que el fenómeno, en su esencia, sigue existiendo no obstante la condena de los ejecutores. Por otro lado, no son solo víctimas los sujetos pasivos de los delitos y sus familiares, sino que se puede hablar de una victimización global que afecta a un sistema de organización social completo. Muchas veces se trata de un conflicto entre dos o más culturas e ideologías, más que entre el sujeto activo y pasivo de los delitos cometidos. Por eso en este tipo de procesos se pone en riesgo no solo el mensaje epistémico que sirve de base para la elaboración de la sentencia de condena, sino también el mensaje que el sistema de justicia penal emite a la sociedad luego de finalizado el proceso penal.

Desde esta perspectiva, una sentencia condenatoria en un proceso penal terrorista debiera presentar una calidad epistémica elevada como mantenimiento de la justificación interna del mismo sistema de justicia penal, como he acabado de explicar y, también, considerando la relación del sistema de justicia penal con otros subsistemas de organización social.

---

78. En este sentido, DEMETRIO-CRESPO, Eduardo, "El «Derecho penal del enemigo» darf nicht sein!", en García Rivas, *El Derecho Penal Frente a la Inseguridad Global* (Albacete : Bomarzo, 2007), p.125. "La conclusión que se alcanza es que el vínculo de unión entre ser y el deber ser del Derecho penal han de ser los Derechos humanos. Cualquier pretensión de modulación del Estado de Derecho basada en exigencias de seguridad, o en un estado de necesidad de cualquier tipo, que pase por alto este punto, es según esta perspectiva inaceptable". En el mismo sentido, (HUSTER, 2010), p. 23: "En el Estado constitucional, siempre ha sido necesario correlacionar libertad y seguridad. La herramienta clásica de correlación es el principio de proporcionalidad, que puede encontrarse en todos los ordenamientos constitucionales".

79. LLOBET ANGLÍ, Marioana, *Derecho penal del terrorismo* (Madrid: La Ley, 2010), pp. 199 ss.

### 3. JUSTIFICACIÓN DE LA RECONSTRUCCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DE TERRORISMO

#### 3.1. Primeramente el estatus de la víctima (sujeto pasivo) en el proceso penal

En general es posible afirmar que la víctima del delito es un sujeto que, tradicionalmente, ha sido olvidada o sus problemáticas relegadas a la esfera privada del derecho y la sociedad. Es decir, el sujeto pasivo del delito se ha considerado una figura menor o con poca importancia, pues el interés público que subyace como motor de funcionamiento del sistema de justicia criminal le quita protagonismo. Quizás a partir de aquí se configura la bandera de lucha de la moderna victimodogmática: hacer completamente visible a la víctima del delito como sujeto de relevancia en el fenómeno de la dañosidad social del delito<sup>80</sup>. Y a mi modo de ver, esta es una lucha que tiene que seguir dándose pues, por ejemplo, en materia de proceso penal –desde el punto de vista de la doctrina procesal más tradicional–, la víctima sigue desencajada –aunque no del todo– en el diseño del procedimiento penal. Es decir, no tiene mayor trascendencia en el cuestionamiento acerca del acaecimiento o no de la *notitia criminis*, más que la que presenta cualquier otro testigo. Aparece tradicionalmente como una figura marginal<sup>81</sup>. Afortunadamente ello está cambiando al entenderse, actualmente, que el proceso penal moderno también tiene otras funciones, como la reparación de la víctima<sup>82</sup>, a lo que sin duda ha contribuido el conocimiento de la responsabilidad civil *ex delicto* por parte de los tribunales penales<sup>83</sup>. De esta forma se avanza dejando atrás esa visión de un proceso penal de contrarios, para que los perjudicados venzan y sometan al enemigo<sup>84</sup> en una tensión meramente vindicativa. También, de paso, abandonando una visión reduccionista del hecho delictivo como conflicto bilateral entre autor y víctima<sup>85</sup>, dando así posibilidad a la integración de la comunidad como actor interesado en la restauración/reconstrucción de los daños asociados al delito.

---

80. Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones* (Granada: Comares, 2012), pp. 6 ss.

81. ESER, Albin, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”, en ESER, Albin, *et al*, *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires: Ad hoc, 1992), p. 16: “a diferencia del imputado, que en cierto modo constituye la figura central del procedimiento penal, ya que todo gira en torno a su culpabilidad o inculpabilidad, el ofendido es, en el fondo, solamente una figura marginal. En contraste con el procedimiento civil, donde el ofendido juega un papel decisivo como «demandante»...” Por su parte, (BERISTAIN, 2004), p. 87., señala: “la nueva filosofía jurídica y el contrato social rousseauiano dieron un paso hacia adelante, entregaron a los profesionales del derecho, a los jueces, el proceso penal, el derecho y el deber de responder a los autores de los delitos. Éste progreso conllevó, sin embargo, una postergación excesiva de las víctimas, pues quedaron olvidadas, ya que los jueces consideraron que ellos (como representantes de la sociedad) y los inculpados eran los únicos interesados”.

82. GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho procesal penal* (Colex: Madrid, 2009), p. 39.

83. Al respecto, cfr. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo”, en *Indret* (4) 2014.

84. (BERISTAIN, 2004), p. 84.

85. Cfr. TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La Justicia Restaurativa: Desarrollo y aplicaciones* (Granada: Comares, 2012), pp. 14 ss.

Pero esta disfuncionalidad de la víctima en el proceso penal, aun integrándola en el litigio, puede causar perjuicios para la misma. En efecto, muchas veces se deposita sobre sus hombros la carga de la continuación probatoria del proceso penal, coaccionándole, incluso, a renunciar a su derecho de no declarar en los casos de violencia de género en donde la mujer es la denunciante y la prueba epistémicamente más potente<sup>86</sup>. Con ello se desconoce las cualidades inherentes a la personalidad de la víctima como intervinientes y se acentúa su valoración como objeto de prueba<sup>87</sup>. No debe olvidarse que el Estado es el encargado de aplicar y administrar el *ius puniendi*, y sobre él debe recaer el peso de la eficacia de la persecución penal. En este sentido, a mi modo de ver, la víctima no debería tener ninguna responsabilidad probatoria basada en elementos que configuran el “engranaje procesal” del sistema penal.

### 3.2. Estatus de la macrovíctima en el proceso penal terrorista

Ahora, todo lo anterior se da en el marco de un derecho penal “individual o personal”, donde prima tanto el principio de responsabilidad personal o individual por el hecho como en donde la afectación de variados bienes jurídicos idénticos tendencialmente individuales sea un fenómeno anormal que se traslade a la determinación de la pena. Nuestro sistema de imputación penal se basa sociológicamente en conflictos que signifiquen una atribución de responsabilidad individual, por un lado, y de afectación individual, por otro. Aunque ello no signifique la impunidad de la colectividad (en sentido amplio, como en el caso de la sanción de la coautoría, autoría y participación) y de la pluriofensividad (curso real y delitos pluriofensivos). Lo que afirmo es que la generalidad de casos se basan en esta estructura determinada de dos partes, y se consideran excepcional o poco común el castigo de conductas que no respondan a esta lógica bilateral. Quizás en ello se encuentre el fundamento de las limitaciones de recursos y eficacia que tiene la respuesta de la justicia penal en los casos de terrorismo, sin recurrir a ninguna habilitación legal excepcional.

Porque, claro, aunque no puedo demostrarlo, pareciere más común aceptar la comisión de homicidios por motivos personales o individuales que el acaecimiento de variadas muertes, provocada por unas pocas personas, por motivos ideológicos. Esto último no es tan común y por eso da, también, al delito terrorista su grado de “terror”.

No obstante lo anterior, como explicaba, en materia de terrorismo el componente “metapersonal”<sup>88</sup> es importante, tanto en la configuración de la dañosidad generada por el delito terrorista como en los mismos efectos de prevención general intimidatoria que genera la imposición de la pena en el aparato organizativo malévolo. Tan

---

86. Cfr. MAGRO SERVET, Vicente, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (Artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, en *Diario La Ley*, N° 6333, 2005.

87. *Ibid.*, p. 17.

88. No quisiera para referirme a este fenómeno usar el adjetivo de “supraindividual”. Ello, en cuanto pudiera llegar a ser, quizás, mas indicado que el que propongo, ya tiene una excepción determinada en el campo del Derecho penal referida al tipo de bien jurídico afectado por determinadas conductas. Sin embargo, con metapersonal hago referencia a intereses que, incluso, van más allá de determinados intereses o valores de titularidad colectiva que interesan proteger. Cfr. (LLOBET ANGLÍ, 2010), pp. 88 ss.

importante es la visión “más allá de la individualidad” en estos casos que se dice, por ejemplo, que el terrorismo internacional se representa como una causa de inseguridad tan determinada como intangible y ubicua<sup>89</sup>. Y ello viene heredado, probablemente, por la consideración del delito terrorista como una manifestación de una acción en la sociedad de riesgos<sup>90</sup>.

Es decir, el supuesto enemigo (organización terrorista) es ubicuo, invisible, no individualizado<sup>91</sup>. Ello, en cuanto es de carácter multinacional en su composición humana, posee financiación y redes operativas en variados países, aparte de convivir con normalidad en los escenarios donde realizan sus actos<sup>92</sup>. Quizás esta invisibilidad esté propiciada, además, por una característica que hace altamente atractiva a la organización terrorista: su secretismo<sup>93</sup>.

Ahora, todas estas características llevan a que, una vez realizados los actos, la organización supra-nacional siga siendo invisible o ubicua. Desde esta perspectiva, los que son juzgados por dichas atrocidades son un elemento accesorio, accidental, y fungible dentro de la organización terrorista. Por ello, cuando se transgreden las garantías en el proceso penal como efecto de este Derecho penal de la seguridad, no se está “perjudicando” en aras de la protección social a la organización terrorista, sino a un elemento mínimo, accidental e irrelevante de la misma que se corporaliza a través de una persona determinada que ha de cargar con una condena penal sin el respeto a las garantías. Además, al margen de si es o no correcta esta posición, no debe olvidarse que parte de los estudios de la psicología destacan que el terrorista “individual” (para diferenciarlo del ente colectivo) tiene grandes rasgos de inmadurez emocional derivadas de su “yo” infantil e inseguro, que potencian este tipo de comportamiento<sup>94</sup>. Vale preguntarse, entonces, si el terrorista es un “terrorista” o, simplemente –y por sus circunstancias–, un mero instrumento de la maquinaria suprapersonal de la organización del terror.

---

89. (PÉREZ CEPEDA, 2007), p. 92.

90. (DEMETRIO-CRESPO, 2007), p. 140: “Esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamiento anónima y estandarizada”. Por su parte, (HUSTER, 2010), p. 11, considera que el nuevo terrorismo no es solo un peligro concreto, sino también un peligro difuso y que, además, percibimos como una especie de estado de emergencia.

91. (HUSTER, 2010), p. 16.

92. *Ibid.*

93. (GARCÍA ANDRADE, 2012) p. 88.

94. (PULGAR GUTIÉRREZ 2004), p. 23: “Porque es su inseguridad amarrada, a la pasión con que piensa, la que la hace intransigente, rayando con la paranoia. El miedo a la duda es tal, que sólo cabe una defensa, no dudar nunca. El hombre tiene que enfrentarse siempre al vértigo que supone la duda de sus ideales, el miedo a equivocarse.... y es esa crisis existencial donde el hombre adquiere su menesterosidad y su grandeza. El inmaduro psíquico huye de este vertiginoso riesgo y se refugia en una verdad absolutizada, en la que ya no es preciso elegir...”. En igual sentido, *ibid.*, p. 25: “...el terrorista es un activo secundario con tendencia a la obsesión. Su estructura mental es prevalentemente cerrada y dogmática y se lanza a transformar o aniquilar su entorno a la luz del estrecho horizonte de su alucinación”.

En otro sentido, el carácter colectivo especialísimo de los actos terroristas también se traslada hacia las víctimas. Las dificultades en la lucha de la definitiva aceptación y reparación de la víctima por medio de una justicia restaurativa penal no ha permitido reparar que este componente “metapersonal” del fenómeno del terrorismo también puede que exija una reparación o restauración al mismo nivel que, quizás exceda la mera reparación individual del sujeto pasivo del delito. Se olvida que, en muchos casos, el daño sufrido por la víctima directa no es un fin, sino un medio de ataque frente al estado o sistema<sup>95</sup>. Y, por tanto, el acto terrorista es un ataque contra la sociedad toda que se ve reforzado por los efectos catastróficos de sus acciones.

Para el fenómeno de la reparación o restauración social general, de la víctima global o de la “macrovíctima”<sup>96</sup>, también el proceso penal puede ser una herramienta. Pero para ello se precisan determinadas condiciones que desarrollaré a continuación.

En primer lugar, es necesario que los efectos negativos y positivos del elevado estándar de prueba penal se mantengan, aun cuando se trate de juzgar conductas tan viles y denostables como pueden llegar a ser las terroristas. En efecto, como ya anotaba, este aspecto probatorio del proceso produce ciertos efectos sociales. Claro, siempre y cuando se estime que el proceso penal, como tal, es un elemento del subsistema de justicia penal que se vincula con otros y produce efectos que exceden al mero ámbito penal<sup>97</sup>. Asumiendo lo anterior, la efectiva aplicación del estándar de prueba penal en materia de terrorismo contribuye a la mantención de las consecuencias del mismo en materia de prevención general y especial, a partir de la minimización del margen de error de la decisión de condena y de la muestra que, no obstante todo lo exigente que puede llegar a ser el proceso, igual éste funciona generando decisiones de condena. Es decir, con ello se muestra que el mandato de determinación elaborado en la fase de conminación abstracta no son solo palabras que “se las lleva el viento”, sino que se aplican a través de un proceso penal que respeta las garantías, reforzando con ello la confianza de la ciudadanos en el sistema de justicia penal.

Pero al margen de lo anterior, un real reproche a las conductas terroristas es considerarlas y valorarlas como situaciones excepcionales que no deben ser admisibles ni legitimadas por el sistema.

En efecto, la comisión de actos terroristas produce una conmoción que perfectamente se puede traducir en un estado de excepcionalidad constitucional –o de restricción de los derechos de los ciudadanos– en pro de la seguridad y mantenimiento del orden social<sup>98</sup>. Ahora, como parte de la doctrina señala, hay que diferenciar un derecho que regule un “estado de excepción”, por esencia transitorio (como los referidos a tierras, inundaciones, terremotos, emigración) del derecho penal del enemigo, dentro del cual se encontrarían las organizaciones terroristas, en cuanto aparatos

---

95. (CASTAÑÓN ÁLVAREZ, 2013), p. 10.

96. También se habla de “macrovictimización” en *ibid*.

97. Sobre esta visión sociológica de los subsistema dentro del Derecho *vid.*, (FRIEDMAN, 1977), p. 10 ss; (FERRAJOLI, 2014), pp. 695 ss.

98. (SILVA SÁNCHEZ, 2006), p. 184.

permanentes de producción de conductas de dañosidad social<sup>99</sup>. La permanencia del mal terrorista debe ser inocuizada o limitada por medio de una respuesta “ordinaria”, “normal” y no “excepcional” de parte de la comunidad y sus instituciones jurídicas. De lo contrario, indirectamente se contribuye a la permanencia “viva” de la organización terrorista como colectivo al margen del Derecho.

Si, por ejemplo, nos dejamos llevar por el sentimiento retribucionista que genera el acto terrorista para juzgarlo penalmente siendo más flexibles con el respeto de la “duda razonable”, lo que estamos haciendo es prolongar, *de facto*, el estado excepcional generado por el mismo acto. Es decir, ante una aborrecible afectación masiva de bienes jurídicos no solo aplicamos una pena como segunda violencia que se añade al delito<sup>100</sup>, sino también una restricción adicional de derechos fundamentales. Es decir, a una situación excepcional estamos respondiendo con atribuciones fácticas excepcionales, lo cual, lejos de permitir una restauración o recomposición del régimen social, está haciendo perdurable la anormalidad del aparato organizado del terror. Si a la “excepción” respondemos con una “excepción”, entonces, estamos retribuyendo el mal con el mal. O, con las palabras de JAKOBS, dejamos en cierto modo todos de ser ciudadanos, desde el momento que no cumplimos con las expectativas de seguridad de nuestro comportamiento (que se aplique un proceso penal garantista para la condena de los terroristas). Esta actitud se confronta con lo que afirma BERISTAIN sobre lo que esperan las macrovíctimas del terrorismo: que el bien triunfe sobre el mal, a través de la creación de un nuevo sentido de vivir y de morir, del reconocimiento de su dolor y de la implantación de la justicia como camino hacia la paz<sup>101</sup>. Porque, quiérase o no, un proceso penal que no respete las garantías tiene poquísimas probabilidades de generar una sentencia justa y, por tanto, de realizar la justicia.

Y esto que anoto ha sido observado desde tiempos antiguos. Por ejemplo, SPEE en su *Cautio Criminalis* ya se preguntaba si la tortura en general –y, especialmente en el caso de las brujas– era un buen método para hacer salir la verdad hacia la luz<sup>102</sup>. No por nada se considera que esta ha sido una de las primeras obras de Criminología crítica, cuya data es del siglo XVII. Por otro lado, las “brujas”, desde el punto de vista sociológico de dicha época, tienen muchos puntos en común con el enemigo del Derecho penal del enemigo de JAKOBS. Si ya en esa época alguien podía considerar que las brujas estaban siendo juzgadas y castigadas con un déficit de garantías, entonces, ¿cómo nosotros, en el siglo XXI, podemos justificar que ello ocurra sin una razón intrasistémica adecuada? Al menos deberíamos hacernos cargo del cuestionamiento.

---

99. (BUENO ARÚS, 2009) p.87: “no puede decirse que el terrorismo deba ser considerado una *situación extraordinaria y catastrófica* (más bien da la impresión de que los países donde está radicado constituye ya una situación normal y ordinaria), pero sí constituye una situación grave, que requiere echar mano de instrumentos más eficaces que de ordinario...”. Por su parte, (JAKOBS, 2003), p. 38 considera al terrorismo uno de los casos donde se defrauda la expectativa de comportamiento de carácter permanente, lo cual hace mas permeable al estado para reconocer y tratar al delincuente con el rol de persona.

100. (FERRAJOLI, 2014), p. 21.

101. (BERISTAIN, 2004), p. 37.

102. SPEE, Friedrich, *Cautio Criminalis* (University of Virginia Press: Virginia, 2003), p. 100 ss.

Ahora, la atribución de la normalidad a un suceso excepcional como el terrorista, *ad intra* –es decir, para los ciudadanos o víctimas globales– no es un aspecto que siembre la desconfianza en el sistema, precisamente, porque la visión retributiva se entiende cumplida. Más bien lo contrario, el ciudadano del colectivo afectado siente que se ha hecho justicia. Ello, en cuanto se le han aplicado a los miembros del colectivo del terror, en su juzgamiento, las mismas normas que se utilizarían para juzgar a cualquier ciudadano.

El no respeto de garantías en el proceso penal puede incidir negativamente en la prevención general negativa del colectivo del “meta autor” de los hechos, en cuanto se asume que la respuesta penal no ha sido una decisión institucionalizada, sino más bien el ejercicio formal de la venganza, lo cual acrecienta los motivos para seguir adelante con la “lucha” terrorista. Desde esta perspectiva, la decisión penal no se percibe como la atribución de un castigo –en el sentido penal del término–, sino más bien como una agresión institucional que puede ser interpretada como un aliciente para continuar con las motivaciones terroristas, frente a la cual –desde la perspectiva del colectivo malévolo– tal parece lógico y legítimo defenderse.

### **3.3. De la restauración jurídica a la restauración social (recomposición jurídica)**

El delito terrorista, como señala SILVA SÁNCHEZ, no solo es la desestabilización de una norma en concreto, sino de todo el Derecho como tal<sup>103</sup>.

En efecto, el restablecimiento de la normalidad del régimen jurídico social afectado por el delito terrorista debe ser reestablecido cuanto antes. Y ello no acaece cuando se hace una aplicación excepcional de las reglas regulatorias de la prueba en materia penal, por ejemplo. Un proceso penal en estos términos, en cuanto decisión institucionalizada con respeto a las garantías, contribuye a la repersonalización de quienes han sido captados y forman parte de la ideología terrorista. Con ello se reciudadaniza al terrorista, enseñándole que si respeta el orden jurídico penal sufrirá consecuencias ante su incumplimiento, pero con el consiguiente respeto de sus garantías en cuanto ciudadano y con las facilidades que otorga el Estado para su reeducación y resocialización. Al contrario de lo que sucede cuando se niega dicho rol, como integrante de una organización al margen del Derecho. Es decir, el orden social no se restablece si a una negación de la dignidad humana se responde por medio de otra negación. Para nada ello facilita la restauración del conflicto.

Lo que afirmo, por su parte, se encuentra en consonancia con los nuevos paradigmas de la justicia restaurativa que, por supuesto, tiene su especialidad en el caso de delitos terroristas. Para ella la función principal de la reacción social ante el delito no es el castigo, sino crear condiciones que promuevan la restauración del daño causado<sup>104</sup>.

---

103. (SILVA SÁNCHEZ, 2006), p. 186..

104. (TAMARIT SUMALLA, 2012) p.11 ss. En la misma línea (BERISTAIN, 2004), p. 37 considera: “algo extraordinario hay que *no hacen* las macrovíctimas: el milagro de que ninguna haya adoptado una postura vengativa. Respetan la justicia. Reconocen que la solución fundamental al terrorismo no es el diálogo, sino la sanción justa, humana y resocializadora, que ya desde el Derecho romano –que quizás no ha afectado al País Vasco– en la piedra sillar, básica, de la política; al contrario de lo que opinan numerosos profesores universitarios de la Comunidad Autónoma Vasca”



Ahora, ¿cómo podría ser posible la restauración de los perjuicios sin saber exactamente qué conducta generó esos daños, si pueden ser o no atribuibles a una persona, ni determinar con mayor o menor exactitud su extensión? Es decir, una restauración del daño por medio de la justicia restaurativa presupone, como paso previo, saber el campo de operatividad de la misma. Es decir, su escenario. Y ello solo es posible, desde el punto de vista de una respuesta institucional, a través de un proceso penal que cautele todas las garantías, entre ellas, las del estándar de prueba y la búsqueda de la verdad.

Es efectivo que el proceso penal como mecanismo de averiguación de la verdad es bastante limitado. Que, incluso, al tratarse de un sistema formal de reglas muchas veces sus directrices se transforman en medidas contraepistémicas<sup>105</sup>. Pero muchas de ellas, como la prueba ilícita, por ejemplo, además de cautelar las garantías aseguradas por la constitución, también pueden verse desde un prisma de mayor acercamiento de la verdad posible. En efecto, una prueba que sea obtenida con infracción a los derechos fundamentales tiene un alto grado de probabilidad de ser un mecanismo inseguro y falto de fiabilidad para conocer un hecho. Desde esta perspectiva, entonces, una medida que aparece *a priori* como contraepistémica se puede ver, también, como una forma de cautela epistémica de los hechos en el proceso penal.

Al margen de lo anterior, en materia de delitos de terrorismo puede ser mejor obtener la realidad de los hechos por medio del proceso penal como paso previo a una restauración o resarcimiento. En efecto, la victimización global precisa de una “verdad” que sea igual para todos, como punto de partida para empezar a pensar en un proceso de restauración. Y ello es particularmente más evidente en materia de terrorismo. No solo los sujetos pasivos necesitan saber qué ocurrió y quienes son sus autores, sino la sociedad toda. Y para ello se precisa de un mecanismo institucional que pueda cumplir esa función como es el proceso penal. Ello fue lo que ocurrió precisamente con los primeros minutos después de los atentados del 11-M en Madrid que, en primer momento, se atribuyeron a ETA por equivocación y confusión. Este error, y el mal manejo de la emergencia e información pueden haber sido determinantes para que la ciudadanía decidiera cambiar el rumbo político del país (en las elecciones del 14 de marzo de 2004), desde un gobierno más de “derecha” hacia una opción más de “izquierdas”<sup>106</sup>. De ello es posible desprender que la sociedad toda ante el terror precisa de una respuesta institucional que de cuenta de los hechos, sus circunstancias y razones para, con posterioridad a ello, preguntarse sobre la posibilidad de restauración.

De hecho, de forma análoga ello es lo que se intenta perseguir cuando se crean respuestas institucionales a crímenes políticos o de lesa humanidad como

---

105. En relación con lo contraepistémico en que se puede tornar el proceso adversarial y sus reglas, como las “exclusionary rules”, *vid.*, HAACK, Susan, “Epistemology legalized: or, Truth, Justice, and the american way”, en *The American Journal of Jurisprudence*, (43), año 2004, p. 52 ss; LA MISMA, “Truth, truth, «Truth», and «Truths» in the Law”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol.26 (17), año 2003, p.19.

106. Al respecto, *cfr.*, IRUARRÍZAGA *et al.*, “Repercusiones Psicopatológicas de Los Atentados Del 11-M En Madrid”, en *Clínica y Salud: Revista de Psicología Clínica y Salud*. Vol. 15, N° 3, 2004.

las comisiones de “verdad” y reconciliación, y no solo referidas a la restauración o justicia<sup>107</sup>.

No por nada se dice, entonces, que no se puede llevar adelante un proceso de reconciliación sin saber lo que realmente ocurrió.

#### **4. LA RESTAURACIÓN INDIVIDUAL A PARTIR DE LA RESTAURACIÓN SOCIAL**

Es pertinente preguntarse en esta parte del trabajo, en relación con la búsqueda de la verdad en el proceso terrorista, si la restauración social se compone a través de la suma de restauraciones individuales o de si, por el contrario, hablamos de un sustrato ontológico completa o parcialmente diferente. Como sea, lo cierto es que en uno u otro caso la restauración de la víctima del delito, en sentido tradicional, traerá aparejada un notable avance en la restauración o reconstrucción social de los daños ocasionados por la conducta terrorista. Ahora, lo que no se suele explorar en el caso de la restauración de la víctima de delito es que se puede generar un sentimiento de acompañamiento de la sociedad toda a través del mensaje institucional del proceso penal. Es decir, cuando ya sea necesario judicializar el asunto, tomar en consideración estas variables puede ayudar a la restauración individual de la víctima del fenómeno terrorista.

##### **4.1. Víctima, terrorismo, estrés postraumático y proceso penal**

Ya para nadie es una novedad asumir que las conductas terroristas causan diversos efectos en las víctimas. En especial, desde el punto de vista psicológico, muchas de las víctimas del terrorismo generan estrés postraumático por verse expuestas al fenómeno de las conductas terroristas. Una de las características distintivas de las víctimas de terrorismo es el especial nexo psicológico “autor-víctima” basado en la deshumanización que se traduce en la negación de parte del victimario del estatus de persona de la víctima, cosificándola, haciéndola más vulnerable a la acción hostil<sup>108</sup>. Ello se traduce y manifiesta a través de diversas reacciones biopsicológicas de la macrovíctima y de los sujetos pasivos del delito.

La sintomatología específica del trastorno por estrés postraumático puede sistematizarse en torno a tres elementos sindrómicos: el síndrome de repetición o reexperimentación traumática, las conductas de evitación embotamiento y un estado basal de hiperactivación o hiperarousal<sup>109</sup>.

---

107. Cfr. (REYES MATE, 2008), p. 45 ss; ALBEROLA, Octavio/VILLAGRASA, Félix, *Miedo a la memoria : Historia de la ley de “Reconciliación y Concordia”* (Barcelona : Flor del Viento, 2008); ALONSO OLLACARIZQUETA, Lucía *Reanudar lazos rotos : Estudio sobre reconciliación en Camboya* (Barcelona : Icaria, 2003); SALVI, Valentina, *De vencedores a víctimas : Memorias militares sobre el pasado reciente en la Argentina* (Buenos Aires : Biblos, 2012)

108. (CASTAÑÓN ÁLVAREZ, 2013), p. 8.

109. MEDINA AMOR, José, *El trastorno por estrés postraumático en víctimas del terrorismo*. Tesis doctoral (Universidad Complutense de Madrid, 2001), pp. 156 ss.

En el momento del atentado, se presenta una reacción de inmovilidad, estupor, de abandono absoluto hasta la paralización<sup>110</sup>. Posterior al mismo, suele desencadenarse una respuesta más elaborada, involuntaria o refleja, que transforma al organismo en un sistema capaz de ofrecer resistencia a través de una actividad frenética e incontrolable de defensa o escape<sup>111</sup>.

Por último, se suele decir que un paciente que presenta esta patología vive en un estado de alarma permanente y persistente, con manifestaciones de hiperalertización (hipervigilancia, irritabilidad, respuesta de sobresalto) y manifestaciones de hiperactividad vegetativa (síntomas neurovegetativos)<sup>112</sup>.

Pues bien, frente a todo lo anterior los psicólogos se preguntan cuál es el mejor tratamiento a que deben ser sometidas las víctimas del terrorismo para superar este estrés postraumático. En efecto, son variadas las alternativas que de respuesta a esta cuestión. Sin embargo, creo que los psicólogos encuentran una cierta unanimidad en que el tratamiento que cuenta con mayores estudios empíricos de efectividad es la denominada terapia cognitivo conductual (TCC). Esta terapia se desarrolla en múltiples sesiones y se le reconocen tres grandes fases. La primera, destinada a que el individuo pueda entender, aceptar y querer todos los beneficios y consecuencias que se le atribuyen a esta fase de tratamiento. Una segunda etapa en donde existe una exposición del paciente frente al hecho que ha generado el estrés, ya sea por medio de un contacto a través de las narraciones o recuerdos del mismo paciente, ya sea a través de la exposición controlada al suceso con intervención de terceros. Una tercera etapa, finalmente, dedicada a aplicar los nuevos conocimientos adquiridos y la capacidad para enfrentar y hacer frente a los recuerdos inquietantes, sin la evitación adquirida, a todas las áreas de la vida del paciente<sup>113</sup>.

Todo ello ha de tener como objetivo una modificación en la conducta del paciente como respuesta al fenómeno estresante, a través de un aprendizaje cognitivo tanto para eliminar la reacción psicobiológica de alarma o pánico como para controlar la sintomatología que se da como respuesta al estrés.

Ahora, desde el punto de vista de la terapia, puede llegar a ser cuestionable que se puedan obtener buenos resultados si no se sabe con meridiana exactitud cuál es el contenido, extensión y motivación del fenómeno que produce el estrés. Tanto es así, que como mecanismo de supervivencia, muchas veces nuestra “psiquis” emplea una

---

110. (PULGAR GUTIÉRREZ 2004), p. 135: “a veces, es la parálisis sólo dos fracciones de segundo, siendo seguida reacción más elaborada de defensa o de huida. En otras ocasiones, puede prolongarse cuanto a la duración del acontecimiento, quien inició presencia entonces «como si fuera ajeno a la escena». Los protagonistas suelen relatarlo en los siguientes términos: *me quedé agarrotado, incapaz de reaccionar ni de huir, ni tan siquiera protegerme. Parecía paralizado. Oí el ruido, los gritos, veía mandar la sangre y sólo conseguía quedarme ahí, como si aquello no fuera conmigo, como si no estuviera pasando de verdad*”.

111. *Ibid.*, p. 136.

112. (MEDINA AMOR, 2001), p. 157.

113. Cfr. FORD, Julian D. *Posttraumatic Stress Disorder Scientific and Professional Dimensions* (Boston: Elsevier/Academic Press, 2009), p. 183 ss; Johnson, Sharon L., *Therapist's Guide to Posttraumatic Stress Disorder Intervention* (Boston: Elsevier/Academic Press, 2009), p. 123, ss. *vid.*, también, (MEDINA AMOR, 2001) pp. 156 ss.

reacción de evitación al estresor, de forma de anular su presencia y, por tanto, los efectos que causan en un organismo. Sin embargo, la terapia cognitivo conductual intenta “evitar la evitación”, en cuanto ella perjudica el avance en el proceso psicológico de aceptación y de manejo de la situación por parte de las víctimas<sup>114</sup>. En efecto, puede llegar a ser completamente cuestionable que se vuelva a reestablecer el control sobre los efectos que causan las situaciones de la vida si no se sabe con exactitud las causas y extensión del fenómeno que genera el estrés; en este caso, de los actos terroristas<sup>115</sup>.

Desde esta perspectiva, entonces, el mayor acercamiento de la verdad posible por medio del proceso penal también sirve a las víctimas, en cuanto, atendido a la dilación de la terapia cognitivo conductual, lo que se haya determinado en la sentencia puede servir para la superación de la segunda y tercera fase de la psicoterapia en los casos de estrés postraumático. No es lo mismo optar por un procedimiento de exposición controlada del paciente al estresor sobre la base de la descripción que éste mismo hace de él (que, eventualmente, puede ser sesgada y, por tanto, limitar los alcances del éxito de la terapia) que hacerlo tomando en consideración una narración fáctica generada a través de una obtención de material probatorio cumpliendo con todas las garantías, en un procedimiento acusatorio, y sometido a contradicción. Para los efectos de la superación del estrés postraumático, las limitaciones del proceso penal mencionadas anteriormente sirven, especialmente, como una herramienta que asegura la calidad epistémica de la decisión y, por tanto, su mayor acercamiento a la verdad. Además, la determinación de los hechos en el proceso penal con apego a las garantías puede servir para que la víctima integre cognitivamente el estresor y lo asuma como algo que forma parte de su vida a lo cual debe hacer frente.

Por otro lado, es un hecho notorio que la investigación penal de carácter institucionalizado posee mayores medios de reconstrucción eficaz del estresor que aquella realizada de forma particular e individual por el paciente. No solo ello, sino que a partir de una investigación institucionalizada se puede llegar a conocer mayores antecedentes del estresor que permitan o faciliten que la víctima pueda realizar un aprendizaje cognitivo de las reacciones frente al suceso, en cuanto entiende el porqué de los mismos, aunque, evidentemente, lo rechace.

Por ejemplo, es posible que un psicólogo se enfrente a una terapia cognitivo conductual para superar un estrés postraumático de un adulto que en su niñez experimentó conductas de abuso sexual, solo a partir de los recuerdos del paciente, que son difusos, inexactos y que han ocurrido hace mucho tiempo. Ahora, la situación respecto a la extensión y eficacia del tratamiento deben ser completamente distintas si el psicólogo se enfrenta a la misma terapia frente a una víctima del terrorismo. Ésta cuenta con un proceso penal que, a partir de una investigación institucionalizada, puede llegar

---

114. (PULGAR GUTIÉRREZ 2004), p. 137: “la primera etapa la evolución de la víctima se caracteriza por un Estado de anestesia relativa por efecto de shock orgánico y psicológico, con todas las defensas del cuerpo y de la psique cerrando filas en torno al sujeto. Éste queda «protegido» por una tupida malla de mecanismos defensivos que le aíslan de la vivencia dolorosa. A medida que pasan los días, dicha malla parece ir «aflojando», con lo que el individuo vuelve a estar expuesto a la irrupción de evidencias dolorosas. La forma de ese «despertar» y las reacciones del paciente ante el mismo prefiguran los efectos a largo plazo sobre su psiquismo”.

115. Cfr. (MEDINA AMOR, 2001), p. 261 ss.

a determinar la motivación de los terroristas, su vinculación con los sujetos pasivos del delito a partir de la ubicación de dichos actos en el contexto social, político e ideológico, etc., con todo lo beneficio que ello puede ser desde el punto de vista terapéutico para los afectados por los actos de terror.

Vale decir, mientras se cuente con mayores antecedentes que permitan describir mejor el fenómeno causante del estrés, existen mayores posibilidades de éxito del mismo.

De esta forma, se favorece el alcance que puede tener el éxito de la terapia psicológica cuando se toman en consideración la averiguación y juzgamiento que se hicieron de los hechos terroristas en un proceso penal con todas las garantías.

#### 4.2. Víctima, terrorismo, memoria y proceso penal

Como visión tradicional, a lo largo de la historia, se ha asumido que el progreso social produce víctimas y que para pensar en el futuro hay que dar la espalda al pasado<sup>116</sup>. Sin embargo, hoy en día se ha acentuado la necesidad social de dar “visibilidad a las víctimas del terrorismo” en el entendido que su sufrimiento deje de ser el precio silencioso de la política y de la historia y, por contra, se transforme en algo significativo como sinónimo de justicia<sup>117</sup>. A mi modo de ver, esta es una de las motivaciones que subyace al otorgamiento de las víctimas a un derecho a la verdad<sup>118</sup> sobre lo sucedido, no solo como una forma de servir para una recuperación terapéutica de la sintomatología individual, sino también para escribir la historia por medio de una memoria<sup>119</sup>.

Sobre la misma, por ejemplo, algunos filósofos han planteado que un factor decisivo a la hora de explicar la visibilidad de las víctimas es la presencia de un nuevo concepto de memoria. Es decir, esta no como una mera actividad psicológica que consistía en traer a la conciencia un momento del pasado, sino como la facultad de poder interpretar como realmente significativos aspectos que hasta ahora no tenían ningún valor hermenéutico. De esta forma, se concibe a la memoria como la “capacidad de dar sentido al conjunto de acciones humanas”<sup>120</sup>.

REYES MATE afirma: “quien lea el pasado con ojos de la memoria (y no con los del historiador) asemejará a un traperero que va recogiendo desechos, no para destruirlos o reciclarlos sino para leer en ellos lo que pudo ser y quedó frustrado, es decir, para descubrir posibilidades latentes que pueden ser activadas”<sup>121</sup>.

---

116. (REYES MATE, 2008), p. 20.

117. *Ibid.*, p. 21.

118. *Vid.*, Carta Europea de los Derechos de las víctimas del terrorismo II, 11 dispone: “*Victims are entitled to a full and complete knowledge of the acts that resulted in their victimization. Are also entitled to know the people involved and the circumstances that motivated them. They are entitled to know the truth about the circumstances in which violations were committed and in case of death or disappearance, the fate of the victim.*”.

119. En efecto, (BERISTAIN, 2004), p. 38, “considera que para dar voz a las macro víctimas debemos erigir monumentos elocuentes a su memoria, debemos crear canales institucionales que les sirvan de foro público nacional e internacional...”

120. (REYES MATE, 2008), p. 25.

121. (REYES MATE, 2008), p. 25.

Con ello, la memoria también “salva” en el sentido de enfrentarse al asesinato hermenéutico que hace olvidar el significado y dañosidad social del acto terrorista entendido como un daño al otro, sinónimo de injusticia. Es decir, la memoria permite que se haga gráfico y permanente el acto terrorista como injusticia. Ello explica que memoria y justicia sean sinónimos, como lo son olvido e injusticia<sup>122</sup>.

Ahora, un proceso penal que busque acercarse a la verdad no solo contribuye a la elaboración de una memoria de carácter histórico, sino también a reforzar el carácter y reproche que se le da al acto terrorista. En efecto, mientras más se acerque a la verdad de los hechos, el mensaje epistémico emanado del sistema de justicia penal a través de una sentencia condenatoria tendrá mayores posibilidades de presentar un carácter permanente, atemporal, cuyos efectos no solo sean medidos en términos de afectaciones jurídicas a los intervinientes del proceso penal, sino también, respecto de la sociedad toda, incluso, respecto de aquellos ciudadanos que aún no han nacido. Es decir, mientras mayor sea la cercanía a la verdad de la decisión penal, mayor será la contribución del proceso penal a la memoria entendida en términos modernos, especialmente, respecto del significado hermenéutico de los actos terroristas. Mientras más falible sea la prueba de los hechos de una sentencia condenatoria terrorista, mayores posibilidades existirán que la preservación de la memoria en el sentido de la significación hermenéutica de los actos terroristas sea revocada, aminorada o limitada<sup>123</sup>.

Por ello resulta todavía más importante no dar pie a la concretización de resultados jurídicos emanados de la conmoción pública a través de la excusa de la aplicación de un derecho penal securitario en los casos de terrorismo. El alcance de la conmoción pública puede variar en el tiempo, lo cual demuestra su excepcionalidad. Pero una sentencia de condena, como efecto sociojurídico, debería tener eficacia permanente, también atendiendo a su capacidad para favorecer la memoria.

Mientras más falible sea el enunciado epistémico que da sustento a la condena penal, como ya anotaba, el efecto permanente o atemporal de la condena penal –y por tanto, de la contribución de ésta a la memoria hermenéutica de los actos de terrorismo– será limitado.

## **PALABRAS FINALES**

Con este trabajo he querido platear nuevas perspectivas del entendimiento de la búsqueda de la verdad en el proceso penal terrorista. También, he intentado mostrar cómo es posible vincular, en apoyo de mi posición, el estudio del proceso penal terrorista con efectos psicobiológicos, de victomodogmática y de memoria histórica. Pero claro, sé que son nuevas perspectivas que, como tales, más que zanjar cuestionamiento, abren otros tanto, mucho de los cuales no son muy populares dentro del estudio tradicional del Derecho y muchas veces platean justamente lo contrario que se ha afirmado respecto de la relación entre proceso penal y las víctimas. Valga, entonces, la aclaración.

---

122. *Ibid.*, p. 26.

123. Por ejemplo, los efectos permanentes o atemporales de una determinada condena penal se ponen en riesgo cuando se demuestra que ésta se ha generado de forma defectuosa. Es decir, cuando con el tiempo se demuestra científicamente que la condena fue errónea, como en los casos del “innocence project” que, precisamente, estudia procesos en donde se ha aplicado la pena de muerte de forma errónea o no.