

SECCIÓN DOCTRINAL

Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Prof.^a Titular de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Entre el terrorismo subversivo y el terrorismo de Estado. III.- El elemento teleológico en el concepto de terrorismo: significado y alcance de la finalidad política. IV.- El elemento estructural en el concepto de terrorismo: la banda armada o asociación terrorista. V.- Observación final.

I. INTRODUCCIÓN

Por regla general, quienes nos hemos ocupado del estudio de la legislación antiterrorista manifestamos una especial preocupación por intentar fijar el concepto legal de terrorismo. Ciertamente, no es ésta una tarea fácil; como ya señalaba en un trabajo anterior (1), nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario. Consciente, pues, de las dificultades de obtener un concepto dogmático con validez universal sí cabía pensar, al menos, en la más modesta empresa de hallar una noción útil y operativa para la reflexión jurídica, una noción que nos permitiera determinar, con el máximo rigor posible, a quiénes y en

(1) Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», Madrid, 1985, especialmente Capítulo 1.^o «Sobre el uso de la expresión terrorismo», p. 31 y ss.

qué circunstancias cabe aplicar la llamada legislación antiterrorista; una legislación que, quizás por esa falta, intencionada o nó, de precisión sobre su objeto, suele experimentar una desmedida «vis expansiva» que contradice su carácter de norma excepcional (2).

Pues bien, aunque la evolución normativa en esta materia se ha venido caracterizando no ya sólo por la ausencia de una definición legal expresa sino incluso por una constante ambigüedad y vacilación (3), lo cierto es que, siguiendo una línea iniciada a partir del llamado período de transición democrática, puede decirse que la noción de terrorismo que ofrece nuestra legislación vigente gira en torno a la existencia de dos elementos, estructural y teleológico, que son la organización armada y el fin o resultado político (4). Violencia política organizada vendría a ser hoy sinónimo de delincuencia terrorista y, en este sentido, se ha venido pronunciando últimamente tanto la doctrina como la juris-

(2) La legislación antiterrorista, tanto procesal como sustantiva, se ha presentado en ocasiones como un Derecho excepcional vinculado a las situaciones anómalas en la vida del Estado. A mi juicio, hoy no es excepcional en ese sentido, pues, aunque el art. 55.2.º de la Constitución se inscriba en el Capítulo «de la suspensión de los derechos y libertades», que es lógicamente excepcional, las medidas allí previstas, aunque debieran tener este carácter, aparecen por completo integradas en nuestro sistema como algo normal y permanente; y lo mismo cabe decir de las leyes penales. Por tanto, el calificativo de excepcional tiene aquí un sentido distinto y pretende subrayar que la llamada legislación antiterrorista se aparta de los principios generales del ordenamiento punitivo al dispensar un tratamiento diferente, en la mayoría de los casos agravatorio, a determinadas conductas delictivas cuando en ellas aparece el elemento terrorista.

(3) Excepción hecha del período en que nuestra legislación penal tipifica expresamente una figura de terrorismo definido en función de la finalidad de «atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público» (arts. 260 y ss. y, posteriormente, Anexos 1, 2 y 3 del Código Penal), las disposiciones siguientes aludirán a la comisión de delitos comunes por grupos o bandas organizadas y armadas, desapareciendo incluso de su terminología el «nomen iuris» terrorismo, expresión que es nuevamente recogida en el art. 55.2.º de la Constitución y en sus leyes de desarrollo (así L.O. 11/1980, de 1 de diciembre; L.O. 9/1984, de 26 de diciembre y las actualmente vigentes L.O. 3 y 4/1988, de 25 de mayo). Véase «Tratamiento jurídico del Terrorismo», citado, p. 97 y ss. y 158 y ss. así como «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», en ADPCP, Tomo XLII, Fasc. III, sept-dicbre 1989.

(4) Según la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de diciembre de 1987, la legislación antiterrorista es de aplicación a las «formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho», es decir, es aplicable no sólo a los integrantes de organizaciones cuya finalidad es la de alterar el orden constitucional sino también a los de aquellas asociaciones comunes que, sin propósito directo, ponen en peligro ese mismo bien jurídico. Véase mi trabajo, anteriormente citado, «La última recepción de la normativa antiterrorista...», p. 959 y ss.

prudencia, incluido el mismo Tribunal Constitucional (5). La noción obtenida nos permite así deslindar esta figura de otras conductas delictivas e incluso de manifestaciones o hechos que deben ser irrelevantes para el Derecho penal; deslindarla, en primer lugar, de la violencia organizada que no persigue fines o no alcanza resultados políticos, es decir, de las asociaciones ilícitas comunes; deslindarla, asimismo, de aquellas conductas de indubitada finalidad política que utilizan una violencia espontánea o no organizada, y que constituyen un ejercicio extralimitado de derechos fundamentales, con mayor o menor trascendencia penal; y deslindarla, en fin, de la simple disidencia política, esto es, de aquellas manifestaciones que incluso pueden situarse al margen de las reglas institucionales de participación, pero que no comportan ninguna reacción penal, generalmente por su carácter pacífico.

Sin embargo, una sentencia de la Audiencia Nacional, la dictada en el conocido proceso contra los funcionarios de policía José Amedo y Michel Domínguez, ha venido de nuevo a abrir la polémica sobre el concepto de terrorismo; pero eso sí, ésta vez no para discutir de nuevo la eterna cuestión de si la finalidad o el resultado político son o no elementos característicos de este tipo de delincuencia, sino para sostener que esa finalidad o resultado político, que integra sin duda la noción de terrorismo, debe concretarse en la alteración del orden constitucional entendida únicamente como cambio o modificación del mismo. Desde esta perspectiva, la actividad delictiva de Amedo y Domínguez no debe entenderse, declara la sentencia, como un delito de asociación terrorista sino de mera asociación ilícita común por cuanto la finalidad perseguida por dichos funcionarios no es la de oponerse al sistema constitucional sino, antes al contrario, «defender la estabilidad» del mismo aunque ello se realice «por medios jurídicamente repudiables» (6).

En síntesis, dicha sentencia viene a señalar que sólo cuando el terrorismo tiene carácter subversivo y pretende por tanto cambiar o mo-

(5) Véase, en entre otros, ARROYO, L., «Terrorismo y sistema penal», en «Reforma política y Derecho», Madrid 1985, p. 162 y ss.; BERDUGO, I., «Garantías en la Constitución ante la suspensión de Derechos Fundamentales», en *Sistema*, n.º 42, p. 73; MESTRE, E., «Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional», Madrid 1987, p. 170 y 191 y ss.; SERRANO-PIEDecasas, J.R., «Emergencia y crisis del Estado social», Barcelona 1988, p. 174 y ss.; con ciertas matizaciones sobre el elemento estructural, TERRADILLOS, J., «Terrorismo y Derecho», Madrid 1988, p. 59 y 60 y PRIETO SANCHÍS, L., «Estudios sobre Derechos Fundamentales», Madrid 1990, p. 265. Véase, asimismo, las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional señaladas por E. MESTRE en el trabajo anteriormente citado, p. 189 y ss. así como la sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 27 de mayo de 1988, RA 3839, y la de 16 de diciembre de 1987 dictada por el Tribunal Constitucional.

(6) Véase sentencia n.º 30/91, de 20 de septiembre de 1991, de la Sección 3.º de la Audiencia Nacional. Fundamento Jurídico 13.º.

dificar el sistema establecido debe recibir este nombre; en cambio, cuando los hechos «aparentemente» terroristas (7) persiguen la «conservación» del orden constitucional merecen tan sólo el calificativo de crimen común. Dicho de otro modo, la finalidad de alterar el sistema constitucional y no una genérica finalidad política representa ahora un rasgo esencial del concepto jurídico de terrorismo. La Audiencia Nacional delimita de este modo la noción de terrorismo ofreciendo por primera vez un criterio restrictivo que, en principio, contradice esa denunciada «vis expansiva», de la normativa comentada; de prosperar esta doctrina, y al margen de otras consecuencias, ello impedirá aplicar la suspensión de garantías prevista en el art. 55,2 de la Constitución a este tipo de organizaciones. Pero nótese que la nueva orientación jurisprudencial resulta un tanto paradójica, pues no ha venido a limitar o restringir una tendencia expansiva de la idea de fin político, muchas veces «objetivado» en un resultado político que permitía agravar conductas subjetivamente apolíticas (8), sino que consagra una discriminación o, si se quiere, una diferenciación entre fines políticos terroristas (reprobables) y fines políticos no terroristas (menos reprobables), pues me parece fuera de toda duda que la defensa o conservación del sistema constitucional es, del mismo modo que su cambio o modificación, un fin político.

Así pues, creo que la sentencia pronunciada en el «caso Amedo» plantea varios problemas interesantes, algunos no suficientemente tratados en la jurisprudencia sobre la materia y otros que afectan al corazón mismo del concepto de terrorismo. La clave del asunto reside en la peculiar idea de finalidad política subversiva que se construye como una nueva exigencia conceptual y que se contrapone, no al llamado terrorismo de Estado, sino a la que pudiera denominarse delincuencia política organizada no terrorista. Y aquí encontramos el primer motivo de perplejidad, porque, frente a la acusación retórica o periodística de que los G.A.L. constituían un caso de terrorismo de Estado, hubiera tenido sentido decir que, desde un punto de vista jurídico formal, el terrorismo es siempre subversivo; pero lo que parece discutible es suponer que la lesión del orden constitucional sólo se obtiene con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo «revolucionario» o «reaccionario») y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas, má-

(7) Y tan aparentemente que fueron enjuiciados por la Audiencia Nacional.

(8) La legislación antiterrorista se convierte así en una normativa que no va dirigida sólo a salvaguardar el sistema político sino a combatir toda forma de delincuencia que, por su frecuencia, por su carácter organizado o por los criterios que en cada momento sirvan de justificación, afecta a algo más general e impreciso como es la «seguridad» o «normalidad» de la vida ciudadana y que suele recibir el nombre de «legislación de orden público». Recuérdese, en este sentido, la aplicación de estas normas en la detención del desaparecido Santiago Corella Ruíz «El Nani». Véase, por todos, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Crítica de la política penal del orden público», en CPC n.º 16, 1982, p. 49 y ss.

xime cuando esa finalidad de cambio político se exterioriza generalmente de manera indirecta, como un «añadido» a comportamientos objetivamente no políticos (9). Téngase en cuenta que, en realidad, el único delito que va directamente encaminado a la consecución de un fin político es el de rebelión, expresamente incluido en el ámbito de esta normativa, y del que también podría predicarse que se ejecuta en «defensa» del sistema establecido (10).

Por último, aún admitiendo que este tipo de organizaciones no constituyeran un «grupo terrorista subversivo», cabe preguntarse si podrían integrar, al menos, ese concepto de «banda armada» a que alude la legislación vigente y nuestro Tribunal Constitucional; bandas armadas que, frente a las asociaciones terroristas, se caracterizan, no por su finalidad política, sino por causar un resultado de puesta en peligro del orden constitucional o por incidir gravemente sobre la seguridad ciudadana pero a las que igualmente les serían de aplicación las medidas previstas en el art. 55,2.º de la Constitución y en la legislación penal.

II. ENTRE EL TERRORISMO SUBVERSIVO Y EL TERRORISMO DE ESTADO

Si el vocablo terrorismo es en el lenguaje común casi más emotivo que descriptivo, la expresión terrorismo de Estado decididamente se emplea como un arma arrojadiza contra aquellos sistemas políticos que vulneran sistemáticamente los derechos humanos o, también, contra aquellas actuaciones más o menos circunstanciales que, incluso en el marco de un Estado de Derecho, manifiestan un afán represivo excepcional, desproporcionado o ejecutado al margen de todo procedimiento regular. En el «caso Amedo» el fantasma del terrorismo de Estado recorrió todo el proceso, desde las primeras diligencias a la decisión final, y, desde luego, había buenos motivos para ello. En primer lugar, porque concurrían los dos ingredientes fundamentales del terrorismo de Estado: los inculpados eran funcionarios de policía, por tanto servidores del Estado, y los hechos enjuiciados eran imputables todos a una misma estructura —también algo fantasmal— que pretendía combatir el terrorismo con sus mismas armas. Además, el empeño gubernamental por eludir cualquier fiscalización sobre el uso de los fondos reservados

(9) Tanto en nuestro ordenamiento vigente como en el de los países de nuestro entorno cultural, el terrorismo se concibe como un delito de «forma libre» cuyo modo habitual de exteriorización es a través de la ejecución de tipos delictivos comunes.

(10) Piénsese, por ejemplo, en la rebelión encaminada a sustituir la Asamblea de una Comunidad Autónoma donde el partido mayoritario propugna el separatismo. También aquí podría argumentarse que, aunque por vías no democráticas, la rebelión tiene por finalidad la «defensa» del sistema político.

del Ministerio del Interior no hacía más que alimentar la sospecha de que las actividades ilícitas de los procesados habían sido estimuladas, toleradas o, al menos, conocidas por las autoridades políticas (11). Finalmente, la argumentación de la Sala sentenciadora vino a subrayar acaso con demasiado énfasis la naturaleza subversiva del terrorismo o, mejor dicho, el propósito subversivo que debe inspirar una acción delictiva para ser calificada jurídicamente como terrorista, lo que en cierto modo sugería la existencia de otro «terrorismo» antsubversivo que el Estado no castiga como tal precisamente por ser imputable a él mismo.

Sin embargo, el fantasma del terrorismo de Estado no pudo adquirir existencia corpórea, ni como reproche político o moral a los máximos responsables de la seguridad y del sistema policial ni, mucho menos, como reproche jurídico a la organización estatal en su conjunto. En verdad, esto último hubiera sido imposible por definición, y así lo veremos más adelante. Pero, incluso por lo que se refiere al primer aspecto, en la sentencia se aprecia un propósito firme por concebir las actuaciones delictivas como hechos aislados de cualquier estrategia estatal de lucha contra el terrorismo, así como por presentar a los inculpados como personajes que actuaban por su cuenta y sin vínculo alguno con sus superiores jerárquicos (12). Con ello, se cerraba el paso a toda inculpación jurídica de cargos públicos o de funcionarios superiores, pero, sobre todo, se pretendía impedir también la inculpación política del Estado.

(11) Como es sabido, el proceso dió lugar a una investigación sobre el posible uso que, para sus fines delictivos, pudieran haber hecho los procesados de los «fondos reservados» del Ministerio del Interior. La declaración de carácter «secreto» de los gastos imputables a los mencionados fondos (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986), medida que suscitó una viva polémica en la sociedad española, permitió que las autoridades llamadas a declarar se negaran reiteradamente a explicar la forma de control que existía sobre los mismos, si bien coincidieron en afirmar que no había constancia del libramiento o desviación de fondos a favor de los procesados; declaraciones que, según la sentencia comentada, justificaron la absolución del delito de malversación de caudales públicos del que venían siendo acusados tanto por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales, posteriormente modificadas en el acto de la vista oral, como por las acusaciones particulares. Véase Fundamento Jurídico 12,2.^a y 13,5) así como los siguientes escritos presentados en la causa por el Ministerio Fiscal: de Alegaciones, de 18 de agosto de 1988 y de conclusiones provisionales, de 9 de octubre de 1990.

(12) Según el n.º 1 de los hechos que se declaran probados, con respecto al grupo GAL «no es posible determinar con exactitud su estructura interna. . . el conjunto de medios materiales con que contaban, ni, significativamente, su financiación, es decir, la cuantía de sus ingresos económicos, el carácter esporádico o regular de éstos, las modalidades de su obtención —que no consta lo hayan sido en ningún caso mediante la comisión de delitos de contenido económico— la unidad o pluralidad de fuentes, los nombres de las personas físicas o jurídicas que encarnaban éstas y su naturaleza, pero sin que pueda asegurarse que la citada organización constituya efectivamente un grupo de poder paralelo inserto en los aparatos del Estado».

Ciertamente, cabe pensar que la investigación judicial pudo haber ido más allá. Adonde no podía llegar en ningún caso era a la calificación jurídica de terrorismo de Estado, por la sencilla razón de que tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una imagen metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término, la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado (13). Que esta afirmación se tache de positivista me parece muy bien, pero que se identifique —a mi o al positivismo— con «una concepción absolutizadora y abstracta del Estado» basada en «verdades parciales» (14) supone una nueva «reductio ad hitlerum» que pretende hacer del positivismo un chivo expiatorio de todos los males de la humanidad y, en especial, de la existencia de Derechos injustos.

No es momento de explicar qué se entiende por positivismo (15), ni cuáles son sus premisas metodológicas (16); tampoco procede recordar que los juristas del nacionalsocialismo eran muy poco positivistas (17). Sí interesa aclarar, en cambio, en qué sentido sí y en qué sentido no cabe hablar de terrorismo de Estado. De entrada, no está de más evocar que la noción de terrorismo nace precisamente vinculada a formas de terror institucional (18), por lo que en modo alguno repugna hablar de terrorismo de Estado. Ahora bien, ¿cuándo y desde qué perspectiva cabe decir que un Estado es terrorista?

En principio, cabe convenir que son terroristas aquellos Estados que aplican una violencia extrema e indiscriminada contra sus ciudadanos o contra ciudadanos de otros países, que ejercen su fuerza sin sujeción al Derecho, que vulneran sistemáticamente los derechos humanos, etc.; en suma, aquellos Estados que nos merecen un juicio moral y político fuertemente negativo. Y, dado que de juicios morales y políticos hablamos, tampoco encuentro inconveniente en reconocer que en el modelo del Estado de Derecho, globalmente justo, puedan desarrollarse tendencias autoritarias y represivas o, más claramente, tampoco excluyo

(13) Véase mi «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, p. 35.

(14) SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Emergencia y crisis del Estado social», citado, p. 164 y 165.

(15) Véase, por ejemplo, los trabajos de N. BOBBIO recogidos en «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», Milano 1972; también «Il positivismo giuridico», Torino 1979.

(16) Véase mi trabajo «Posibilidades y límites de la dogmática penal», en CPC n.º 33, p. 527 y ss.

(17) Véase la Introducción de E. GARZÓN VALDÉS al volumen «Derecho y Filosofía», Barcelona 1985.

(18) Existe acuerdo en que el término terrorismo nace durante la Revolución francesa para referirse a la política de terror practicada en el período de 1791-1794. Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, p. 32 y ss.

que sus autoridades puedan recurrir a métodos terroristas, tanto en el plano interno como en el internacional (19).

Sin embargo, creo que desde un punto de vista jurídico, la idea de terrorismo de Estado o es inútil o es inviable. Es inútil para referirse a los sistemas políticos crueles y opresivos, donde o bien las leyes respaldan o amparan sus prácticas, o bien constituyen palabras vanas que ninguna autoridad está dispuesta a observar ni a hacer observar. Y es inviable en el marco del Estado de Derecho, donde obviamente responden los funcionarios de los hechos ilícitos que realicen, por su cuenta o por cuenta de otros, pero donde se excluye por principio cualquier imputación institucional. En otras palabras, aunque se hubiese probado que las autoridades del Ministerio del Interior apoyaban a los procesados, bien financiando sus operaciones o de cualquier otro modo, ello no tendría más trascendencia que la sanción personal por los tipos penales que fueran de aplicación al caso. Cuestión distinta es el Derecho internacional; con independencia ahora de que se trate de un auténtico Derecho o de que sea un Derecho primitivo, aquí sí puede tener más sentido hablar de terrorismo de Estado, pues el Estado aparece como un sujeto de responsabilidad internacional al que en ese orden, se le pueden imputar determinados comportamientos calificados como terroristas en los acuerdos o convenios sobre la materia (20).

III. EL ELEMENTO TELEOLÓGICO EN EL CONCEPTO DE TERRORISMO: SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA FINALIDAD POLÍTICA

Pero si, por las razones que acabamos de ver, la conducta de los procesados Amedo y Dominguez no podía ser calificada de terrorismo de Estado, la única opción que aparentemente restaba al Tribunal, admitida la finalidad política de los hechos, era estimar que constituían simple terrorismo, es decir, ese terrorismo que habitualmente se denomina subversivo para significar que se ejerce frente al Estado y no desde el

(19) En cambio, SERRANO PIEDECASAS, «Emergencia...», citado, p. 165, se muestra aquí más «positivista» que yo, pues afirma que «respecto de los Estados democráticos de Derecho, parece que no tiene sentido hablar de terrorismo de Estado».

(20) Sobre el terrorismo en el ámbito del Derecho internacional puede verse, WALTER, E. V., «Terror and Resistance. A Study of Political Violence with Cases Studies», Oxford 1969, p. 6; MERTENS, P., «L'introuvable acte de terrorisme», en «Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme», Bruxelles 1974 p. 48; PISAPIA, G. D., «Terrorismo: delitto politico o delitto comune?», en *La Giustizia Penale*, 1975, II, p. 261; PONTARA, G., «Violenza e terrorismo. Il problema della definizione e della giustificazione», en «Dimensione del Terrorismo Politico», Milano 1979, p. 58 y CAMPO, S., CASINELLO, A., HAURON, A., y otros «Terrorismo Internacional», Madrid 1984.

mismo. Ahora bien, si, como parece, lo que se pretendía era precisamente evitar cualquier relación de los hechos con el fenómeno terrorista, antes que distinguir entre fines políticos terroristas y no terroristas cabían también otras soluciones que, sin embargo, no tuvo en cuenta la sentencia de la Audiencia Nacional.

En primer lugar, y quizás ésta hubiera sido la argumentación más sencilla, cabía negar de entrada la existencia del elemento teleológico, es decir, negar que la actividad delictiva enjuiciada estuviera guiada por un móvil político, lo que, irremediablemente, hubiera conducido a que la organización en que se encuadraban los procesados fuera calificada de asociación ilícita común, como finalmente se produjo. Es cierto que, en este sentido, parecían ir encaminadas algunas de las afirmaciones contenidas en el resultado de hechos probados (21) y, sin duda, haber partido de que la conducta de los procesados respondía únicamente a móviles personales de «represalia» o «venganza» contra determinados individuos (los integrantes o colaboradores de la organización ETA) hubiera conducido sin dificultad a la calificación finalmente emitida, pues, como es obvio, la presunta responsabilidad por terrorismo de las víctimas no transmite esa condición a los actos delictivos que puedan dirigirse contra los mismos.

No obstante, aún admitiendo que la motivación fuera efectivamente de orden político, cabía también otra solución consistente, a su vez, en negar la existencia del segundo de los elementos que caracterizan al terrorismo, es decir, negar que la estructura desde la que actuaban los procesados tuviera una entidad organizativa suficiente y, en consecuencia, no haber estimado la concurrencia del delito de asociación ilícita (22). Desde esta perspectiva, la actividad delictiva de Amedo y Domínguez constituiría un supuesto de mera codelincuencia política ocasional que, por su falta de organización y, por tanto, de estructura suficiente para enfrentarse al Estado, comporta menos peligro que aquellos actos de violencia sistemáticamente programados desde una auténtica asociación que, por ello, se hace acreedora de la denominación terrorista.

(21) Así, por ejemplo, cuando se señala que las acciones del grupo G.A.L. «...iban dirigidas contra personas con una más o menos probable vinculación con la organización armada ETA-militar, como represalia frente a los actos cometidos por ésta en España...» o cuando, más adelante, se subraya que entre los objetivos de los procesados se encontraba el de «vengar los sedicentes crímenes de ETA» (Resultando n.º 1 de los Hechos Probados).

(22) En este sentido parecía encaminarse la sentencia dictada sobre este mismo caso por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de fecha 12 de marzo de 1992. Sin embargo, como veremos más adelante, el fallo confirma la condena por el delito de asociación ilícita común para el que, contra una propia y consolidada jurisprudencia, parece exigirse una menor entidad organizativa que en el supuesto de asociación terrorista.

La sentencia de la Audiencia Nacional, sin embargo, no estima, ni siquiera sugiere, las soluciones apuntadas. Por el contrario, al calificar los hechos como constitutivos de un delito de asociación ilícita reconoce que los procesados actúan con una cobertura organizativa suficiente y estable, lo que veta la posibilidad de poder considerar que se trata de hechos aislados u ocasionales. Bien es verdad que, desde estas premisas, tampoco habría resultado entonces muy creíble que aprovecharan la estructura de los G.A.L. o crearan una asociación semejante (23) únicamente para satisfacer fines personales de venganza» o «represalia»; es más, desde el momento en que se acepta la existencia de una asociación ilícita, se reconoce también la presencia de unos fines trascendentes a las voluntades particulares de los socios y a sus concretas acciones delictivas; y precisamente es ahora cuando adquiere relevancia la presunta condición terrorista de las víctimas, pues su uniforme y reiterada elección pone de manifiesto la existencia de una estrategia política que, según declara la misma sentencia, se concreta en la «defensa» del orden constitucional.

Sin embargo, aunque esta forma de argumentar debería haber conducido a una calificación de terrorismo, el Tribunal rehúsa tal conclusión mediante una distinción, tortuosa y poco convincente, entre una violencia con fines políticos terroristas y otra con fines asimismo políticos pero no terroristas. Más adelante retomaremos la cuestión del elemento estructural, la asociación ilícita, porque también en este ámbito la resolución dictada por el Tribunal Supremo ha introducido algunas novedades, pero, en principio, la nueva interpretación sobre el concepto legal de terrorismo afecta especialmente al elemento teleológico, esto es, a la finalidad política; ¿qué alcance tiene ese elemento político en la definición legal de terrorismo?, ¿se trata de un resultado objetivo o de una intencionalidad subjetiva?, ¿cualquier fin político resulta apto para integrar dicha definición o existen determinados fines seleccionados en función de su concreto designio ideológico?

En una primera aproximación, cabría tal vez entender que el elemento político se hace presente allí donde una infracción lesiona el modelo de convivencia o las instituciones en que aquél se manifiesta. Ahora bien, una definición de carácter tan genérico no creo que pueda resultar satisfactoria o, al menos, no puede resultarnos satisfactoria desde la óptica del Derecho penal, pues en tales condiciones toda conducta, todo ilícito penal, podría ser calificado como delito de finalidad política; así, si entendemos que el Código penal, como todo orden jurídico,

(23) Esta es una de las cuestiones sobre la que más adelante volveremos, pues existe en la sentencia de la Audiencia Nacional cierta nebulosa sobre si la condena por el delito de asociación ilícita se refiere a la integración de los procesados en el grupo G.A.L. o a la creación de otra organización con fines semejantes.

supone la cristalización normativa de un determinado sistema político (24), este será siempre, en última instancia, el bien jurídico vulnerado por cualquier actuación delictiva y, desde esta perspectiva, podríamos decir que todos los tipos del texto punitivo deberían ostentar la consideración de «delitos políticos».

Ciertamente, preguntarse sobre el contenido del elemento teleológico en el delito de terrorismo resulta, a mi juicio, equivalente a cuestionarse el objeto de protección de los tradicionalmente llamados delitos políticos que, como es sabido, se agrupan en nuestro Código penal, desde el texto de 1944, en torno a la rúbrica «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (25). No obstante, tampoco parece que la seguridad del Estado pueda hoy expresar, desde el sistema de valores y principios que consagra el texto constitucional, el interés protegido en las infracciones políticas; al menos, no puede expresarlo ese ambiguo concepto que ha venido sirviendo como genérico criterio de incriminación de cualquier conducta de oposición al régimen político, identificando, como señala Muñoz Conde, la seguridad del Estado con la «seguridad de los detentadores del poder» (26) y propiciando que, bajo este título, se encuadren, aun hoy, tipos penales de signo muy diferente que sólo bajo una concepción autoritaria pueden responder al interés de protección estatal. Como sugiere García-Pablos (27), quizás hoy no resulte posible armonizar el viejo concepto de «seguridad del Estado» con el principio de «Estado democrático de Derecho» que preside nuestro sistema político actual y, seguramente por ello, los sucesivos proyectos de Código Penal aparecidos tras la promulgación de la Constitución han abandonado esta rúbrica (28). Sea como fuere, el Tri-

(24) En este sentido MARINELLI, A., «El delito político» en *Archivio Penale*, enero-abril 1976, p. 71.

(25) La rúbrica tiene su origen en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 cuyo contenido, en su práctica totalidad, fue incorporado al texto refundido de Código penal por Decreto de 23 de diciembre de 1944. Entre otros supuestos, procede de esta misma legislación el tipo de terrorismo que, con algunas modificaciones, estuvo previsto en nuestra normativa común o militar hasta su total desaparición en virtud de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre. Desde un principio, el mencionado tipo se construyó sobre la base de requerir la finalidad específica de «atentar contra la seguridad del Estado o de alterar el orden público». Véase, más ampliamente, mi trabajo, ya citado, «Tratamiento jurídico del Terrorismo», Capítulo 2.º, p. 127 y ss. y 162 y ss.

(26) MUÑOZ CONDE, F., «Derecho Penal», Parte Especial, 7.ª ed., Valencia 1988, p. 556. Un estudio crítico sobre el concepto «seguridad del Estado» y su similitud ideológica con el de «personalidad del Estado» acogido por el Código penal italiano de 1889, puede verse en GARCÍA RIVAS, N., «La rebelión militar en Derecho Penal», Albacete 1990, p. 120 y ss.

(27) «Estudios Penales», Barcelona 1984, Capítulo III, p. 181.

(28) Vid. Anteproyecto de Código Penal de 1978, Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 y Anteproyecto de Código Penal de 1992. Curiosamente, sin embargo, al enumerar los

bunal Constitucional ha señalado que por seguridad interior del Estado no cabe hoy entender sino «la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas» (29) coincidiendo, asimismo, la doctrina penal en que el bien jurídico protegido en las infracciones políticas en la actualidad ha de concretarse en la defensa del «ordenamiento constitucional democrático» (30).

Desde esta perspectiva y a efectos de delimitar el alcance de lo político en la esfera penal, creo que resulta entonces indiferente que el móvil político de la actividad delictiva se manifieste de modo inmediato, esto es, lesionando o poniendo en peligro de forma directa o frontal el bien jurídico de carácter político —y para esta modalidad quizás podríamos reservar la expresión delito político— o bien, como caracteriza al terrorismo, se presente como una finalidad mediata, donde, no obstante, también en última instancia debe comprobarse esa lesión o puesta en peligro y donde el carácter pluriofensivo de sus actuaciones es lo que justifica la mayor sanción penal. Mas en ambos casos, delincuencia política o delincuencia terrorista, la finalidad tiene el mismo carácter y el motivo de su incriminación responde al mismo criterio: la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder; consiguientemente, la relevancia penal de lo político en el Estado de Derecho se circunscribe a los supuestos de alteración del orden constitucional y sólo cuando los mismos se encaminen a través de procedimientos extraconstitucionales.

El elemento teleológico en el delito de terrorismo no tiene, pues, un contenido más amplio que la específica finalidad política de alteración del orden constitucional (31). Obviamente, el fin último puede concurrir

propósitos que deben caracterizar a las bandas armadas u organizaciones terroristas tanto la Propuesta de 1983 como el Anteproyecto de 1992 (arts. 488 y 519, 1.º respectivamente) aluden nuevamente a la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, referencia que debería desaparecer maxime cuando también se haya recogido el fin más preciso de alterar el orden constitucional.

(29) Sentencia de 8 de abril de 1981, Fundamento Jurídico 26.

(30) En este sentido, entre otros, ARROYO, L., «Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal», en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo II, Madrid 1983, p. 220; GARCÍA RIVAS, N., obra citada, p. 140 y GÓMEZ CALERO, J., «Delitos de terrorismo», en «Comentarios a la Legislación Penal», Tomo XI, Madrid 1990, p. 268.

(31) En la doctrina italiana, la polémica sobre el contenido del elemento teleológico surge especialmente cuando, en virtud del Decreto/Ley de 15 de diciembre de 1979 (convertido en Ley de 6 de febrero de 1980), se introduce en el Código penal la agravante genérica de actuar con «finalidad terrorista o de eversión del orden democrático». Aunque para algunos autores, como ALBANELLO o VALIANTE, se trata de fines diferentes, la mayoría de la doctrina, sin embargo, se inclina por una noción unitaria de los mismos que debe entenderse como eversión violenta del orden democrático. En realidad, creo que tanto en el caso italiano como en el español, cuya legislación en esta materia

con otros objetivos más inmediatos (32) pero la actividad desarrollada por el grupo terrorista no se agota en la realización de unos delitos concretos sino que éstos deben tener, en todo caso, un carácter instrumental, esto es, estar al servicio de un programa o estrategia política dirigida contra el ordenamiento constitucional democrático. De este modo, y como ya sabemos, el terrorismo debe diferenciarse cuidadosamente de aquella delincuencia común con la que cabe decir que se identifica «instrumentalmente», pero de la que le separa la finalidad política; y debe diferenciarse asimismo de otras actividades delictivas que puedan presentar una directa o indirecta relevancia política, pero donde la eventual violencia no se endereza estratégica y organizadamente a la consecución del fin.

Ahora bien, la sentencia de la Audiencia Nacional no parece incurrir desde luego en una tendencia expansiva en la interpretación del concepto de finalidad política sino que, por el contrario, restringe notablemente su alcance al considerar que los procesados no tenían con su actuación delictiva ningún propósito de «destruir» el orden democrático sino de preservarlo o defenderlo. ¿Significa esto que la finalidad política sólo puede ser relevante en materia penal cuando se persigue el cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro, del sistema político?; ¿dicha finalidad admite un juicio moral (y jurídico) según cual sea su impronta ideológica?

De entrada, y antes de proseguir con el tema de fondo, es interesante subrayar que la sentencia comentada se aparta de modo palmario del precedente sentado por la propia Audiencia Nacional a propósito de la naturaleza de los G.A.L., que en el llamado «caso Leiba» (33) aplicó sin vacilación el tipo específico de asociación terrorista tras acreditar «la simple pertenencia a banda armada» de los inculpados, así como que

presenta numerosas semejanzas, la finalidad propiamente es la eversion o alteración del orden constitucional mientras que el concepto terrorismo no es sino un modo de exteriorizar la actividad delictiva dirigida a esa finalidad. *Vid.* DALIA, A. A., «I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo ed eversione», Milano 1980, p. 22; ALBANELLO, C., «Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica», en *Giurisprudenza di Merito*, 1981, p. 276; VIGNA, P.L., «La finalita di terrorismo ed eversione», Milano 1981; LAUDI, M., «I casi di non punibilità dei terroristi "pentiti"», Milano 1983, p. 54 y VALIANTE, M., «Il reato associativo», Milano 1990, p. 263.

(32) A menudo, la jurisprudencia de la Audiencia Nacional hace referencia a las finalidades de creación de alarma, de inseguridad ciudadana o de aterrorizar a la población que, en muchos casos, suele calificar como fines instrumentales o inmediatos (*Vid.* en este sentido las sentencias 2/81, 22/81, 25/81 y 39/81 (Sección 3.^a); 71/84 (Sección 2.^a); 66/85 y 83/85 (Sección 1.^a) y 27/86 (Sección 3.^a), entre otras muchas). Ciertamente, tales fines, al margen de que en muchas ocasiones sean más bien un efecto del delito, no tienen porque ser privativos de la delincuencia terrorista sino sólo en la medida en que formen parte de una estrategia de desestabilización política.

(33) Sentencia n.º 106 de la Sección 1.^a de la Audiencia Nacional dictada en fecha 9 de diciembre de 1985.

sus acciones se habían efectuado «en cumplimiento de los fines perseguidos por el grupo al que pertenecen» (34).

Ciertamente, nada impide que la Sección 3.^a se aparte de la doctrina o del precedente formulado por la Sección 1.^a, pero al menos creo que debió observar las recomendaciones suministradas por el Tribunal Constitucional para estos casos y que se contraen a una exigencia de motivación suficiente de las razones del cambio jurisprudencial, que permita excluir toda sospecha de superficialidad o, lo que sería más grave, de tratamiento discriminatorio (35). Lejos de ello, se prefiere recordar aquí el «caso Caplane» (36), donde se excluyó la aplicación del tipo de asociación terrorista, pero precisamente porque no se logró acreditar la pertenencia de los inculpados al G.A.L.

Pero, ya que no una argumentación expresa, ¿cabe adivinar alguna razón implícita para vincular necesariamente la noción de terrorismo a unas ciertas finalidades políticas y no a otras? La verdad es que no se me ocurre ninguna: en un modelo de convivencia que garantice el más amplio pluralismo político, que diseñe un sistema de libertades públicas y que incluso admite el cambio constitucional, la índole o clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal, y ello por muy radical o heterodoxo que sea su contenido (37). En otras palabras, el legislador puede tomar en consideración la existencia de un designio político de vulneración del orden constitucional a fin de construir tipologías penales, y éste es el caso del terrorismo, pero establecer distinciones acerca de su concreta inspiración o propósito equivale a discriminar en función justamente de las ideologías y no de las conductas, careciendo por lo mismo de cualquier

(34) La sentencia dictada en esta misma causa por el Tribunal Supremo, de fecha 27 de mayo de 1988, R.A. 3839, alude, con mayor argumentación, a la finalidad específica de «quebranto de la seguridad ciudadana».

(35) En palabras del Tribunal Constitucional, «los órganos judiciales pueden modificar sus propios precedentes, siempre que lo hagan en términos que permitan apreciar que el nuevo criterio interpretativo ha sido adoptado como solución genérica... y no como cambio inadvertido... o que sea fruto de voluntarismo selectivo frente a supuestos anteriores resueltos de modo diverso», STC de 23 de mayo de 1990, Fundamento Jurídico 3.

(36) Sentencias de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 1987 y del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991.

(37) No obstante, también en los sistemas democráticos cabe constatar algunos residuos de incriminación de la disidencia como puede ser el caso, en nuestro ordenamiento, del tipo de apología. Sobre la utilización del Derecho penal como medio de defensa del Estado democrático frente a agresiones no violentas, véase, en general, GARCÍA-PABLOS, A., «El llamado «Derecho penal político de nuevo cuño», sus presupuestos y directrices», en Cuadernos de Política Criminal n.º 2, 1977, p. 51 y ss., reproducido y ampliado en el Capítulo III de «Escritos Penales», Barcelona 1984, p. 153 y ss.

fundamento constitucional, dado que, en línea de principio, ninguna ideología es preferible a otra.

De aquí hay que deducir, a mi juicio, dos importantes consecuencias: de un lado, que no cabe la acuñación de tipos penales que supongan la incriminación de ideologías o programas políticos, cualquiera que sea su contenido, mientras las mismas no se traduzcan en acciones delictivas que efectivamente se orienten a la alteración del orden constitucional (38); sólo en este sentido creo que puede decirse con rigor que en los Estados democráticos no existen delitos políticos. Pero también, y de otro lado, precisamente porque el Estado de Derecho rechaza toda discriminación que atienda a las ideologías o programas políticos, cuando éstos son de algún modo tenidos en cuenta han de objetivarse o generalizarse, de modo que *cualquier* fin político unido a una misma acción penalmente reprochable ha de producir idénticos resultados. Esto es, el orden constitucional se lesiona de igual modo por quien utiliza el asesinato para lograr su transformación o derogación como por quien recurre al mismo asesinato para lograr su preservación, sencillamente porque el orden democrático consiste, entre otras cosas, en que tales objetivos puedan y deban ser alcanzados por vías pacíficas e institucionalmente regladas (39).

Por lo demás, visto el problema desde la perspectiva de la organización estatal, la diferencia entre las organizaciones terroristas «clásicas» (E.T.A. o G.R.A.P.O.) y los G.A.L. parece más cuantitativa o de grado que sustancial o cualitativa, por cuanto si aquellos pretenden suplantarse al legislador que crea normas generales, estos últimos pretenden suplantarse a los operadores jurídicos encargados de aplicar esas normas generales a situaciones particulares. Quiero decir con ello, en suma, que el orden constitucional se ve tan lesionado cuando se quiere arrancar

(38) En este sentido, la crítica efectuada por la doctrina penal a la STC de 8 de abril de 1981 que no consideró inconstitucional el tipo de sedición previsto en el art. 222,1.º del CP, huelga de funcionarios públicos, entendiendo que la conducta, en sí misma lícita, se criminaliza sólo en función de la finalidad o dolo específico de atentar contra la seguridad del Estado. Véase ARROYO, L., «Responsabilidad penal en la huelga...», citado, p. 215 y GARCÍA RIVAS, N., «La rebelión militar en Derecho penal», citado, p. 140-141.

(39) En este mismo sentido se manifestaba el Ministerio Fiscal en la causa contra Amedo y Domínguez señalando que «el propósito de “destrucción o eversión del orden constitucional”... se hace patente de ordinario en quienes, cualesquiera que sean las motivaciones ideológicas y proselitistas que defienden, utilizan sistemáticamente la lucha armada para la consecución de sus reivindicaciones políticas desafiando las instituciones del Estado democrático de Derecho establecidas para garantizar el pluralismo político. Pero igualmente adoptan tales comportamientos quienes, abstracción hecha del móvil que inspira su obra, tratan conscientemente de suplantarse a las instituciones legítimas del Estado de Derecho constitucional y, por vía de respuesta, recaen en actividades criminales parejas a las que quieren combatir». Véase escrito de Alegaciones provisionales de fecha 18 de agosto de 1988, p. 3 y vta.

por la violencia la adopción de una medida legislativa o de una decisión política general que cuando, por idénticos medios, se intenta violentar o sustituir a los órganos que tienen por misión garantizar el funcionamiento regular del sistema, pues las exigencias del Estado de Derecho comprenden por igual ambos momentos o capítulos.

Así pues, la actuación del grupo terrorista portador de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico en un sistema democrático por el uso de la violencia, por la no utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política. Ese programa político será, normalmente, revolucionario, transformador, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide concebir como terrorista a un grupo políticamente conservador, que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario (40). Como señala Vigna, el orden democrático supone el respeto de los métodos democráticos en todas sus manifestaciones políticas y cualquier violación de ese principio «constituye atentando a la Constitución, ruptura o tentativa de ruptura en forma violenta» (41).

Finalmente, creo que el criterio mantenido en esta ocasión por la Audiencia Nacional contribuye -acaso malgrá lui- a deslegitimar una legislación antiterrorista que nunca se ha mostrado muy adornada por una conciencia general de legitimidad; pues, en resumidas cuentas, si alguna justificación puede exhibir hoy dicha normativa ésta reside en la necesidad de establecer una respuesta vigorosa por parte del Estado frente a una violencia extrema, cruel y planificada que dice servir a unos objetivos que en sí mismos tendrían cabida en el marco institucional, por lo que resulta fundamental subrayar que no es la finalidad, sino los medios, lo que constituye el objeto del reproche penal. En cierto modo, cabe decir que la legislación antiterrorista ha de guardar un cierto paralelismo con el propio modelo político, de manera que si en éste todas las ideologías o programas aparecen en un plano simétrico y, en principio merecen las mismas oportunidades, así también en la esfera de la punición antiterrorista debe mantenerse la misma simetría entre las distintas opciones políticas, castigando en función de los hechos y no de los propósitos. Dicho más claramente, la sentencia comentada viene a cargar de razón a quienes ven en esta clase de legislación un instrumento específico para la persecución de ciertos credos políticos y no —como suele decirse— de la violencia «venga de donde venga».

(40) Ciertamente, es muy dudoso que quienes dicen utilizar la «vía violenta» para defender al Estado no persigan, en realidad, también su transformación frontal. En definitiva, negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado es negar no sólo su eficacia en casos concretos, sino negar también el sistema mismo, que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación.

(41) VIGNA, P.L. «La finalità di terrorismo ed eversione», citado, p. 33.

IV. EL ELEMENTO ESTRUCTURAL EN EL CONCEPTO DE TERRORISMO: LA BANDA ARMADA O ASOCIACIÓN TERRORISTA

Pero, como es sabido, la genérica finalidad política de alteración del orden constitucional no constituye el único rasgo definidor del concepto de terrorismo. Sobre todo en los últimos años, viene cobrando fuerza la idea de que el terrorismo es algo más que simple violencia política y ese algo más viene dado por su carácter institucional y cuasijurídico que tiende a romper el monopolio estatal en el uso de la fuerza. Por ello, como señala Bonanate, hoy sólo cabe hablar realmente de terrorismo cuando un conjunto de acciones violentas diferentes se pueden imputar a un mismo sujeto —la organización política— que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo (42). En cierto modo, cabe decir que el sujeto no es el terrorista sino el grupo terrorista que constituye un contraordenamiento respecto al Estado y que trata de inspirarse en un análogo, aunque antitético, principio de legitimidad; esta concepción del terrorismo como institución político criminal pone de relieve una vez más que, según se ha dicho, el bien jurídico vulnerado en estos supuestos no es sólo el concreto de cada hecho delictivo sino la propia unidad del ordenamiento estatal y la exclusividad de los cauces constitucionales como forma de acción política.

Esta dimensión del terrorismo es, con toda probabilidad, la que viene preocupando al legislador de los últimos años y, del mismo modo que en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural, el tratamiento que el Código penal español ofrece del fenómeno terrorista gira, básicamente, en torno a la figura prevista en el art. 174,3.º donde se sanciona el delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas. El mismo Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de diciembre de 1987, ha reconocido expresamente que «el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales... se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de «bandas» en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas»; de este modo, el elemento estructural u organizativo se constituye en requisito indispensable para que pueda ser aplicada la legislación antiterrorista.

Ahora bien, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional en el caso Amedo y Domínguez no negó que los procesados actuaran con una

(42) BONANATE, en BONANATE, L., MARLETTI, C., MIGLIORINO, L., y otros, «Dimensioni del Terrorismo politico. Aspetti interni e internazionale, politici e giuridici», a cura de L. Bonanate, Milano 1979, p. 132-133.

falta de cobertura organizativa suficiente —siendo así condenados por un delito de asociación ilícita del art. 173,1.º del Código penal— sino que, como ya sabemos, lo que negó fue la condición de terrorista a la mencionada organización por inexistencia de finalidad política. Sin embargo, el fallo emitido en la misma causa por el Tribunal Supremo, en fecha 12 de marzo de 1992, manteniendo la misma calificación jurídica, ofrece una argumentación diferente basada en una interpretación del elemento estructural, es decir referida al tipo de asociación ilícita; interpretación que, como ahora veremos, contradice una propia y consolidada jurisprudencia e incluso puede ser, en algún punto, contraria a la doctrina emitida en esta materia por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, la referida sentencia del Tribunal Supremo comienza por distinguir tres categorías de «agrupaciones delictivas»: de un lado, la asociación ilícita del art. 173, destinada a combatir formas de delincuencia común y, de otro, aquellas inmersas en el mundo del terrorismo, esto es, la banda armada y la organización terrorista o rebelde a que alude el art. 174,3.º. Y he aquí la primera cuestión en que el fallo resulta francamente innovador pues señala, de modo expreso, que estas dos últimas agrupaciones, banda armada y organización terrorista o rebelde, tienen una misma finalidad delictiva —«la subversión del orden social establecido o la derrocamiento del sistema democrático»— y utilizan los mismos medios violentos, pero se diferencian en que las organizaciones terroristas o rebeldes, no las bandas armadas, «implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles» (43).

Ciertamente, nunca he tenido claro, al menos hasta la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, que banda armada y organización terrorista tuvieran o hubieran de tener un significado diferente (44). Si partimos de una interpretación histórica, el concepto de banda armada parece identificarse mejor con la asociación ilícita común, al menos con determinadas organizaciones comunes cuya represión quiso equipararse a la de las asociaciones políticas (45). En épocas más recientes, fundamentalmente al inicio del llamado período de transición democrática, nuestra legislación utiliza también con frecuencia la expresión «grupos o bandas armadas» omitiendo generalmente, al mismo tiempo, toda re-

(43) STS de 12 de marzo de 1992, Decimoquinto Fundamento de Derecho.

(44) Obviamente sí la organización rebelde, cuya diferencia con la terrorista no es de estructura orgánica ni de finalidad última sino de actividad delictiva. Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 213 y ss.

(45) Así, por ejemplo, el famoso Decreto de 1947 sobre bandadaje y terrorismo que, como señalara QUINTANO, úna en «extraño maridaje» conductas de signo común y político muy diferentes. QUINTANO, A., «Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal», coordinación y puesta al día E. Gimbernat, Tomo IV, Madrid 1967, p. 96. Sobre la legislación antiterrorista dictada durante el período franquista véase en general mi citado trabajo «Tratamiento jurídico del Terrorismo», pp. 125 y ss.

ferencia al concepto terrorismo (46) lo que, como ya he tenido ocasión de comentar, responde sin duda a un afán despolitizador del terrorismo, propósito que el legislador ha manifestado insistentemente en los últimos años con el fin de separar este fenómeno del prestigioso concepto de delito político (47).

Por otra parte, hay que constatar que ni la legislación ni la jurisprudencia de la Audiencia Nacional o del Tribunal Supremo habían proporcionado un criterio diferenciador de estos conceptos (48) lo que, unido al peligro de que se propiciara una desmedida expansión en la aplicación de la legislación antiterrorista, parecía recomendar una interpretación unitaria u homogénea, es decir, sin reconocer diferencias de finalidad ni de medios delictivos o de estructura entre la banda armada y la organización terrorista.

Sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987, se establece un criterio de distinción entre ambos tipos de agrupación delictiva, distinción que, en ningún caso, parece hacerse descansar en la específica finalidad de «infundir terror» como señala el Tribunal Supremo en el caso Amedo (49). Por el contrario, la doctrina del Tribunal Constitucional se asemeja en mayor medida a esa interpretación histórica del concepto «banda armada» a que antes hacíamos referencia, pues señala que la legislación antiterrorista es aplicable no sólo a las organizaciones que actúan con indubitada finalidad política sino también a aquellas que «sin objetivo político alguno... puedan crear una situación de alarma y en consecuencia una situación

(46) Así, por ejemplo, el Real Decreto/Ley 21/1978, de 30 de junio o el Real Decreto/Ley 19/1979, de 23 de noviembre.

(47) Véanse mis trabajos «Tratamiento jurídico...», citado, pp. 163 y ss. y «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», citado, p. 958.

(48) La legislación antiterrorista tipifica la banda armada y la organización terrorista sin definir las en ningún caso, mientras que la jurisprudencia utiliza indistintamente estos conceptos señalando que por tales debe entenderse «un grupo o pluralidad de personas que se enfrentan al orden sociológico y jurídico establecido constitucionalmente, utilizando para tales propósitos medios idóneos que pueden causar incidencias en la seguridad ciudadana» (Sentencia 58/86 de la Sección 3.^a de la Audiencia Nacional; en similar sentido, entre otras, 11/85 (Sección 2.^a) y 42/86 (Sección 3.^a)).

(49) A nuestro juicio, parece poco acertado que la distinción entre banda armada y organización terrorista resida en el elemento subjetivo de «infundir terror». Al margen de que, en todo caso, infundir terror sea un fin inmediato o instrumental, máxime en la delincuencia terrorista, el terror, como su grado menor, la alarma, es normalmente, más una consecuencia o un efecto del delito que un fin en sí mismo y, desde luego, cualquier actividad delictiva, tanto común como política y tanto individual como organizada, puede generarlo pues en la mayoría de los casos ello depende fundamentalmente de la reiteración con que se produzcan los hechos delictivos o de la impunidad o falta de detención de los delinquentes.

de emergencia de la seguridad pública» (50), es decir, a aquellas asociaciones comunes que con su actividad delictiva alcancen los mismos resultados que se proponen las de carácter político, la lesión o puesta en peligro del orden constitucional (51).

Entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la dictada por el Tribunal Supremo en el caso que comentamos parece haber, pues, una importante diferencia; la banda armada es, en un caso, una asociación común cuyo resultado es objetivamente político, mientras que en otro constituye directamente una asociación política aunque, eso sí, carente de «la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles». Con todo, admitida la dimensión política, ya como móvil, ya como resultado objetivo, la distinción no tendría mayor trascendencia en el caso examinado, pues lo que no cabe duda para el Tribunal Supremo es que tanto la banda armada como la organización terrorista «buscan la subversión del orden social establecido» y actúan «con una perspectiva fundamentalmente política en el más amplio sentido». Es decir, que de abandonarse la tesis de la Audiencia Nacional que negaba la relevancia del objetivo político en los G.A.L., la aplicación de los tipos antiterroristas resultaba obligada con independencia de que banda armada y organización terrorista sean cosas iguales o diferentes. De hecho, la propia sentencia del Tribunal Supremo abandona pronto este razonamiento para discutir directamente si los G.A.L. constituyen o no una especie del género indiferenciado «banda armada-organización terrorista».

En efecto, más allá de lo que constituye un *obiter dictum* con discutibles propósitos doctrinales, lo que verdaderamente hace el Tribunal Supremo es diferenciar entre las bandas armadas y organizaciones terroristas de un lado, y las asociaciones ilícitas comunes de otro, pero cifrando la distinción, no en la concurrencia de la finalidad política, sino en la estabilidad, organización y jerarquía de cada una de esas agrupaciones, es decir, en el elemento estructural. En opinión del Tribunal Supremo, tanto las bandas armadas como las organizaciones terroristas «implican una mayor e importante estructura jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervinientes, nunca transitoria u ocasional»; es decir, una mayor entidad organizativa que no se aprecia en el caso enjuiciado donde lo que existe es, a juicio de la sentencia, «una mera, pero rechazable y re-

(50) STC de 16 de diciembre de 1987, Fundamento Jurídico 4.

(51) Un análisis en mayor profundidad sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en «La última recepción de la legislación antiterrorista...», citado, p. 960 y ss. donde mostrábamos nuestro escepticismo sobre la posibilidad de que una organización de estas características pudiera realmente poner en peligro el orden constitucional. Por cierto que la Audiencia Nacional pudo (pero no quiso) tener en cuenta esta interpretación del Tribunal Constitucional para, no obstante negar el elemento teleológico, aplicar a los G.A.L. la legislación de bandas armadas.

puddible, asociación que sin mayor esquema organizativo... planeó los objetivos y las finalidades explicadas por la Audiencia» (52).

No procede detallar aquí la, por otra parte consolidada, doctrina legal y jurisprudencial sobre el delito de asociación ilícita; según opinión común, dicho tipo delictivo se diferencia de otras figuras afines —como la conspiración, cuadrilla o asociación transitoria para delinquir— en que requiere «una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consumación de éstos» y esta estructura es la organización. La organización supone, sin duda, un determinado número de miembros, supone también una cierta duración y permanencia, una estructura jerarquizada y, en fin, uno o varios objetivos, pero estos elementos no serán sino «datos o indicios para acreditar su existencia» siendo indudable que la entidad de la organización estará en función de sus necesidades operativas (53).

Partiendo de lo anterior, tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido estimando que la banda armada o asociación terrorista constituye un auténtico supuesto agravado del delito de asociación ilícita (54), agravación que se produce, no en función de que se requiera una mayor estructura organizativa, sino por la relevancia política de las mencionadas organizaciones que es, ciertamente, el único elemento que las diferencia (55). Por consiguiente, entre asociación ilícita común y banda armada u organización terrorista no tiene por qué existir una distinción estructural y sí sólo teleológica; la entidad organizativa, es decir, el número de miembros, su estabilidad, etc., dependerá de las necesidades que plantee la concreta actuación delictiva a realizar y no será infrecuente, en muchas ocasiones, que la realización de determinadas actividades delictivas comunes requieran una mayor organización que las de signo político. En resumen, si los G.A.L. merecían el calificativo de asociación ilícita, merecían también el de banda armada desde el momento en que se apreciase el objetivo de lesionar el orden constitucional; la Audiencia Nacional negó esto último, lo que nos ha pareci-

(52) STS de 16 de marzo de 1992, Decimoséptimo Fundamento de Derecho.

(53) GARCÍA PABLOS, A., «Asociaciones ilícitas en el Código Penal», Barcelona 1977, p. 236 y ss. Del mismo autor véase asimismo, «Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas terroristas», Capítulo VI de «Estudios Penales», citado, pp. 285 y ss.

(54) Véase «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 228 y ss. y asimismo, ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la L.O. 2/1981, de 4 de mayo», en C.P.C. n.º 15, 1981, p. 404 y ss. y BAEZA AVALLONE, V., «Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/78 y 82/78», en «Escritos Penales», Valencia 1979, pp. 46-47. Con respecto a la jurisprudencia, además de las sentencias de la Audiencia Nacional citadas en el trabajo de E. MESTRE, «Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional», Madrid 1987, pp. 188 y ss., véase, por todas, la STS de 13 de noviembre de 1984.

(55) Véase, con mayor amplitud, «Tratamiento jurídico del terrorismo», citado, pp. 235 y ss.

do discutible, pero el Tribunal Supremo niega lo primero, lo que resulta sorprendente.

Sin embargo, deja de ser tan sorprendente si tenemos en cuenta la, a nuestro juicio, premeditada oscuridad en que se mueven los dos fallos judiciales a la hora de definir la relación entre los acusados y los G.A.L. Que estos grupos constituyan una asociación ilícita y, en la medida en que se reconozca su finalidad política, una banda armada u organización terrorista, parece fuera de toda duda (56), como lo demuestra el fallo emitido en el comentado «caso Leiba» (57) e incluso un pronunciamiento incidental del Tribunal Supremo donde se habla del «grupo terrorista G.A.L.» (58). También es cierto que Amedo y Domínguez fueron condenados por asociación ilícita, pero ¿en virtud de su pertenencia a los G.A.L.?

He aquí el nudo del problema. Las continuas referencias a los G.A.L. y al papel que desempeñaban los inculcados en relación con dicha organización puede hacer pensar que ese era el objeto del proceso. No ocurre así: la Audiencia Nacional «no da como hecho probado la pertenencia de los acusados al G.A.L.» y consiguientemente «hay que dejar bien claro que ni se están enjuiciando los éxitos o los desaciertos de determinados personajes públicos ni, menos aún, al grupo terrorista G.A.L.» (59). Y, ciertamente, es verdad que la pertenencia de Amedo y Domínguez al mencionado grupo quedaba, en la sentencia de la Au-

(56) Según el Escrito de Alegaciones provisionales del Ministerio Fiscal en la causa contra Amedo y Domínguez, que cita el Informe sobre el G.A.L. de la Comisaría General de Información de la Dirección General de Policía, de fecha 3 de marzo de 1986, el acta de nacimiento de esta organización se vincula al secuestro del súbdito español Segundo Marey ocurrido en Hendaya en el mes de diciembre de 1983. Con tal motivo, el grupo hizo público un comunicado donde se daba cuenta de su fundación dirigida a responder a las acciones delictivas de la organización E.T.A. y entre esta fecha y febrero de 1986 se producen hasta 29 atentados con un resultado de 22 muertos y 30 heridos. Aunque el Ministerio Fiscal señala que el citado informe no ofrece datos sobre la estructura organizativa del grupo concluye, no obstante, que «... la similitud y continuidad de circunstancias y características que acompañan a los numerosos atentados llevados a cabo, no parecen mínimamente congruentes con la hipótesis de acciones aisladas y dispersas, sin conexión ni trabazón organizativa alguna. Por el contrario, todos los signos externos apuntan a la imprescindible de dicha trabazón orgánica como apoyatura de la diversidad de operaciones».

(57) La mencionada sentencia, de 27 de mayo de 1988, condena, como ya sabemos, por un delito de asociación terrorista declarando asimismo probado que los procesados «se habían enrolado o integrado en el comando Jaiztuña con intención de encuadrarlo dentro de los Grupos Antiterroristas de Liberación... (que) actuaban de forma concertada y previamente planificada, en cumplimiento de los fines perseguidos por el grupo a que pertenecen».

(58) STS de 12 de marzo de 1992, Fundamentos de Derecho Octavo y Decimo-primero.

(59) *Ibidem*.

diciencia, en una cierta nebulosa pues, al sancionar por el delito de asociación ilícita, no se hacía mención expresa a ningún grupo delictivo. ¿Resulta entonces que Amedo y Domínguez han sido condenados por pertenecer a otra asociación delictiva diferente a los G.A.L. y resulta, además, que de haber sido directivos, integrantes o colaboradores de los G.A.L. y no de su «particular asociación» entonces no habría existido dificultad en calificar su conducta como terrorista?

A la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, creo que hemos de contestar afirmativamente, aunque tal conclusión no resiste, a mi juicio, la más mínima crítica. Comenzando por el asunto de la pertenencia de los inculcados a los G.A.L., en los hechos declarados probados se puede leer que los procesados «entraron en contacto con elementos pertenecientes al aparato estable de los GAL», manteniendo entrevistas con miembros destacados a los que propusieron «reclutar gente dispuesta a cometer atentados» y, más adelante, se añade que «los procesados procedieron personalmente a la contratación de ciertos sujetos con algunos conocimientos en el manejo de armas que pudieran actuar como ejecutores de los actos que se describirán, coincidentes con las actividades y fines ilícitos de los referidos grupos antiterroristas» (60). A ello hay que añadir que todos los delitos de atentado por los que se condena a Amedo y Domínguez fueron reivindicados por la mencionada organización antiterrorista como, asimismo, reconoce la propia Audiencia (61). En verdad, resulta difícil creer que una organización clandestina y fuertemente perseguida por la policía se permita dejar en manos de un extraño la realización de todas esas actividades delictivas; y resulta sorprendente que, para el Tribunal Supremo, tales actividades no puedan incluirse en ninguna de las múltiples y heterogéneas figuras de integración-colaboración diseñadas por la legislación antiterrorista. Parece, sin embargo, que Amedo y Domínguez habían creado su propia sociedad, aunque, eso sí, manteniendo frecuentes negocios con los G.A.L.; sociedad que curiosamente les va a servir ahora para aludir la aplicación de la normativa antiterrorista.

Ahora bien, si la sociedad de Amedo y Domínguez se dedicaba a las mismas actividades que los G.A.L., con quienes mantenían tan buenas relaciones que asumían recíprocamente sus atentados, ¿por qué no era la suya también una banda armada u organización terrorista? Ya conocemos la respuesta de la Audiencia Nacional: porque su fin político no era subversivo. También conocemos la solución del Tribunal Supremo: porque dicha asociación se estructuraba «sobre la base de un grupo

(60) Sentencia 30/91, de 20 de septiembre, de la Sección 3.^a de la Audiencia Nacional, Hechos Probados n.º 1.

(61) En concreto se considera a los procesados autores por inducción de los atentados cometidos en los bares «Batxoki» y «Consolation» declarando su absolución, por falta de pruebas, en el caso del asesinato del Sr. García Goena.

mínimo de dos personas» (62). Por cierto, si, como parece, esas dos personas sólo pueden ser Amedo y Domínguez, ¿por qué fueron condenados como dirigentes y no como fundadores?

En realidad, creo que la argumentación del Tribunal Supremo sólo podía conducir a una consecuencia coherente: anular la sentencia dictada por la Audiencia Nacional y estimar que los hechos no eran constitutivos de un delito de asociación ilícita, ni terrorista ni común, sino de codelinquencia ocasional. Si realmente los procesados no pertenecían, o no pudo probarse su pertenencia, al GAL, si eran los únicos miembros de la asociación ilícita, y si tampoco pudo probarse que los hechos delictivos se realizaran en función de una estrategia más allá de las concretas acciones delictivas, lo que no nos explicamos entonces es por qué han sido condenados, no ya por el delito de asociación terrorista, sino ni siquiera por el de asociación ilícita común porque, de ser cierto todo lo señalado, el supuesto es claramente de mera asociación transitoria o codelinquencia y ello con independencia de que la finalidad delictiva de defensa del orden constitucional constituya, como aquí hemos defendido, una finalidad política.

V. OBSERVACIÓN FINAL

Pese al título que encabeza este trabajo, no creo que las sentencias comentadas constituyan el mejor instrumento hermenéutico para describir la noción de terrorismo en el Derecho penal vigente; acaso puedan servir justamente de contrapunto o excepción para explicar el comportamiento habitual de los Tribunales en esta materia, y así hemos procurado enfocar el comentario. Pues, en efecto, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo orientan su argumentación con un designio claro: desvincular las actividades de Amedo y Domínguez del fenómeno terrorista y, por ende, de los G.A.L., una entidad bastante fantasmagórica sobre la que las sentencias arrojan muy poca luz; y para ello no dudan en ensayar dos estrategias narrativas y justificadoras que representan novedades absolutas, cuando no contradicciones palmarias con la jurisprudencia precedente. La primera, avalada por la Audiencia Nacional, consiste en introducir sutilezas en el componente político de la lesión del orden constitucional propio del terrorismo, lo que podría conducir a curiosos debates ideológicos en sede judicial. La segunda, propuesta por el Tribunal Supremo, viene a sostener que entre asociación ilícita común y banda armada existe una diferencia de complejidad estructural, jerarquía y planificación, lo que, paradójicamente, viene a ampliar la figura de la asociación ilícita, dado que basta una sociedad al

(62) STS de 12 de marzo de 1992, Decimoséptimo Fundamento de Derecho.

parecer tan elemental como la fundada por los inculpados *al margen* de los G.A.L. para justificar dicha calificación.

Sin embargo, y por distintas razones que ahora podemos omitir, no creo que debamos temer (o confiar) en la generalización de esta jurisprudencia, de modo que, si no media alguna modificación legislativa, el concepto de terrorismo se mantendrá muy probablemente en los términos que actualmente conocemos, esto es, girando en torno a la idea de asociación ilícita que mediante la violencia extrema persigue unos fines o alcanza unos resultados susceptibles de lesionar el orden constitucional. La causa contra Amedo y Domínguez representa así una excepción, aunque sea una excepción ilustrativa de las enormes posibilidades que ofrece el lenguaje jurídico —legal y forense— incluso en una esfera que se supone tan certera y taxativa como la penal.

