

Proceso de paz y consecuencias jurídicas

Autora: Carmen Lamarca Pérez
Profesora Titular de Derecho Penal.
Universidad Carlos III de Madrid.

Resumen

Desde estas líneas venimos a manifestar que la legislación de un Estado, incluso la legislación que se dicta para combatir fenómenos de extrema violencia como es el terrorismo, debe ser siempre respetuosa con los derechos fundamentales; la respuesta al terrorismo sólo puede basar su legitimidad en un escrupuloso respeto a la legalidad y a las garantías y derechos de todos los ciudadanos. En este proceso de paz que sigue vigente en nuestro país hasta que alcancemos el resultado del final de la violencia, al Estado le toca pues convencer, convencer al oponente político de que no resulta necesario recurrir a las armas para hacerse oír, para poder participar políticamente.

Palabras clave: paz, terrorismo, derechos humanos, penas.

Abstract

In these lines we mean to express that State's legislation, even legislation passed to fight acts of extreme violence like terrorism, has to be respectful with the funda-

mental rights; The response to terrorism can only base its legitimacy in a scrupulous respect to legality and to the guarantees and rights of all citizens. In the peace process, in which our country is still involved and will be till the ending of violence is reached, the Estate has to convince the politic opponent that resort to arms is not necessary to be heard, to be able to participate in the political system.

Key words: peace, terrorism, human rights, penalties.

Recibido: 01.12.2007

Aceptado: 18.01.2008

I. El marco del proceso

Como la práctica más reciente ha puesto de manifiesto, el denominado proceso de paz no constituye un camino fácil; desde que el 22 de marzo de 2006 ETA hiciera su declaración de alto el fuego permanente y el Gobierno socialista recabara la autorización del Congreso para entablar un diálogo o negociación con la citada organización muchos han sido los obstáculos para que este proceso llegara a buen puerto y, en especial, hay que recordar el atentado del aeropuerto de Barajas que costó la vida a dos personas.

En la actualidad, rota de nuevo la tregua y con un absoluto hermetismo sobre lo dialogado, se hace ahora más complicado, pero quizás más necesario, que antes proclamar que aún somos muchos los que creemos que la paz resulta, debe resultar, posible. Desde luego, durante este año largo de alto el fuego la paz, especialmente las supuestas o posibles condiciones para alcanzarla, han constituido el eje del debate social y político y así junto a cuestiones que pudieramos denominar de carácter más estrictamente político -como la cuestión de la independencia del País Vasco o la anexión de Navarra- también se han debatido materias más vinculadas al mundo jurídico como algunos procedimientos penales y así, por ejemplo, el proceso a las organizaciones juveniles Jarrai, Haika y Segi, el caso del periódico "Egunkaria", el sumario 18/98, recientemente visto para sentencia, la llamada doctrina del caso "Parot" y, especialmente por las repercusiones sociales que últimamente ha tenido, el caso "De Juana Chaos".

En realidad, lo cierto es que pocas cuestiones pueden calificarse como exclusivamente políticas, ni como exclusivamente jurídicas; todas las medidas de poder requieren una cobertura jurídica pero también resulta constatable que detrás de las normas, incluso detrás de los fallos judiciales existe una ideología, un sentido político del que no pueden escapar ni el intérprete ni el aplicador del Derecho. Pero junto a la constatación de que todas las decisiones están, en mayor o menor medida, impregnadas de ideología, hay que manifestar además que, en mi opinión, en un Estado de

Derecho todo debe resultar discutible, no existen o no deben existir materias es en sí mismas innegociables, lo único innegociable es el método para conseguir un estado de cosas; cabe así discutir el más radical de los cambios o de las peticiones siempre que las partes se comprometan a utilizar únicamente métodos democráticos para alcanzarlas. Desde esta perspectiva, lo que cabe exigir a ETA no es por tanto que renuncie a sus fines independentistas, que renuncie a Navarra o a un Estado socialista y euskaldún, como reitera en sus comunicados, sino que lo que hay que pedir es que renuncie a lograr estos u otros postulados por medio de la lucha armada; ésta condición, la renuncia a la lucha armada, debe ser, eso sí, la “*conditio sine qua non*” para iniciar un auténtico proceso de paz.

Y si a ETA lo que le pedimos es que abandone la lucha armada ¿qué debemos pedirle al Estado para que este proceso de paz pueda llegar a buen puerto?, pues a mi juicio también en este caso no se puede pedir la renuncia a ningún principio sino que lo que cabe pedir es que se aseguren auténticos cauces de participación política, asegurar que todos tengan los mismos instrumentos y las mismas posibilidades para conseguir que sus postulados triunfen a fin de que no pueda alegarse el famoso derecho de resistencia, esto es la necesidad de la lucha armada, frente a la tiranía, derecho que, como es sabido, llegó a consagrar la Declaración de Derechos del Hombre de 1789. Y sin duda alguna para conseguir esta auténtica igualdad entre las partes, que es a lo que conduce la existencia de verdaderos cauces de participación política, resulta imprescindible de entrada, y aquí es donde interviene nuestro Derecho penal, que se renuncie a la criminalización de los adversarios políticos, que se renuncie a seguir aplicando, como especialmente en los últimos tiempos se viene haciendo, una legislación excepcional como es la vigente en materia antiterrorista que tiende a suspender e incluso a suprimir derechos fundamentales cuya conquista, que ha costado siglos de lucha, no estamos dispuestos a renunciar.

II. La legislación antiterrorista vigente

En este sentido, he señalado en alguna ocasión que precisamente uno de los mejores bancos de prueba para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático lo constituye el análisis de su legislación antiterrorista y de la aplicación práctica de este tipo de legislación. Es en esta materia donde el sistema político, incluso el denominado democrático, muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente la eficacia de las garantías individuales. Ahí está, por ejemplo, fuera de nuestras fronteras, la *Patriotic Act* que promulgaron los norteamericanos tras los atentados del 11 de septiembre o la legislación inglesa dictada tras los atentados del 7 de julio a tenor de las cuales se puede detener casi *sine die* a las personas sospechosas de haber cometido o ayudado a cometer un atentado terrorista y, asimismo, existen centros de detención como Guantánamo que constituyen un auténtico limbo jurídico y no se caracterizan precisamente por el respeto a los dere-

chos humanos; como es conocido, en Guantánamo las personas ni siquiera saben porqué están detenidas, porque no es necesario realizar una acusación formal para estar recluido durante un tiempo ilimitado, y no existe derecho de *habeas corpus* para quienes no sean ciudadanos americanos o la jurisdicción se ejerce por medio de tribunales militares especiales.

No nos engañemos, las leyes antiterroristas forman parte, además, de la propia lógica del terrorismo y en cierto modo expresan una autonegación del Estado de Derecho que es buscada de propósito creándose una dialéctica de agresión-legislación que da lugar a una profusa respuesta normativa de carácter excepcional y de contenido antidemocrático. Se trata de una legislación que responde al modernamente denominado “Derecho penal del enemigo” donde al terrorista se le despoja de sus derechos porque por ser terrorista ha adquirido la condición de “no-persona” y donde se justifica la tortura como método eficaz de obtener una confesión o información o incluso sencillamente como método de intimidación. Como ha destacado Ferrajoli la idea no es nueva, recordemos la amplitud y arbitrariedad con que eran concebidos y enjuiciados los “crímenes de lesa majestad”, es decir los crímenes políticos, en el Antiguo Régimen; pero además este ahora denominado derecho penal del enemigo propicia que se castigue por lo que “se es” y no por lo que “se hace”, es decir propicia la aplicación de un derecho penal de autor y no de acto donde lo que cuenta, por encima de todo, es la pretendida eficacia de las normas.

Pero no hace falta acudir a la legislación de otros países ni siquiera a la dictada tras los últimos atentados provenientes del terrorismo fundamentalista islámico que, sin duda alguna, es el que viene causando una mayor alarma social en los últimos tiempos por su carácter no selectivo. En nuestro propio ordenamiento jurídico, y en una norma sin precedentes en Europa, el art. 55,2 de la Constitución prevé la posibilidad de que se puedan suspender determinados derechos de los ciudadanos en supuestos antiterroristas; es la consagración de lo que la doctrina denomina “suspensión individualizada de derechos” que, en realidad, ni es individualizada ni es una suspensión. Y no se trata de una suspensión individualizada de derechos porque la restricción no sólo afecta a los “sospechosos” de terrorismo sino que en algunos casos, como las intervenciones telefónicas por ejemplo, puede afectar potencialmente a todos los ciudadanos; y tampoco cabe hablar propiamente de una suspensión de derechos en sentido riguroso sino más bien de una restricción de carácter permanente que como tal ya está prevista en la legislación ordinaria, es decir en la Ley de Enjuiciamiento criminal, y que deroga el régimen establecido por la Constitución para ciertos derechos fundamentales e incluso en algún caso se permite restringir derechos que no autoriza el citado artículo 55,2 del texto fundamental.

Lo cierto es que para hacer frente al terrorismo desde la legislación estrictamente penal lo que suele hacerse es agravar los delitos comunes y eso es lo que, en líneas generales, hace nuestro Código penal vigente que, como es sabido, sanciona con una pena mayor la realización de determinados delitos -homicidio, asesinato, secuestro

amenazas, etc.- cuando se realizan por una banda organizada y armada con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Pero en realidad el verdadero caballo de batalla de las normas antiterroristas lo constituye la legislación procesal, es decir la legislación que regula el procedimiento de aplicación de las normas penales y que en estos casos lo que hace es establecer un régimen especial, es decir distinto, respecto a las garantías del ciudadano permitiendo así, por ejemplo, que la detención policial se prolongue cuarenta y ocho horas más allá de las setenta dos horas que es el plazo ordinario o consintiendo la incomunicación policial del detenido, o que sea la autoridad policial y no el juez quien decrete la intervención de las comunicaciones (llegando incluso a poder intervenir el teléfono de un sitio público), o que se suspenda el derecho a nombrar abogado de confianza lo que termina por convertir al abogado del sospechoso en abogado sospechoso, etc.

De todas estas medidas excepcionales que cabe aplicar en caso de detención por terrorismo destaca en nuestro país que la jurisdicción no sea la común para todos los ciudadanos sino la especial de la Audiencia Nacional; es decir en los casos de terrorismo instruyen los Juzgados Centrales y juzgan las Salas de la Audiencia Nacional conculcando de este modo el derecho al juez natural predeterminado por la ley y el principio de inmediación pues los jueces de la Audiencia Nacional sólo residen en Madrid.

III. El difícil concepto de terrorismo

En cuanto al concepto de terrorismo, esto es qué tipos de actos hay que calificar como tales y a quién cabe en definitiva aplicar las medidas penales o procesales de carácter excepcional previstas por nuestra legislación, es quizás una de las cuestiones más polémicas; suele decirse que sobre el concepto de terrorismo el único acuerdo que hay en la doctrina es que no existe acuerdo porque las definiciones jurídicas son diferentes según los países y los momentos históricos y se van adaptando en función de los intereses concretos de cada Estado. Vemos, de este modo, que unos hablan de terrorismo sobre fenómenos que otros definen como movimientos de liberación, o guerrilla, o incluso actos de resistencia o guerra. Algunos califican como terrorismo cualquier ataque contra el Estado, incluso aunque no se trate de actos violentos sino de disidencia; otros, por su parte, requieren para utilizar esta denominación que el terrorismo se realice desde una organización y también están quienes admiten que basta con el uso de determinados medios capaces de infundir terror; finalmente, hay que aludir al controvertido tema de si debe incluirse en esta denominación el denominado Terrorismo de Estado, esto es, el ejercido por el propio poder político contra sus ciudadanos.

La verdad es que el término terrorismo tiene a veces un sentido más emotivo o periodístico que jurídico y se utiliza sin más precisión que señalar, sencillamente, aquellos casos que nos parecen de especial intensidad o gravedad (se ha hablado así,

por ejemplo, de terrorismo doméstico para aludir a los casos de violencia de género) pero hay que constatar, sobre todo, que en su sentido jurídico-penal se ha producido una “vis expansiva” del concepto que se ha aplicado en ocasiones desmedidamente a supuestos claramente no comprendidos en el tenor de la ley y, en este sentido, es sumamente llamativa la diferencia de cifras existente entre las personas que son detenidas bajo la acusación de terrorismo, las que después son procesadas por este tipo de delitos e incluso las que son finalmente condenadas.

En nuestra legislación penal vigente por terrorismo debemos entender, según antes señalaba, la realización de determinados delitos -asesinato, lesiones, secuestros, amenazas, etc.- pero con dos elementos o características que deben concurrir en la mayoría de los casos y es lo que le diferencia de los delitos comunes. En primer lugar los actos de terrorismo se deben realizar con una determinada finalidad, fundamentalmente de carácter político, que es la subversión del orden constitucional o alteración grave de la paz pública y, en segundo lugar, el terrorismo ha de ejercerse desde una estructura organizada, la banda armada u organización terrorista que es el auténtico sujeto terrorista. El terrorismo se concibe por tanto como violencia política institucionalizada aunque en algunos casos también excepcionales cabe la incriminación del denominado “terrorismo individual” o no organizado, supuesto que se introdujo en el artículo 577 del Código penal de 1995, como es conocido, para hacer frente a los llamados casos de “kale borroka” o violencia callejera. A mi juicio, sin embargo, la inclusión de estos casos contradice el propio concepto de terrorismo que, con carácter general, ofrece la legislación penal; es una excepción que además no resultaba necesaria pues los hechos pueden ser juzgados como delitos de desórdenes o daños y, sobre todo, creo que sólo desde una estructura organizada, desde una auténtica asociación ilícita cabe decir que se pone en verdadero peligro al Estado y, por tanto, se justifica el mayor reproche penal.

En cuanto a la cuestión de la finalidad política, que el terrorismo precise de este elemento en la estructura de los tipos del Código Penal no quiere decir que quepa sin más la incriminación por sostener fines ideológicos. Debemos dejar bien claro que en un auténtico Estado de Derecho el dato de la finalidad política debe ser en sí mismo irrelevante; es decir, el fin político no puede constituir el motivo de la incriminación penal por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido pues nuestro texto fundamental ampara el más amplio pluralismo. La conclusión es, por tanto, que en un auténtico Estado de Derecho no deben existir los delitos políticos, tanto si por tal entendemos los delitos de opinión (y, en este sentido, debe reinar el máximo de libertad de expresión) como si las motivaciones de orden ideológico pasan a formar parte, como es el caso del terrorismo, de la descripción de la conducta típica; como señalábamos al principio, lo único que cabe incriminar en un Estado de Derecho es la no utilización de los cauces democráticos como forma de lucha política o lo que es lo mismo sólo cabe incriminar la lucha política violenta.

Sin embargo, también es sabido que en los denominados Estados de Derecho existen muchas lagunas y contradicciones y, sin duda alguna, aún quedan restos o residuos de incriminación política como, en nuestra propia legislación penal, es buen ejemplo el tipo de apología delictiva, modernamente denominado delito de enaltecimiento del terrorismo, que es uno de los inexplicablemente aplicados en la última condena impuesta a De Juana Chaos.

A mi juicio, sin embargo, la libertad de expresión, máxime en materia política, no debe tener límites o no debe tener más límites que la calumnia o la injuria en un Estado de Derecho. Pero además en este caso ha sido el propio Tribunal Constitucional quien ha declarado que la apología no constituye un delito de terrorismo y ello a pesar de estar ubicada entre este tipo de delitos dentro de la legislación penal; no podía ser de otro modo pues la apología se define como la conducta consistente en alabar al terrorista o su delito lo que, como mucho, supone una identificación ideológica pero no material con este hecho delictivo. Y si la apología no constituye un delito de terrorismo, y de hecho por ello no ha podido perseguirse cuando se ha realizado fuera del territorio nacional, entonces lo que no se explica es porqué juzga estos casos la Audiencia Nacional cuya competencia está reservada como ya sabemos a los delitos de terrorismo.

IV. Propuestas de paz

En algunos procedimientos legales en curso (Sumario 18/98 o Caso del periódico Egunkaria, donde, por cierto, recientemente la Fiscalía ha retirado la acusación y solicitado el sobreseimiento) cabe sin embargo preguntarse si en realidad no se están persiguiendo fines exclusivamente políticos. Se identifica así en ocasiones a la organización ETA y a la “izquierda abertzale” sin más y se detiene o se condena por acciones de pura militancia política no violenta utilizando con analogía prohibida la ley penal como supone, por ejemplo, la calificación de “integración indirecta” en banda armada. Es la estrategia de la persecución del denominado “entorno”, concepto difuso donde los haya, no definido por la legislación ni la jurisprudencia y conforme al que cabe la persecución por la mera coincidencia ideológica.

Por último debemos aludir muy brevemente a una cuestión que también acapara con bastante asiduidad el debate social y no sólo en materia antiterrorista; me refiero a todo lo relativo a las penas, su significado, su duración y el régimen de su cumplimiento. Creo que no está de más comenzar recordando que la pena es una conquista del moderno Derecho penal que sustituyó a la venganza, que debe ser proporcionada al hecho que se comete y que su cumplimiento no anula, ni siquiera suspende en la mayoría de los casos, los derechos fundamentales del detenido o penado excepto naturalmente los directamente afectados por la condena. Desde luego las penas deben afectar en la menor medida posible a los familiares de los detenidos o presos que no han sufrido condena alguna y, en su favor, además de por constituir un dere-

cho del condenado, debe favorecerse el cumplimiento de las condenas lo más cerca posible del lugar de residencia del penado.

Pero sobre todo quizás sea necesario insistir en que la pena no se puede concebir como una “compensación” por el hecho realizado pues lo cierto es que no hay modo humano de compensar la pérdida de bienes como la vida o la libertad y nadie, incluyendo al Estado, cuenta con legitimidad para disponer de estos bienes; en cuanto a su cumplimiento es evidente que siempre debe haber límites racionales y, en especial, hay que insistir en que el fin de la pena en nuestro ordenamiento es la reinserción, concepto que en un Estado de Derecho no puede consistir en otra cosa que en no volver a delinquir sin que deba ser algo jurídicamente exigible el arrepentimiento o la asunción de determinados valores.

En definitiva, desde estas líneas venimos a manifestar que la legislación de un Estado, incluso la legislación que se dicta para combatir fenómenos de extrema violencia como es el terrorismo, debe ser siempre respetuosa con los derechos fundamentales; la respuesta al terrorismo sólo puede basar su legitimidad en un escrupuloso respeto a la legalidad y a las garantías y derechos de todos los ciudadanos. En este proceso de paz que sigue vigente en nuestro país hasta que alcancemos el resultado del final de la violencia, al Estado le toca pues convencer, convencer al oponente político de que no resulta necesario recurrir a las armas para hacerse oír, para poder participar políticamente.

Bibliografía

- ASUA BATARRITA, A., “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos”, en *La Ley*, 5 de junio de 1998.
- BILBAO UBILLOS, J.M., “La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, enero-abril 2000.
- CUERDA ARNAU, M.L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid 1995.
- FERNANDEZ GARCIA, E. M., *Delitos contra el Orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*, Bosch, Barcelona 1998.
- GARCIA ALBERO, R., en QUINTERO, G., y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona 1996.
- LAMARCA PEREZ, C., *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid 1985.
- “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común” en *ADPCP*, septiembre 1989.
- “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, en *ADPCP*, abril-mayo 1993.

- “Apología: un residuo de incriminación de la disidencia”, en *La Ley Penal*, nº 28, Año III, junio 2006, págs. 41 a 51
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid 1987.
- MIRA BENAVENT, J., “El caso del Diario Egin”, en ADPCP, 1987.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- PRADA SOLAESA, J.R. De, “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, en *Jueces para la Democracia* nº 25, marzo 1996.
- PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO, G., y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid 1988.
- VIVES ANTON, T.S. y CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTON, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1999.