

TERRORISMO Y TIPIFICACIÓN PENAL

ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL
Magistrado del Tribunal Constitucional

El título de las reflexiones que subsiguen se presenta, por mor de una necrológica actualidad, como frontispicio de contemporáneo y vivo dinamismo en el seno de un panorama desolador de viles asesinatos, indeseables desencuentros políticos, discutidos proyectos de reformas legislativas, declaraciones públicas de pretensiones independentistas, episodios judiciales con protagonistas esperpénticos, cansancios y frustradas esperanzas ciudadanas de normalización de la convivencia ante el desatado y desalmado azote terrorista.

Ello obliga –con palabras del Profesor Santos Vijande– a proclamar “el rechazo a la contradicción y la ambigüedad en el repudio del terrorismo, que niega de raíz el orden democrático, garante de la libertad y contrario, por naturaleza, al uso de la violencia como medio para lograr los propios fines. Estamos, en definitiva, ante un deber jurídico elemental en democracia: no aceptar ni directa ni indirectamente el recurso a la violencia. Deber jurídico, no sólo ético, que se predica con la máxima intensidad de quienes desempeñan una actividad política, pues han de aceptar las reglas del juego político en democracia, sin prevalerse de la Constitución para entregarse a la destrucción de los derechos y libertades que ella reconoce”.

De ahí que, en el mencionado contexto, resulta más necesario que nunca conservar la serenidad para exponer una serie de consideraciones de estricto contenido técnico-jurídico y pura estructura jurisdiccional que aboquen a la apertura de un debate reflexivo sobre el fenómeno terrorista y su reflejo normativo.

En todo caso, afirmamos con rotundidad –como dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Modificación del Código Penal– que “la Ley es el instrumento más valioso con que cuenta el Estado de Derecho

para que los derechos y libertades de los ciudadanos proclamados por la Constitución sean reales y efectivos. Siendo esto especialmente relevante frente al terrorismo, los poderes públicos tienen que afrontar que los comportamientos terroristas evolucionan y buscan evadir la aplicación de las normas aprovechando los resquicios y las complejidades interpretativas de las mismas. Tanto más si se considera que, cuanto más avanza la sociedad ganando espacios de libertad frente al terror, más numerosas y variadas son las actuaciones terroristas que tratan de evitar, atemorizando directamente a cada ciudadano o, en su conjunto, a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, que se desarrolle con normalidad la convivencia democrática y que la propia sociedad se fortalezca e imponga dicha convivencia, erradicando las graves e ilegítimas conductas que la perturban”.

Más, dada la textura, el marco y las connotaciones de tales conductas, hemos de expresar los elementos definidores de un fenómeno de obligada referencia cual es el Terrorismo, para, concretando sus actuaciones características y las finalidades de las mismas, desde ellas y a la vista de la descripción típica de las conductas previstas como delito en la Ley y del desarrollo jurisprudencial del contenido de determinados derechos fundamentales, fijar criterios analíticos objetivos en los que ha de estar presente de manera constante el equilibrio de tales derechos con los valores constitucionales que deben reafirmarse.

Llegados a este punto, y retomando las expresiones de la Sentencia de 29 de noviembre de 1997, parece oportuno rememorar los elementos definidores de la criminalidad terrorista, descrita en la STC. 89/1993 como “un desafío a la esencia misma del Estado democrático” y también, en expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales”. De esta forma, nuestras reflexiones tendrán como referencia una definición dirigida a perfilar y destacar las características de la actividad analizada para mejor comprender la generosidad descriptiva –que no incertidumbre– de un diseño legislativo que, además de responder a demandas sociales homologadas en el panorama internacional más próximo, naturalmente fluye de la necesidad de proteger aquellos bienes jurídicos esenciales que, como conformadores de una pacífica convivencia, constituyen objetivo prioritario del fenómeno terrorista.

Desde esa perspectiva y, a partir de criterios legislativos y jurisprudenciales consolidados –excluyentes, por tanto, de las legítimas y variadas alternativas doctrinales que analizan el terrorismo– no debe olvidarse que, aunque sea cierta la afirmación de que la faceta jurídica no explica en toda su complejidad un fenómeno como éste, que tiene naturales adherencias políticas y sociales, no lo es menos que la importancia de los bienes jurídicos afectados por la actividad terrorista constituye la última “ratio” de intervención del Derecho Penal y la justificación de la tipificación de las conductas desarrolladas en su ámbito.

Por ello, el concepto jurídico de “Terrorismo”, aún cuando parta de una posición sincrética, debe desplazar de su entorno consideraciones periféricas que, marginando objetivos estructurales, dificultan, desde el punto de vista técnico, el adecuado tratamiento de tal manifestación subversiva. Ello significa que la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo. De ahí que hayamos de partir de una constatación inexcusable: en un sistema democrático, la finalidad aneja a la actividad terrorista no accede al campo penal por su contenido más o menos radical de reivindicación política, sino porque su forma delictiva de exteriorización, es decir, el cauce a través del cual se pretenden alcanzar los fines que casi siempre como mera excusa se expresan, ataca, además del bien jurídico que se lesiona por la concreta actuación criminal, a la propia unidad del ordenamiento estatal, quebrantando la exclusividad de los mecanismos constitucionales que encauzan la disputa política.

Es cierto que el individuo o grupo terrorista puede ser portador de un diseño político o de un proyecto o programa de organización político-social de la convivencia, más tal presupuesto pierde su valor jurídico por la utilización de la violencia.

Asimismo, adquiere especial relevancia en el referido análisis, comprobar que son las manifestaciones pluriformes del fenómeno, la potencia imaginativa de sus diseños operativos y la dinámica comisiva de los actos terroristas, los elementos desencadenantes de la multiplicidad de respuestas represivas que se detectan en nuestra legislación y en las del Derecho Comparado (Italia, Alemania, Francia y Gran Bretaña), todas las cuales consagran fórmulas tipificadoras con contenidos descriptivos semejantes a aquéllas cuya homologación constitucional está consolidada por tomar razón de criterios objetivos asumidos en Instrumentos Internacionales

como el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977 (Ratificado por España: B.O.E. de 8 de octubre de 1980).

Pues bien, a fin de cumplir con la finalidad referencial perseguida, con expresa reseña de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley), de las sentencias del Tribunal Constitucional 199/1987, 89/1993 y 71/1994, de las del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 26 de enero de 1994 y 16 de mayo de 1995 y partiendo de la expresiva definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que se refiere al Terrorismo como “dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin”, estimamos adecuada fórmula definidora la de ser “una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”.

Por otra parte, bueno es resaltar que el sistema democrático español ampara en su seno la convivencia pacífica de corrientes sociales y actividades políticas discrepantes, incluso la de aquéllas que preconizan postulados destinados a sustituir el esquema territorial constitucionalmente consagrado, pues precisamente la grandeza de la Democracia reside en asumir la discrepancia política y, digerir, además, planteamientos no violentos, por muy distintos que sean del programa que para regular su pacífica convivencia ha conformado la mayoría de los ciudadanos a través de su representación parlamentaria.

Mas, ni siquiera invocando la prevalencia –que no supremacía– de derechos como el de libertad de expresión o el de autodeterminación y salvo que se destruyan las bases mismas del sistema democrático cuyos cauces de exteriorización ideológica y reivindicativa han de ser siempre pacíficos, resulta tolerable, por muy alta que sea la dosis de permisividad asignada a la actividad política o por muy anchos que sean los cauces de la libertad de expresión, legitimar a su amparo las conductas de dirigentes de formaciones políticas destinadas, en definitiva, a promocionar una organización terrorista o a justificar y multiplicar la fuerza de su actividad, a través de la invocación o coincidencia con los fines pretendidos por aquélla.

Dichos parámetros analíticos obligan a acudir a criterios establecidos sobre la base de declaraciones constitucionales con homologación norma-

tiva interna e internacional y consagración jurisprudencial del más alto rango, para definir las exigencias de una ortodoxa tipificación penal de los actos terroristas, significando que tales precisiones vienen impuestas por las novedades legislativas que, se concretan en :

- A) El denominado “Terrorismo urbano”, que permitirá incriminar, no sólo conductas que contribuyen a subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, sino también las que atemorizan a los habitantes de una población mediante la comisión de homicidios, lesiones, amenazas, coacciones, incendios, daños o transportando armas, explosivos o sustancias inflamables o incendiarias.
- B) Delito que consiste en la exaltación del Terrorismo o en su justificación por cualquier medio de expresión pública con el que se perseguirá el elogio o alabanza de los métodos terroristas o de los autores de los mismos. El aplaudir o justificar un asesinato, o a su autor, será castigado a partir de la entrada en vigor de la nueva ley con pena de hasta dos años de prisión. Con igual pena se castigará los actos que entrañen el descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas del Terrorismo o de sus familiares.
- C) El castigo de las perturbaciones que se provoquen en las sesiones plenarias de las Corporaciones Locales, definiendo, además, como atentado a la autoridad los realizados contra los miembros de las mismas.
- D) La pena de inhabilitación absoluta hasta veinte años que se impondrá a los autores de los delitos de terrorismo, además de las penas de prisión que le correspondan, lo que supondrá que los condenados por este tipo de delitos no puedan ejercer durante la condena cargo ni empleo de carácter público ni tampoco ser elegidos para cargos públicos.
- E) La reforma de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores 5/2.000 de 12 de enero, cuya finalidad, ante la creciente y evidente participación de éstos en acciones terroristas, es que dichos menores, entre 14 y 18 años de edad, como responsables de delitos terroristas, sean enjuiciados por la Audiencia Nacional, (creando a tal efecto un Juzgado Central de Menores) que el plazo de su internamiento en régimen cerrado se prolongue hasta diez años y que la ejecución de las medidas de internamiento sean controladas por personal especializado bajo la dirección de la Audiencia Nacional. Ello significaría que los miembros de un mismo

grupo de la denominada “kale borroka”, acusados de haber perpetrado idéntico delito, podrían vivir cuatro situaciones diferentes según la edad: quienes no hubiesen cumplido 14 años, quedarían exentos de responsabilidad; hasta los 16 años, la competencia correspondería al Juez de Menores del lugar de los hechos; y hasta los 18 años, la instancia sancionadora sería el Juez de Menores de la Audiencia Nacional que dictaría sentencia sobre un sumario diligenciado por algunos de los jueces de instrucción de dicho Órgano Colegiado.

En su consecuencia, de acuerdo con los baremos definidores y funcionales enunciados, cabe afirmar, en primer lugar, que del art. 25.1 C.E. (derecho a la legalidad de las sanciones e infracciones = principio de legalidad) se derivan las exigencias: “lex scripta, certa et previa (taxatividad)”. Dicho Principio –según una reiterada praxis constitucional– expresa, uno de los básicos del Estado de Derecho en el que se integran también –en lo tocante al Derecho sancionador– las exigencias de legalidad, seguridad jurídica, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad enunciadas por el art. 9.3 de la Carta Magna, lo que supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley –a la ley formal– como presupuesto inexcusable y, junto a ello, que la necesaria predeterminación normativa de las conductas y penas a través de una tipificación precisa esté dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo.

De ahí que, en lo que se refiere a la previa delimitación normativa de la conducta tipificada, «el legislador, a fin de conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal, ha de hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos», sin que ello suponga que el principio de legalidad penal quede infringido en los supuestos en que dicha definición legal incorpore conceptos cuya delimitación «permita un margen de apreciación». Lo sustantivo es que el legislador penal debe conformar sus preceptos «de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada», de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales», aunque es importante advertir, a la luz del principio de tipicidad, que la suficiencia o insuficiencia de esta labor de predeter-

minación normativa podrá apreciarse también a la vista de lo que se ha llamado el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto se inscribe, dado que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo, pues “... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que, por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica, carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones.”

En cuanto a la delimitación del contenido del principio de legalidad, en su vertiente de “lex stricta”, la STC. 151/1997, de 29 de septiembre, ha establecido que las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, si bien, en tales casos, para que pueda entenderse respetado el principio de legalidad, es preciso que la complementación exista realmente. Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que “el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25.1 C.E. se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Ello no quiere decir que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela desde la perspectiva constitucional y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos.

Por lo mismo, cuando se usan conceptos normativos abiertos, el problema de constitucionalidad se traslada del legislador al intérprete y aplicador de la norma, siendo obligación de los órganos encargados de aplicar el Derecho la determinación progresiva del concepto, en el ejercicio de una actividad comprendida en la función de juzgar como tarea cuya suficiencia habrá de ponderarse en el contexto legal y jurisprudencial en el que el precepto penal se inscribe, pues el ordenamiento jurídico es una realidad compleja e integrada, dentro de la cual adquieren sentido y significación propia, también en el ámbito penal, cada uno de los preceptos singulares.

Dada su íntima conexión con lo precedentemente expuesto, no cabe sustraerse a la tentación de reseñar sintéticamente uno de los argumentos utilizados por la Sentencia 136/99 del T.C. a cuya virtud se produjo la

encarcelación de la llamada Mesa Nacional de HB. Dijo así nuestro Tribunal Constitucional: cuando se trata de penalizar una conducta relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales, es decir una conducta cuya realización sea “cercana” al ejercicio legítimo de un derecho fundamental (libertad de expresión, libertad de reunión, manifestación, libertad ideológica, etc...) no basta con constatar que tal conducta no es ejercicio legítimo de un derecho fundamental (si lo fuera, no se podría penalizar) sino que es preciso que la reacción penal sea proporcionada, y no desaliente la realización de conductas parecidas (proscripción del efecto desaliento).

De ahí que, antes de conformar los tipos penales que se refieren a conductas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, los pasos a seguir para satisfacer la pretensión de no penalizar conductas “cercanas” a aquéllas que constituyen ejercicio legítimo de un derecho de tal naturaleza son:

- 1.º) Delimitar con precisión los contenidos, es decir, descartar que la conducta que se pretende penalizar sea ejercicio legítimo de un derecho fundamental; si lo es, no cabe punición.
- 2.º) Descartado que la conducta sea ejercicio de un derecho fundamental, analizar si el exceso cometido justifica la reacción penal. Ello significa proporcionalidad de la reacción, la cual a fin de asumir la proscripción del precitado efecto inhibitorio residenciado en conductas no protegidas pero cercanas que indirectamente también se ven afectadas por la sanción, ha de ser pauta interpretativa para el Juez (juicio de proporcionalidad) en tanto que el libre ejercicio de los derechos fundamentales necesita un amplio espacio para desarrollarse, un ámbito de seguridad lo suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe dado que, si esto es, en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infrinjan la ley.

Por último, merece consideración específica el tratamiento punitivo que haya de darse a los Delitos de Terrorismo ante la polémica suscitada en torno al mismo y en la que intervienen a diario personajes de relieve público o institucional con posiciones que van, desde exasperadas y anacrónicas invocaciones a la pena de muerte –cuya eficacia disuasoria aún está por demostrar–, hasta el mantenimiento de la actual estructura de cas-

tigo, pasando por quienes abogan por su rectificación para implantar la denominada cadena perpetua o asegurar el cumplimiento integro de las penas.

En los países de nuestro entorno geográfico, cultural y político como Francia, Gran Bretaña y Alemania, de una u otra forma, está implantada la cadena perpetua. En Francia, el nuevo Código Penal francés, en vigor desde marzo de 1994, contempla varios tipos de reclusión criminal a perpetuidad como castigo por los crímenes contra la seguridad del Estado, el homicidio y el asesinato, según la gravedad de los hechos. En el Reino Unido, puede uno estar encerrado toda una vida, porque allí existe la cadena perpetua y algunos criminales permanecen encarcelados 20, 30, 40 años..., hasta el final de sus días, dependiendo todo del juez y del Ministerio del Interior. En Alemania, donde existe la condena de cadena perpetua, aunque como el Tribunal Constitucional, en su día, declaró que ese tipo de pena era inconstitucional siempre que no existiera la posibilidad de que pudiera ser revisada, se modificó el Código Penal de suerte que ahora se prevé que, al cumplir el reo 15 años de internamiento en la cárcel, su condena puede ser revisada. Los Tribunales, en ese caso, deciden si el condenado debe quedar en libertad provisional o si continúa en prisión.

En España, sin embargo, la vigente Constitución eliminó la pena de muerte y la cadena perpetua. Y, además, en su artículo 25.2, estableció que las penas de prisión que impongan los Jueces y Tribunales deben estar orientadas “hacia la reeducación y reinserción social”, declaración que no figura en la Constitución de ningún otro país de los citados. Por otra parte, nuestro Código Penal prescribe (artículo 76) que las penas de prisión no podrán superar el límite máximo de cumplimiento de 20 años, aunque establece algunas excepciones a esa regla en las que ese máximo se fija en 25 o en 30 años efectivos, como ocurre en los delitos de terrorismo. Además, en el supuesto particular del artículo 78, el juez de Vigilancia Penitenciaria tiene la posibilidad de, valorando las circunstancias personales del reo y su evolución en el campo de la reeducación, acordar que se le aplique el régimen general de cumplimiento de las penas.

A este respecto, y terciando en el debate abierto en torno a tan discutida cuestión, el Tribunal Constitucional ha declarado que la reinserción no es un derecho fundamental del preso (sentencia de 21 de abril de 1.998), lo que significa, en definitiva, que “el artículo 25.2 de la Constitución no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad, ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la norma fundamental del Estado la apli-

cación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad” (auto de 20 de octubre de 1.998). Lo que la Constitución prohíbe, directamente o por aplicación de Tratados Internacionales –curiosamente, España ha ratificado el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que prevé la reclusión a perpetuidad–, es la instauración de determinadas penas como la capital, los trabajos forzados, las inhumanas y degradantes, pero no condiciona cuál haya de ser la extensión de las penas distintas a éstas, ni que la reeducación exija el acortamiento de las condenas ni su cumplimiento extracarcerario.

Ello –a nuestro modo de ver– significa que podrían homologarse aquellas determinaciones legislativas que acordaran: a) El cumplimiento íntegro de la condena para los delitos más graves, como narcotráfico, terrorismo y delitos contra la vida. b) La supresión de límites máximos en caso de condenas acumuladas; y c) la aplicación autónoma de medidas de seguridad en caso de que la peligrosidad criminal perviva tras el cumplimiento de la condena. Eso sí, siempre que tales previsiones estuviesen sometidas a un estricto control jurisdiccional sobre la evolución del condenado a fin de asegurar en todo caso las finalidades últimas de las penas y la satisfacción de su “ratio” en lo que a la prevención –tanto general como especial– se refiere.

En todo caso, y aún cuando las propuestas legislativas citadas hayan visto ya la luz en el seno de una nueva reforma legal, necesitarán, de elevadas dosis de eficacia policial y diligencia judicial como método operativo y presupuesto imprescindible para la consecución del designio disuasorio que las empapa, ya que, de no ser así, se habrá agotado con su propio alumbramiento la alternativa de Política Criminal que su consagración normativa comporta.