

Terrorismo y represión, presos políticos y presos comunes

Joaquín GIMENEZ GARCIA

I. INTRODUCCION

Creo que podría ser compartida la afirmación de que el terrorismo es un ataque excepcional contra el Estado de Derecho por el riesgo de que arruine el sistema de libertades, propio de una Sociedad Democrática, por encima del rastro de dolor y muerte que dejan sus acciones.

El terrorismo es una clase de delincuencia organizada, verdadera empresa criminal que tiene como elemento de cohesión una ideología enfermiza exteriorizada en un discurso excluyente, acriticamente aceptado, condensando en unas consignas vacías de vida y reflexión desde las que se justifican mecánicamente y rutinariamente los más crueles actos, cuya expresión más clara es la negación a convivir con el que piensa de distinta manera. Más aún, existe un indisimulado deseo de quitarlo de enmedio, y es desde este discurso excluyente donde se pone de manifiesto otra característica de esta delincuencia: se está ante delincuentes por convicción que tratan obsesivamente de justificar sus actos mediante el obscuro procedimiento de cargar sobre los demás la responsabilidad del atentado, en un ejercicio de transferencia de culpabilidad del que dan fe, hasta la náusea, los terroristas y sus epígonos ante cualquier atentado cometido. El terrorista es de alguna manera un teledependiente.

La finalidad perseguida no es otra que el achantamiento de la ciudadanía sobre la que se proyecta su política de aterrorización social como medio de conseguir la imposición de su voluntad.

II. LA RESPUESTA AL TERRORISMO. EL SISTEMA PENAL DE EXCEPCION. RIESGOS

Desde esta reflexión, sería difícil no coincidir en la legitimidad del Estado para responder a la excepcionalidad del ataque terrorista con medidas, igualmente excepcionales. El problema no estaría tanto en la legitimidad en abstracto, sino en la valoración de las concretas medidas que se puedan articular por el doble riesgo que suponen de contaminarse de la dinámica terrorista y unido a ello por la irresistible capacidad de expansión que tiene todo lo excepcional.

Es un camino que se sabe cuándo y cómo se empieza, pero que puede llevar a los más graves desvaríos, con riesgo de llegar a convertirse en un factor criminógeno que une, a la propia deslegitimación del Estado, el de convertirse en un elemento de cohesión del discurso terrorista.

Nunca hay que perder de vista la reflexión de que

—por decirlo con las palabras del Parlamento Europeo en su informe del 2 de febrero de 1994— "el terrorismo es un mal de épocas de paz que debe ser tratado con remedios de épocas de paz". Por ello, la defensa de la democracia y la lucha contra el terrorismo no puede entrar en contradicción con la utilización de métodos antidemocráticos o que violen los derechos humanos.

Precisamente, cuando por la presión terrorista se entra en contradicción con el propio discurso garantista del estado de derecho, surge el concepto de razón de estado, opuesto al de razón jurídica como criterio inspirador e informador del derecho y del proceso penal en concreto.

La característica de la razón de estado estriba en la subordinación de los medios a los fines a conseguir, fines que según el discurso oficial consisten en el mantenimiento del estado de derecho pero curiosa y paradójicamente para ese declarado fin, se invoca la necesidad de apartarse de las reglas que definen el estado de derecho.

Por decirlo en palabras de Ferrajoli "El estado de derecho se defiende mediante su negación".

Surge así un *sistema penal de excepción caracterizado por cuatro elementos*:

1. Ampliación de los poderes de la policía con decaimiento del control judicial, lo que provoca la aparición de espacios policiales autónomos carentes de control judicial.

2. Restricción de las garantías procesales de los imputados.

3. Derivación a tribunales especiales de enjuiciamiento de estas conductas.

4. Especialidades en el derecho penal sustantivo, caracterizado por un incremento de las penas, con olvido de que como dice Mc Cormick "la ley no es más eficaz porque sea más coactiva". Existencia de un espejismo represivo, y deslizamiento del derecho penal del hecho, hacia el derecho penal del reo. A ello habrá que añadir el riesgo de legislación *ad casum*, es decir, de legislar desde y para puntuales supuestos, sin serenidad y sin generalidad, al respecto ya Carrara advertía:

"¡Ay del Código Penal forjado sobre el tipo de las leyes ocasiones, pues todo principio de justicia será conculcado!"

Los frutos extremos de esta política son la práctica de la tortura, la detención preventiva y los juicios que no se ajustan a un proceso debido. Ningún estado democrático con problemas de terrorismo se ha visto libre de caer en alguno de estos horrores, singularmente en el de la tortura, verdadero fruto helador del terrorismo.

Más aún, el agobio del ataque terrorista, y la limitación que el cuadro de valores propios del Estado

de derecho impone en la respuesta a esta delincuencia, ha llevado en ocasiones al redescubrimiento de la vieja ley del talión del "ojo por ojo". Es decir a la respuesta en la misma sintonía de onda, a lo que gráficamente se ha llamado el terrorismo de Estado.

Es esta la expresión más acabada de la perversión del sistema democrático consecuencia, tal vez, de la poca fe en los principios que se dicen respetar.

Y es que, a mi juicio, el rastro de odio y muerte que deja a su paso el terror, no es su peor herencia. La peor herencia es el efecto de contagio o contaminación de su actuación en aparatos del Estado, singularmente de su discurso excluyente.

Tal riesgo, a veces convertido en realidad, ofrece dos frutos perversos:

a) Ofrece argumentos para la consolidación del discurso terrorista.

b) Deslegitima la propia coherencia del discurso democrático porque viene a reconocer, implícitamente, que desde la legitimidad democrática no se puede combatir el terrorismo.

En definitiva, cohesiona lo que dice combatir, y hace negación en la práctica de los principios que se dice profesar.

Por eso no me cansaré de repetir que "contra el terrorismo más democracia", y singularmente contra el terrorismo de ETA.

No hay que olvidar que el terrorismo en palabras de Reynald Ottenhof es "un singular plural", porque es una figura polimórfica, y de entre ellos merece una especial atención aquel que se relaciona con la defensa de los valores o de la identidad de un pueblo, al que me refiero en esta expresión.

Este específico tipo de terrorismo ofrece la característica de existencia de un punto de conexión, al menos en su inicio, con unos sentimientos compartidos por un colectivo social del que se separa en los medios empleados para un mismo fin compartido, aunque la doble circunstancia de haber alcanzado un determinado nivel de reconocimiento de la identidad de pueblo, por mecanismos democráticos y la paradójica intensificación de la actividad terrorista, puede producir un divorcio entre gran parte de ese pueblo que reprueba tales métodos, y la sociedad de futuro que se dibuja de la actuación terrorista en nombre de un pueblo mítico que solo ellos monopolizan, el recordatorio al proverbio indio de que "el árbol está en la semilla" es de una permanente actualidad y, por ello, la exclusiva apelación a la violencia acaba siendo cada vez más incompatible con la futura sociedad por la que se dice luchar.

Pero siempre existirán fascinados con ese discurso que abdicarán de su capacidad de pensar por sí mismos.

Siempre habrá prisioneros del terror para los que habrá que diseñar políticas complejas y difíciles que propician procesos de reflexión individual.

Lejos del diseño de política de enfrentamiento social habrá que diseñar políticas de apertura y distensión, en definitiva de profundización en los valores democráticos.

En tal sentido es claro que todo puede ser defendido y discutido en el estado de derecho, ya que el

límite se encuentra en el derecho a la persona humana y a su dignidad. Ese es el único dogma. Todo lo demás puede ser puesto en tela de juicio.

Es en el Estado de Derecho donde puede realizarse la afirmación Horderlin "las personas somos un diálogo, y sólo por una mediación podemos desentrañar nuestra felicidad"

Y ya hablando de la situación de violencia en Euskadi, cuando el pacto de Ajuria Enea, en su punto décimo apuesta por "un final dialogado de la violencia", viene a reconocer, *de un lado*, la intencionalidad política de una violencia, lo que, a mi juicio no es equivalente en modo alguno a la calificación de delincuencia política ya que ésta, por definición, es ideológica y conceptualmente imposible en un estado de derecho caracterizado por un efectivo pluralismo ideológico, y *de otro*, la primacía del diálogo y por tanto del respeto al otro dialogante para la definitiva pacificación de Euskadi.

Es una apuesta por la integración, no por la exclusión ni menos por el exterminio, por el diálogo como medio de abordar todos los problemas, por la generosidad y por la esperanza en la consecución de una efectiva pacificación en la que cada uno pueda laborar por sus ideales, con respeto a las opiniones y opinantes adversos.

III . LA RESPUESTA AL TERRORISMO EN LA LEGISLACION PENAL ESPAÑOLA. ESPECIALIDADES

Descendiendo al estudio de la legislación española, puede afirmarse que de un lado existen medidas especiales de carácter sustantivo y procesal pero que de otro lado no merecen, por su entidad, el calificativo de legislación excepcional, si entendemos por tal la existencia de un derecho penal diferenciado del sistema de justicia penal aplicable al resto de los delitos.

Tales especialidades se pueden resumir en tres aspectos:

a) Medidas en el ámbito del derecho penal sustantivo.

b) Medidas en el ámbito del derecho penal procesal.

c) Medidas en el ámbito del derecho orgánico judicial.

a) Ambito del derecho penal sustantivo

En esta materia puede citarse la existencia de algunos tipos delictivos que describen conductas tales como la colaboración con banda armada —art. 576— y el delito de apología del terrorista —art. 18— que ofrecen perfiles difusos, y por tanto con márgenes de cierta inseguridad jurídica en relación a los tipos nucleares del delito, aunque es de reconocer que en el nuevo Código Penal se ha dado una mayor precisión a la definición de estos tipos concretamente al delito de apología del terrorismo.

b) Ambito de derecho penal procesal

Dentro de ellas deben incluirse como más relevantes, la prolongación en 48 horas del periodo de detención policial frente al ordinario de 72 horas (artículo 520 bis L.E. Criminal), lo que hace que una persona imputada por delito de terrorismo pueda permanecer detenido en sede policial un máximo de hasta cinco días, bien que esa prolongación de 48 horas sobre el régimen general deba ser autorizada por el juez de instrucción. Unido a esta especialidad debe citarse también la de incomunicación por decisión judicial, esta incomunicación priva al detenido del derecho a elegir letrado de su confianza mientras está detenido en las dependencias policiales, de suerte que la presencia de letrado lo será de oficio y como tal designado por el turno preestablecido por el Colegio de Abogados correspondiente.

Ambas medidas suponen una efectiva ampliación de los poderes policiales y un paralelo descenso del control judicial, tanto más explicable porque el juez de instrucción competente para el enjuiciamiento de estas conductas lo es el juez central integrado en la Audiencia Nacional, con residencia en Madrid y competencia en toda España, y por tanto no próximo geográficamente, en la mayoría de los casos, al lugar de la detención, situación que solo parcialmente se resuelve con la delegación que el juez de instrucción central puede efectuar al juez de instrucción del lugar para controlar la existencia del detenido en sede policial.

c) Ambito de derecho orgánico judicial

Es sin duda la especialidad más característica y que constituye la verdadera seña de identidad de la legislación española en su tratamiento del terrorismo. El órgano judicial competente para la instrucción y enjuiciamiento de estos delitos son los Juzgados de Instrucción Central y la Audiencia Nacional, con sede en Madrid y competencia en todo el territorio del Estado.

La atribución de los delitos de terrorismo a la Audiencia Nacional no convierte a este tribunal en un tribunal de excepción en el sentido propio del término, por las razones que a continuación se dirán.

Tres son los caracteres que permiten calificar a un tribunal de excepcional:

a) De naturaleza orgánica en la medida que la selección de los magistrados del tribunal se efectúe de forma distinta a los del resto de los tribunales del Estado, y en virtud de criterios estrictamente políticos.

b) De naturaleza procesal por aplicar dicho tribunal un sistema procesal propio distinto del general caracterizado por una grave reducción de las garantías propias de un proceso penal en una sociedad democrática.

c) De naturaleza sustantiva por aplicar unos tipos penales propios y diferentes de los del resto del Código Penal. Es decir una legislación de excepción supone un sistema de justicia penal diferenciado del

resto tanto en sus aspectos sustantivos procesales y orgánicos.

Pues bien ninguna de las tres características se encuentran ni en la legislación española que se comenta en general ni en la Audiencia Nacional.

Sus magistrados son seleccionados en concursos ordinarios y por turno de antigüedad en las mismas condiciones que el resto de los tribunales del Estado español; ciertamente la existencia de la Audiencia Nacional no es exponente del juez natural entendido como el juez del lugar, pero la Constitución española lo que garantiza es el juez ordinario predeterminado por la Ley, y así expresamente lo encontramos en el artículo 24, y la Audiencia Nacional es efectivamente el juez predeterminado. En materia procesal no existen especialidades distintas de las ya indicadas anteriormente y en concreto el derecho de defensa del inculcado acusado de un delito de terrorismo comprende el derecho a la elección de letrado una vez superado, en su caso, el periodo de incomunicación de 5 días antes citado, a conocer la acusación, a aportar pruebas y a contradecir las adversas, a un juicio público, a la presunción de inocencia y al acceso a los recursos en idénticas condiciones que en el resto de los Tribunales del Estado.

Más aún, la Audiencia Nacional ha sido modelo exportado con algunos matices a Francia que ha establecido un tribunal también especializado integrado en el Tribunal de Gran Instancia de París.

Es por ello que el debate sobre la constitucionalidad de la Audiencia Nacional es un debate cerrado.

Es un tribunal especializado porque especializada es la competencia de los delitos que conoce y a tal respecto debe recordarse que la competencia objetiva de la Audiencia Nacional, abarca, además de los delitos de terrorismo, a los siguientes, según el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: delitos contra el titular de la Corona, su consorte, su sucesor y altos organismos de la nación, falsificación de moneda y control de cambios, tráfico de drogas y fraudes alimentarios cuando sean cometidos por grupos organizados, entre otros. La reflexión debe ir, por tanto, por la vía de la conveniencia, por política criminal del mantenimiento de su actual marco de competencias en materia de terrorismo, o si por el contrario debe intentarse, con prudencia, una disminución del nivel actual de las mismas en beneficio de los tribunales del lugar donde se hayan cometido los hechos, incluso y como ya en ocasiones he repetido, la reflexión debería ir sobre la creación de unos tribunales especializados dentro de cada Comunidad Autónoma, de suerte que sin renunciar a la especialidad, esencial por el tipo de delitos de que conoce —delincuencia organizada—, se ganase puntos en favor de una mayor inmediatez, es decir, de una mayor proximidad del tribunal que ha de juzgar los hechos.

En este sentido hay que reconocer que los vientos soplan en un sentido totalmente inverso a como se acaba de exponer. Actualmente existe ya una decisión tomada en sede política de ampliar la competencia de la Audiencia Nacional para que conozca de los delitos de violencia callejera, desórde-

nes públicos, vandalismo cometidos por personas no integradas en organizaciones terroristas, aunque claramente identificados con la actividad de aquéllas y que sólo se producen en Euskadi. En tal sentido el artículo 577 del vigente Código Penal incluye dentro del capítulo de los delitos de terrorismo estas graves actuaciones cuando son cometidas por personas no integradas en banda armada. Esto puede suponer, de hecho, que asuntos que hasta ahora han sido instruidos y juzgados en Euskadi a partir de ahora lo van a ser en la Audiencia Nacional y ello basado en la contradicción conceptual de estimar como terroristas a los que no lo son, o no lo son todavía.

Como ya antes he manifestado creo que se va en una línea equivocada y que esta ampliación de competencias en favor de la Audiencia Nacional se diga o no se fundamenta en una desconfianza hacia los tribunales del País Vasco, en tal sentido se ha llegado a decir que en determinados casos, para obtener justicia hay que acudir a tribunales situados fuera del País Vasco. Sinceramente, creo que ese sentimiento, si existe, no está justificado empíricamente, pero que en todo caso supone una clara manifestación de la capacidad expansiva que tiene todo lo excepcional y cuyo efecto puede llegar a tener consecuencias criminógenas dando argumentos, paradójicamente, que faciliten la cohesión del propio discurso terrorista.

Es evidente que como reflexión final del principio de que contra ETA más democracia y menor excepcionalidad, y ya en el especial escenario vasco queda por responder la pregunta de si en el momento actual lejos de incrementar las especialidades legales en la lucha contra ETA no habría que intentar un cambio de dirección disminuyendo las especialidades existentes, y en tal caso apunto a la eliminación de la prórroga de detención de 48 horas sobre las 72 generales, ampliación que creo superflua, que cada vez se utiliza menos, pero que sirve de pretexto a las justificaciones del discurso terrorista para vertebrar su condición de delincuencia política, y en la misma línea apostaría por la disminución del nivel de competencias de la Audiencia Nacional en favor de tribunales especializados dentro de las Comunidades Autónomas que pudieran ser las audiencias provinciales o un órgano a crear, de suerte que junto con la necesaria especialización del órgano judicial se consiga una mayor inmediatez judicial.

IV . LA SITUACION PENITENCIARIA. DISPERSION Y ACERCAMIENTO

En este apartado me referiré exclusivamente a la política de dispersión y alejamiento de Euskadi que, iniciada hace años por instituciones penitenciarias bajo el Gobierno del PSOE, actualmente se sigue manteniendo bajo el Gobierno del Partido Popular y que está siendo criticada en el País Vasco por los ciudadanos, partidos políticos e instituciones cada vez con mayor fuerza.

En relación a los presos y coherente con la

afirmación que se ha hecho de que en el estado de derecho no existen delitos políticos, sino a lo sumo delitos movidos con una intencionalidad política, habrá de concluir con la inexistencia de presos políticos, aunque existan presos condenados por delitos cometidos con una intencionalidad política.

La intencionalidad puede explicar, que no justificar, la exteriorización delictiva, y desde un punto de vista criminal es importante para desarrollar planteamientos que puedan incidir en aquella causa remota —la intencionalidad política— de la que el quehacer delictivo es su exteriorización y consecuencia.

Salvando las distancias, que son muchas, podría efectuarse el símil con los supuestos de drogodelincuencia, es decir la situación de aquellas personas que a consecuencia de su adicción al consumo de drogas cometen hechos delictivos para mentenerse en dicho consumo.

La droga es la causa profunda de su actividad delictiva, y desde el conocimiento de esta realidad, parece razonable que cualquier política criminal deba centrarse no sólo en el castigo por el delito cometido, sino también y primordialmente, diría yo, en el desarrollo de alternativas al consumo, pues si se consigue la deshabitación acabaremos con el efecto que ella produce que es el delito. Por eso todos los códigos penales, también el español potencian cada vez más las alternativas a las penas de prisión consistentes en tratamientos de desintoxicación.

De semejante manera y en relación a los presos por delitos de terrorismo, además del castigo impuesto por el delito cometido, en la medida en que sus delitos son la exteriorización de una patología ideológica dogmática y excluyente, parece absolutamente necesario el diseñar estrategias de reinserción individual que tiendan a propiciar procesos de reflexión y de autocrítica, y al mismo tiempo un cabal conocimiento de la realidad social del pueblo por el que se dice luchar. Es precisamente ese conocimiento de la realidad social lo que podrá despertar esos procesos de reflexión que conllevan evidentes riesgos de los que se atreven a dar esos pasos en la medida en que por decirlo claramente en ETA es fácil entrar pero muy difícil salir. Algunos que lo intentaron lo pagaron con su vida.

Desde estas reflexiones, y ya en el específico campo de la política penitenciaria, la Administración debe velar por los derechos de todos los presos cualquiera que sea la intencionalidad de su delito, ya que si bien se encuentran privados de libertad, mantienen el resto de sus derechos. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, la Justicia no se detiene a la puerta de las prisiones.

En segundo lugar, debe velar porque desde la cárcel no se continúe la actividad delictiva, pretensión nada ociosa en casos de delincuencia organizada cuyas dos manifestaciones más importantes son el terrorismo y el narcotráfico.

Finalmente, debe facilitarse la reinserción social, siempre como decisión personal del interno y, precisamente, desde esta perspectiva, un factor que puede

coadyuvar a su reintegración es la cercanía con la familia y su entorno social, como viene a reconocerlo el artículo 12 de la Ley General Penitenciaria.

No se trata de un derecho absoluto, sino de un principio que tiene que inspirar la política penitenciaria, integrado con otras consideraciones no siendo menor el riesgo de recrudescimiento de la actividad delictiva que pudiera producir la concentración de todos los condenados en una o dos cárceles.

La actual política de alejamiento y dispersión de los condenados por delito de terrorismo iniciada hace años parece llegada a su fin en sus perfiles actuales. El mantenimiento de la situación es una manifestación de ese plus de excepcionalidad que la lógica del sistema democrático y sectores significativos y nada sospechosos de ambigüedad democrática, están solicitando se ponga fin. Desoír tales llamadas no sería un acto de sensatez política.

La administración penitenciaria no puede ser un mero instrumento de la política antiterrorista y en tal sentido, la integración de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en el Ministerio del Interior y no en Justicia resulta significativa y el miedo escénico a coincidir en algunos puntos con el coyuntural discurso radical —que sólo parece estar preocupado por los derechos de algunos humanos—, no es desde luego argumento para apartarse de los valores que se profesan. Lo que es una manifestación de una mayor justicia —un acercamiento efectivo, compatible con una dispersión—, no se puede presentar como una claudicación, y los que así se pronuncian le hacen un flaco servicio al estado de derecho, pues vienen a aceptar como única política posible la política de respuesta, en relación a la estrategia de ETA.

Poner fin a la actual política de alejamiento, cuyo aspecto más negativo, política y jurídicamente, es la presencia de presos etarras en las cárceles

situadas fuera de la península, sería una manifestación de esa mínima excepcionalidad que se comenta y siempre sin olvidar a los presos vascos no terroristas que también cumplen pena alejados de su Comunidad (de un total de 1.049 presos que cumplen pena fuera de las cárceles del País Vasco y Navarra, 504 son presos etarras). *Un efectivo acercamiento, compatible con una dispersión* es hoy no sólo una política posible, sino es una mejor política porque profundiza en la normalidad democrática, robusteciendo el estado de derecho y también podría permitir la apertura de procesos de reflexión individual y colectivos, piénsese en la más que probable instrumentalización de los familiares de los presos por parte de los que gestionan el discurso radical y los buenos “dividendos” que pueden obtener de esta situación de alejamiento de los presos por el control que pueden obtener de sus familiares. Hay que facilitar el ejercicio más arriesgado de todos los derechos: el de pensar y decidir por sí mismos. En ese mundo no sólo hay presos de ETA, también existen prisioneros de ETA, estén o no en la cárcel.

Solo en la profundización de los valores del Estado de Derecho, sin perder nunca la esperanza en el ser humano, ya que todos compartimos una misma naturaleza, sin maniqueísmos ni ambigüedades, sin silencios cómplices, practicando los valores que proclamamos encontraremos la paz en el camino, haciendo realidad las palabras de Pedro Laín Entralgo: “Todo esperante ha de ser operante en la dirección que espera”.

Es una llamada a todos a no permanecer insensibles, a no resignarnos con este estado de cosas, a integrar a todos los ciudadanos en la plural sociedad democrática alrededor de unos valores compartidos por todos y que tengan al ser humano y a su dignidad como referente esencial.