

ASOCIACIONES ILÍCITAS TERRORISTAS: LA SUPERACIÓN DE LOS MARCOS TRADICIONALES EN LA STS DE 19.01.07

Luis Aparicio Díaz

Doctor en Derecho. Becario de investigación, Universidad de Granada

APARICIO DÍAZ, Luis. Asociaciones ilícitas terroristas: La superación de los marcos tradicionales en la STS de 19.01.07. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-03, p. 03:1-03:29. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-03.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 11-03 (2009), 4 feb]

RESUMEN: Este trabajo aborda la innovadora aportación realizada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 en la que se considera a Jarrai-Haika-Segi como asociación terrorista, distinta de ETA, pero subordinada a la misma. Todo ello enmarcado en el llamado

Movimiento de Liberación Nacional Vasco, dentro de cuya estructura se cobijaría dicha asociación ilícita. Con la Sentencia examinada se rompen los moldes tradicionales en la configuración de las asociaciones ilícitas y atiende de una forma peculiar al bien jurídico de la paz pública, en tanto que seguridad pública.

PALABRAS CLAVE: ETA, asociación ilícita, terrorismo, MLNV, Jarrai-Haika-Segi, Tribunal Supremo, bien jurídico, paz pública, seguridad pública.

Fecha de publicación: 4 febrero 2009

SUMARIO: Introducción. I. Nuevo marco de análisis para la STS de 19 de enero de 2007: el MLNV como sujeto de referencia. I.1. ETA y MLNV; I.2. Devenir asambleario de ETA. I.3. El MLNV. I.3.a) MLNV y ETA; I.3.b) Aspectos esenciales del MLNV: proyecto político, sistema democrático y violencia política; I.4. Innovaciones interpretativas introducidas por la STS de 19 de enero de 2007. II. La Sentencia de 19 de enero de 2007 y votos particulares: aspectos esenciales. II. 1. Jarrai-Haika-Segi: asociaciones ilícitas terroristas distintas de ETA, integradas en el MLNV: banda armada como concepto diferenciado del de organización o grupo terrorista. Problemática del artículo 577 CP; II.2. El carácter terrorista de las acciones desarrolladas por asociaciones ilícitas como factor determinante de la configuración de dicha asociación como terrorista ¿Expansión del concepto de terrorismo?; II.3. ¿Trasgresión del principio de proporcionalidad?; II.4. Idoneidad o inidoneidad de medios para el cuestionamiento del bien jurídico protegido. III. La paz pública en un contexto de indeterminación conceptual: orden público, seguridad pública y

seguridad ciudadana. III.1. Baile de conceptos; III.2. El orden público: concepto-clave; III.3. Orden público como orden de seguridad: la seguridad pública y la seguridad ciudadana; III.4. La paz pública como seguridad pública: Jarrai-Haika-Segi como asociaciones ilícitas terroristas. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1), de 19 de enero de 2007, recaída en el Recurso de Casación núm. 1841/2005 [Aranzadi: RJ 2007\1771], de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer supone un giro en la concepción tradicional de la jurisprudencia española en materia de asociaciones ilícitas terroristas. En efecto, por primera vez, se reconoce como tal a una sucesión de asociaciones ilícitas (Jarrai-Haika-Segi), considerándolas de forma independiente de ETA.

Esta innovación pasa, precisamente, por una nueva consideración del terrorismo, así como por la configuración de los términos banda armada y organización o grupo terrorista en tanto que conceptos diferentes y no análogos, tal y como hasta ahora parecía dominar en la Jurisprudencia española. Esta nueva interpretación podría resumirse del siguiente modo: no son las organizaciones terroristas las que desarrollan acciones que, por ser obra suya, se transforman en terroristas; sino que son aquellas actuaciones, calificables como terroristas, las que otorgan a una determinada organización su cualidad de terrorista.

Por último, debe destacarse también lo que quizá sea la contribución más novedosa de la Sentencia al panorama jurídico español en materia de terrorismo: con esta resolución judicial se desplaza el foco de atención en el terrorismo vasco desde ETA al MLNV (Movimiento de Liberación Nacional Vasco). En otras palabras, se considera en cierto pie de igualdad a la banda armada (vanguardia militar del MLNV) con otros grupos y asociaciones del radicalismo abertzale, que emplean la violencia como instrumento de actuación política, infundiendo miedo y temor en quienes no comparten los mismos postulados políticos.

I. NUEVO MARCO DE ANÁLISIS PARA LA STS DE 19 DE ENERO DE 2007: EL MLNV COMO SUJETO DE REFERENCIA

I.1. ETA y MLNV

Una clave para interpretar la novedad que aporta la Sentencia señalada, en relación con la idea que aquí se trae para su discusión doctrinal, he lo constituye el examen conjunto de dos materiales bien diversos: cuatro artículos publicados en el Diario El País, Edición del País Vasco, por BULLAIN LÓPEZ¹; y un interesantísimo documento

¹ Los artículos publicados en *El País*, en su edición para el País Vasco son: *Conflicto nacional y violencia revolucionaria* (publicado en Tribuna Libre el 24 de abril de 2007); *Dialéctica política*, (publicado en Tribuna

elaborado por Julio Anguita González, que fuera Secretario General del PCE y Coordinador de IU, denominado “El Laberinto Vasco”².

BULLAIN LÓPEZ señala amargamente, cómo durante largo tiempo se ha examinado el terrorismo como la *expresión violenta de un conflicto político*. Suponiendo así una relación de causalidad directa entre el conflicto político vasco y la violencia política en el esta región³.

Tal análisis se ha desarrollado por evidentes intereses políticos, especialmente ligados a los intereses electorales propios de los partidos políticos de mayor implantación a nivel nacional, así como en relación con los partidos mayoritarios en el País Vasco⁴. Siendo así las cosas ¿cuál es la explicación de terrorismo, de la violencia política que se vive con especial acritud en el País Vasco? Para BULLAIN no es otra cosa sino la *expresión de la estrategia político-militar del MLNV*⁵

El MLNV es, como su propio nombre indica, un Movimiento de Liberación Nacional que tiene su origen más inmediato en la experiencia de organización revolucionaria china que lideró Mao⁶. Inspirados en dicho movimiento, surgieron otros en Vietnam, Cuba o Argelia que, amalgamando marxismo y nacionalismo, se alzaron con el poder. En Europa, fruto de dicha inspiración nace ETA, único resto de aquél periodo en Europa, dentro de la estructura que hemos denominado MLNV⁷.

I.2. Devenir asambleario de ETA

Antes de considerar, sucintamente, los aspectos más importantes del MLNV, conviene realizar una vista panorámica a la historia de ETA, que también es la Historia del MLNV, a través de su devenir asambleario, tal y como lo puntualiza ANGUIA GONZÁLEZ.

La I Asamblea se celebró en mayo de 1962, en Belloc (Francia), concretándose en la misma el ideario de la primitiva ETA en cinco puntos: 1) El objetivo prioritario es la

Libre el 9 de junio de 2007); *Territorio komantxe'* (publicado en Tribuna Libre el 30 de junio de 2007); *MLNV* (publicado en Tribuna Libre el 24 de octubre de 2007). Curiosamente, todos estos artículos son publicados después de conocerse la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007.

² “El laberinto vasco” es un documento que puede encontrarse en la web: www.profesionalespcm.es

³ Concretamente, señala BULLAIN LÓPEZ: «Casi medio siglo de actividad de ETA ha procurado que se visualice el terrorismo como la expresión violenta de un conflicto político. Sin embargo, a pesar de las pretensiones de la organización armada y de otros agentes, no puede establecerse una relación de causalidad entre conflicto político y violencia».

⁴ El citado autor especifica que «(...) tanto la intelectualidad como los nacionalismos español y vasco, salvo algunas excepciones, se han empeñado, por distintos motivos, en presentar la naturaleza del terrorismo como expresión de una radicalidad nacionalista, al mismo tiempo que han silenciado el carácter socialista y revolucionario que la organización armada reivindica regularmente. Tales simplificaciones interpretativas sobre la naturaleza de la violencia de ETA falsean la realidad y la convierten en ininteligible».

⁵ « (...) en el País Vasco la violencia es expresión de la estrategia político-militar de un grupo, el denominado MLNV (Movimiento de Liberación Nacional Vasco)».

⁶ Así lo indica el autor: « El MLNV, tal y como su nombre indica, es un Movimiento de Liberación Nacional. Tales organizaciones tienen su origen en la experiencia de organización revolucionaria que lideró Mao Tse-tung».

⁷ BULLAIN LÓPEZ va más allá, e indica que «(...) En contradicción con las tesis propagadas desde la oficialidad, las bases ideológicas del MLNV se encuentran en la praxis revolucionaria y no en la doctrina sabiniana, por lo que es más correcto, en todo caso, buscar un RH ideológico, que no genético, a la hora de tratar de caracterizar al movimiento operante en Euskal Herria».

Construcción Nacional de Euskadi; 2) Euskadi se define por la lengua (Euskalerría) y no por la etnia; 3) Se proclaman aconfesionales; 4) Propugnan el Socialismo, posición que fue cambiando y evolucionando hacia las actuales bases marxistas (leninistas y maoistas) conforme fueron influyendo en ETA los movimientos de liberación nacional, las prácticas como adaptación de la acción guerrillera y la enorme presión de la lucha obrera en todo el Estado español; 5) por último, la Construcción Nacional de Euskadi y el Socialismo *confluyen en la independencia de Euskadi* con respecto a los estados español y francés. Euskadi se compone de siete provincias: Bizcaia (Vizcaya), Guipúzkoa (Guipúzcoa), Araba (Álava) y Nafarroa (Navarra) en el estado español; y a las cuales se le añaden las que están en Francia, llamadas conjuntamente Iparralde (País vasco-francés): Lapurdi, Nafarroa behera (Navarra baja) y Zuberoa.

La II Asamblea se celebra en 1963 en Bayona (Francia), donde se constatan oficialmente afinidades entre ETA y el Comunismo.

La III Asamblea, celebrada en los meses de abril y mayo de 1964 decide a través de la ponencia “La insurrección en Euskadi”, pasar a debate el concepto de “lucha armada” y se desarrolla la línea de actuación que desde entonces ha desarrollado ETA: la espiral acción-represión que toma como modelo Argelia, Cuba y Vietnam. ETA, o las masas dirigidas por ETA realizan una acción provocadora contra el sistema. Todo el aparato de represión del Estado español golpea a las masas. Ante la represión, las masas reaccionan de formas opuestas y complementarias: con pánico y con rebeldía. Es el momento adecuado para que ETA de un contragolpe que disminuirá el primero y aumentará la segunda. Se oficializó la ruptura con el PNV.

La IV Asamblea, celebrada durante el mes de Agosto de 1965, en Loyola y en las cercanías de Aranzazu, cristalizaron tres corrientes o tendencias:

1. El llamado sector vasquista, culturalista o etno-lingüista representado por Txillardegui.

2. El llamado sector obrerista representado por Patxi Iturrioz, partidarios de la alianza con todos los grupos de izquierda del Estado Español.

3. Los llamados tercermundistas eran partidarios del uso de la violencia para conseguir la independencia de Euskadi; el modelo seguía siendo la lucha por la independencia que venía desarrollándose en el Tercer Mundo.

Se aprobó definitivamente la aplicación de la “lucha armada” como instrumento para la “liberación de Euskadi” y también para conseguir el acopio de fondos para la financiación de la misma.

La V Asamblea se desarrolló en dos fases: 1966, en Gaeztu; y 1967, en Guetaria, durante la que se produce la primera escisión:

- 1.- Los llamados obreristas se escinden y crean ETA berri (nueva ETA).

ETA berri pasó a llamarse Komunistak (Comunistas) en 1969; y con posterioridad se integró en el MCE (Movimiento Comunista de España) en 1970.

- 2.- Los otros dos sectores (tercermundistas y vasquistas) se organizan en la llamada ETA zaharra (vieja ETA) que pasaría a ser la ETA oficial.

El sector triunfante, el denominado tercermundista apartó del poder al sector llamado culturalista de Txillardegui, el cual formó una fracción interna llamada Branka. En

esta V Asamblea de decidió la creación de cuatro frentes de lucha: político, militar, económico y cultural.

La VI Asamblea se Celebró en dos momentos diferentes:

a) En Bayona, durante el año 1970, vuelve a reproducirse la tensión y el enfrentamiento entre los partidarios de ligar y supeditar la lucha a las del movimiento obrero en todo el Estado español (sector obrerista) y los partidarios de la lucha armada como algo específico y desligado de todo lo que ocurre fuera de Euskadi (sectores tercermundista y vasquista).

Las tesis de los primeros son mayoritarias y se imponen; sin embargo el grueso de la militancia las rechaza. Como consecuencia, se genera una escisión:

a) ETA V Asamblea con el lema de *Askatasuna ala hil (Libertad o muerte)*, que se corresponde con ETA zaharra (sectores tercermundista y vasquista)

b) ETA VI Asamblea (mayoritaria) bajo el lema de *Iraultza ala hil (Revolución o muerte)*, que se corresponde con ETA berri (sector obrerista). ETA VI Asamblea se escinde a su vez en dos grupos:

1) El mayoritario (llamado “los mayos”) que en 1972 acuerda integrarse en la Liga Comunista Revolucionaria (LCR) de ámbito español y que con posterioridad se unificará con el MCE.

2) El minoritario (llamado “los minos”) que se disolverá al integrarse sus miembros en ORT, EPK (PCE de Euskadi) o vuelven a ETA V Asamblea.

En el transcurso de los meses siguientes ETA V Asamblea (ETA zaharra; sectores tercermundista y vasquista) consigue hacerse con el control de la organización en la que se integra un sector de las juventudes del PNV (EG) partidarias de la lucha armada. Este grupo pasa a ser ETA a secas.

b) La segunda parte de la VI Asamblea se celebra a su vez en dos partes:

a) Durante el mes de Agosto de 1973, en Hasparren, donde vuelven a florecer las tensiones y enfrentamientos entre “militares” (ETA V Asamblea; ETA zaharra) y “obreristas”(ETA VI Asamblea; ETA berri); los primeros deciden la muerte de Carrero Blanco en Diciembre de 1973.

b) Durante el mes de Septiembre de 1974, reapareciendo el viejo debate entre activistas “militares” y los que priorizan la lucha política. Se produce una nueva escisión:

1.- La mayoría de sus miembros pasan a denominarse ETA político-militar (ETA p.m.), también llamada ETA VI Asamblea. En 1977 ETA (p-m) aceptó la Amnistía del Gobierno español que incluía a los presos etarras, abandona la violencia y se integra en Euskadiko Ezquerria (EE-Izquierda de Euskadi) que con posterioridad se integraría en el PSE-PSOE (1993).

2.- Los minoritarios que se reconocen como ETA militar (ETA m.), o ETA V Asamblea; que, tras la desaparición de ETA p.m. se convertirá en lo que hoy es la banda armada ETA.

I.3. EI MLNV

I.3.a) *MLNV y ETA*

Según BULLAIN LÓPEZ «el MLNV tuvo su origen en la estrategia argaliana recogida en el *ETA-ren Agiria* de 1974. En este famoso documento se establecieron las bases constituyentes de una organización "para poder mantenernos independientes de todo compromiso, con objeto de garantizar la consecución de los objetivos finales que hasta hoy ha venido defendiendo ETA, es decir, la constitución de un Estado Socialista Vasco". Por tanto, y a la luz de los datos que nos proporciona ANGUITA GONZÁLEZ, puede decirse que el MLNV se gestó, en cierto modo, desde la fundación de ETA; pero es durante la V y VI asamblea, en torno a ETA (m), cuando la gestación se completa, pudiendo señalar como fecha de nacimiento el momento fundacional de Herri Batasuna: abril de 1978 en Alsasua.

El surgimiento de Herri Batasuna no supone la aparición del "brazo político de ETA"; sino que obedece a la necesidad detectada por la organización de que «para poder sobrevivir sin renunciar a sus objetivos revolucionarios la organización armada debía mantenerse separada del ámbito político, pues de lo contrario, tal y como se preveía, si ambas tareas no se dissociaban y los miembros de la organización armada se ocupaban también de las tareas políticas cotidianas, esta participación llevaría inevitablemente a la organización a posiciones reformistas». De ahí que «para preparar el combate al reformismo e impedir la consolidación democrática en Euskadi» el MLNV culminó al cabo de unos años en una estructura «capaz de albergar a una miríada de movimientos populares, agrupados junto con la organización armada en el denominado MLNV» Dentro de dicho MLNV, Herri Batasuna asumirá la tarea de organización y expresión política de los diversos sectores sociales.

Por su parte, la dirección del MLNV seguirá una estrategia que combinará el empleo de la violencia con la dialéctica política. Así, pues, podemos concluir señalando lo siguiente: ETA militar funda el MLNV. Pero dentro de dicho movimiento conviven una miríada de realidades asociativas que no son ETA, pero que son parte del MLNV. Lógicamente, será el brazo armado del MLNV (ETA), como banda armada, la que obtenga un papel preponderante. Pero ello no implica que dentro de la misma no existan otras organizaciones que calificables de terroristas concurriendo en ellas los requisitos previstos por las normas y desarrollados adecuadamente por la jurisprudencia.

I.3.b) *Aspectos esenciales del MLNV: proyecto político, sistema democrático y violencia política*

Resulta de cierto interés abordar tres aspectos concretos en relación con el MLNV, al efecto que en este trabajo se intenta abordar:

1.- El proyecto político del MLNV

No es posible en unas pocas líneas condensar el credo político de dicho Movimiento, pero siguiendo lo ya apuntado, el MLNV debe ubicarse dentro de las líneas dibuja-

das por el marxismo, en la versión apuntada por LENIN Y MAO, que fue seguida por los restantes Movimientos de Liberación Nacional triunfantes durante el siglo XX. En efecto, el MLNV pretende la instauración de un Estado Socialista, en el sentido indicado por LENIN Y MAO, de forma que lo inmediato es la instauración de una República Socialista Vasca, independiente de los Estados español y francés, donde se instaure un régimen comunista a la fuerza, con exclusión del sistema capitalista y el derrocamiento de la democracia parlamentaria, sustituyéndola por una “democracia popular”. Se trata, por tanto, de una auténtica revolución⁸.

Es dentro de este paradigma revolucionario donde podemos comprender las razones (más bien, sinrazones) que legitiman la actuación terrorista, en la medida en que son encajadas a la perfección dentro de la estrategia político-militar que sigue el MLNV⁹.

Resulta evidente, por tanto, afirmar con BULLAIN LÓPEZ que Como movimiento de liberación nacional, el MLNV cuenta con un proyecto revolucionario y su objetivo no es precisamente la reforma de la democracia parlamentaria sino su combate.

2. La ubicación del MLNV en el sistema democrático

La democracia parlamentaria es empleada por el MLNV para lograr su desprestigio, puesto que no cree en ella. Así, su interés de participación política se restringe a procurarse recursos para acosarla.

El pueblo, la ciudadanía vasca, no es para el MLNV el sujeto por antonomasia de un estado democrático; no concibe la organización política como una estructura organizativa basada en la democracia parlamentaria, en el respeto de los derechos y libertades fundamentales. El pueblo es el sujeto revolucionario que debe insertarse dentro del sistema socialista que propugnan de forma radical¹⁰.

Por otra parte, este es el sentido que tienen las periódicas denuncias de brutalidad policial, malos tratos, imperialismo español o francés, etc. Con dichas acusaciones no se busca en modo alguno el ejercicio de Derecho reconocidos en una democracia

⁸ BULLAIN LÓPEZ señala «Desde que ETA en su V Asamblea (1966-67) asumió el marxismo-leninismo con una dirección formada en seminarios, una doble orientación populista (nacional y de clase) forma parte de las señas de identidad de la organización, tal y como recientemente lo recordaba en su comunicado de enero de 2007 tras el atentado de Barajas: "ETA, Organización Socialista Revolucionaria Vasca". Cuando desde el MLNV se habla de independencia o de autodeterminación debe interpretarse que lo hace en el sentido político que le da el nacionalismo burgués y democrático, sino que la independencia y la autodeterminación que pretende se orienta también en relación a una ruptura con el capitalismo y la democracia parlamentaria»

⁹ En efecto «Semejante objetivo (revolucionario) legitima a las condenas a muerte, extorsiones o persecución de la población, como consecuencia de órdenes dictaminadas por tribunales secretos habilitados para declarar y sentenciar -con posterioridad a la ejecución- como "enemigo del pueblo" a cualquier ciudadano que a juicio de tal tribunal se oponga al movimiento revolucionario. Conforme a semejante lógica de poder y de justicia, parece probable que los círculos de la población afectada, tras un nuevo salto cualitativo, terminarán abarcando al conjunto de la ciudadanía, incluido el ámbito nacionalista (...)»

¹⁰ «Su concepción de pueblo no hace referencia a la mayoría de la población sino que tiene que ver con un concepto de sujeto revolucionario, así como la autodeterminación implica, desde su óptica, la ruptura revolucionaria con el orden estatal capitalista y no se limita a la celebración de un referéndum consultivo. Para el MLNV el patriotismo es un instrumento revolucionario y el enfrentamiento entre Nación y Estado forma parte de una perspectiva internacionalista».

parlamentaria y la corrección de posibles abusos; sino que son nuevos instrumentos ideados para lograr el desprestigio del sistema democrático parlamentario¹¹.

3. El papel de la violencia política.

El uso de la violencia al servicio de intereses políticos constituye la faceta del MLNV que más de cerca toca al Derecho Penal. Si hasta ahora se han examinado determinados posicionamientos ideológicos, rechazables enérgicamente desde una perspectiva moral y política; el empleo de la violencia para la imposición de los postulados políticos afecta al sustrato más esencial de orden democrático previsto por la Constitución y, por ende, hace tambalearse uno de los valores esenciales de la convivencia en este país: la libertad.

Resultan tan claras y sugerentes las ideas de BULLAIN LÓPEZ que me tomo la licencia de desarrollar los razonamientos siguientes utilizando diversas frases suyas, repartidas en los cuatro artículos en cita: *«La violencia es un elemento estructural en un movimiento de liberación nacional, como lo es la dialéctica o la lucha política de masas»*. En otra parte, señala que *«la violencia, según la fe marxista, es la partera de la historia, y el conflicto nacional (...) sirve de caldo de cultivo y justificación para que el movimiento pueda desarrollar su proyecto de simplificación totalitario»*. *«Para una estructura político-militar como el MLNV la violencia de su vanguardia armada es un instrumento necesario para construir a través de la amenaza un "contrapoder popular", combinando la acción terrorista con la actividad institucional y la dinamización de organizaciones populares»*. *«Conforme al credo revolucionario, el discurso de la violencia forma una ideología que justifica y persuade sobre la necesidad de una violencia defensiva que haga frente a la estructural que se achaca al capitalismo y al Estado al que se enfrenta»*. *«De ahí que se reconozca impunidad y se entienda como legítimo atribuir a una organización fantasmagórica y a sus miembros, un poder de vida o muerte sobre la población, sin quedar sujeta a ningún tipo de control legal o representativo, como los que se imponen sobre las democracias parlamentarias y el Estado de derecho»*.

Por otra parte, *«intimidar a la población y condicionar su libre expresión son rasgos característicos de los movimientos totalitarios. Dicho poder coactivo, fundado en el temor a que determinadas opiniones acarreen amenazas o agresiones, conduce a evitar determinados temas, y a que estos se traten exclusivamente en la intimidad, o de forma elusiva en público»*. *«No existe voluntad de renunciar a la violencia, dado que el poder del MLNV reside en buena medida en que se siga practicando la coacción»*.

1.4. Innovaciones interpretativas introducidas por la STS de 19 de enero de 2007

En primer lugar, antes de entrar al examen de las innovaciones, deben apuntarse los justos términos de la Sentencia comentada, toda vez que se ha popularizado un error

¹¹ «También debiera entenderse que las sistemáticas denuncias sobre abusos reales: torturas, malos tratos, o las críticas al sistema, al imperialismo... que desde el poder establecido se silencian, niegan o se justifican, no buscan tanto su corrección, sino más bien ser empleadas como elementos de deslegitimación de la democracia parlamentaria con vistas a poder justificar su sustitución por otro modelo de "democracia popular"».

interpretativo que incluso encontramos en el voto de uno de los Magistrados disidentes. Jarrai-Haika-Segi son declaradas organizaciones ilícitas terroristas, subsumibles en el tipo previsto por el artículo 515.2º del Código Penal. No son parte de ETA.¹² Jarrai-Haika-Segi son, por lo tanto, asociaciones ilícitas terroristas diferentes de ETA, aunque con claras relaciones recíprocas. Dos cuerpos sociales organizados, incardinados dentro de una estructura superior denominada MLNV, que sostienen una peculiar relación, sin llegar a la confusión de realidades asociativas¹³. A dicha conclusión se llega si se examina con detenimiento el fallo en la segunda Sentencia que el Tribunal Supremo dicta. Así en su número Segundo, indica que se mantienen el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia respecto de diversas cuestiones, con especial énfasis en lo que se refiere a la disolución de Jarrai, Haika y Segi, añadiendo simplemente que se tratan de asociaciones ilícitas «constitutivas de banda, organización o grupo terrorista». Pero en modo alguno se señala que dicha asociación terrorista se identifique con ETA. Y respecto de los miembros encausados, dicho fallo los condena como autores responsables de un delito de integración en asociación ilícita, constitutiva de banda, organización o grupo terrorista, en concepto de integrantes de ellas, *ex* artículo 516.2 del Código Penal, con la pena mínima, por cierto.

Así, pues, ateniéndonos a un examen riguroso del texto de la Sentencia de 19 de enero de 2008, no cabe deducir que de la misma se derive la configuración de Jarrai-Haika-Segi como parte de ETA; sino como organizaciones terroristas, emparentadas con ETA con la que, en unión con más colectivos, forman el denominado MLNV.

II. LA SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2007 Y VOTOS PARTICULARES: ASPECTOS ESENCIALES

II.1. Jarra-Haika-Segi: asociaciones ilícitas terroristas distintas de ETA, integradas en el MLNV: banda armada como concepto diferenciado del de organización o grupo terrorista. Problemática del artículo 577 CP

La principal novedad introducida por la Sentencia de 19 de enero de 2007 es la configuración de banda armada como concepto distinto de organización o grupo terrorista. En este sentido, cuando se indica en su Fundamento de Derecho Cuadragésimo sexto,

¹² Así lo indica el Magistrado Sr. GIMÉNEZ GARCÍA en el Fundamento de Derecho Tercero de su voto particular: «Llegados a este momento, y en este escenario, es donde, debo dar respuesta a la pregunta de si J-H-S, enmarcada su actividad en esa complementariedad a la de Eta, comulgando con sus fines en situación de actividad tutelada por ésta, puede ser considerada como organización terrorista incluida en el art. 515-2º CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Es decir si J-H-S es, llanamente, Eta».

¹³ Véase el Fundamento de Derecho Cuadragésimo sexto de la citada Sentencia, punto 10: «(...) dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de kale borroka numerosos y reiterados; que utiliza artefactos explosivos o incendiarios; que causa daños, coacciones y amenazas, mediante lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios. Y que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA».

número 8, lo siguiente: «(...) de cualquier modo, el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada» Señalando a continuación la razón de dicha distinción conceptual: «(...) es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Como ya se indicaba más arriba, resulta llamativo que se haya interpretado el fallo de la Sentencia comentada en el sentido de reconocer a Jarrai-Haika-Segi como parte de ETA. Y ello porque tal cosa no se deduce del texto de la Sentencia de 19 de enero de 2007. A ello se hacen constantes referencias en el voto del Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA¹⁴ así como en los medios de comunicación. En especial, esta presunta identidad de organizaciones le sirve al Magistrado disidente para señalar una de las características que motivan precisamente la opinión de contemplar a Jarrai-Haika-Segi como organizaciones ilícitas terroristas: su carácter complementario, subordinado o gregario; incluso se señala con un razonamiento muy hábil que si Jarrai-Haika-Segi son la “cantera” de ETA¹⁵, es porque ETA y Jarrai-Haika-Segi no son la misma organización.

De este modo, se señala que el carácter complementario de la actividad de Jarrai-Haika-Segi supone una prueba palpable de que, en efecto, constituye una organización situada dentro de lo que el GIMÉNEZ GARCÍA llama “ETA sociológica”¹⁶.

Sin embargo, examinando la Sentencia de la mayoría de los Magistrados, especialmente, los fundamentos nucleares donde se recoge esta polémica (los Fundamentos de Derecho Cuadragésimo tercero y Cuadragésimo sexto) resulta injustificado concebir que lo que la decisión de la mayoría supone es la identificación de Jarrai-Haika-Segi con ETA. En efecto, la Sentencia de la mayoría no impide considerar a Jarrai-Haika-Segi como “cantera” o “vivero” de integrantes de ETA. No se puede encontrar en el texto de la Sentencia ninguna referencia que implique considerar a ETA y Jarrai-Haika-Segi como una misma organización. Y así, se reconoce en todo momento que se trata de dos organizaciones, dos asociaciones diferentes, aunque existan relaciones entre ellas. Concretamente, en el número 10 de su Fundamento de Derecho Cuadragé-

¹⁴ Así se señala: « En esta situación ha proclamado falta de autonomía para diseñar una acción terrorista, por más que se compartan los objetivos y se cumpla, tan fervorosa como acríticamente, con los postulados de la organización terrorista, ¿convierte a J-H-S en organización terrorista. ¿Permite su identificación con Eta?»

¹⁵ Señala el Magistrado disidente que «(...) En concreto, JH-S actúa como el frente juvenil con clara vocación de ser la “cantera” de la que puede nutrirse Eta que, por decirlo plásticamente «ficha» a los más aventajados de ese colectivo para ingresar en lo que -siguiendo el símil deportivo- podría ser la «primera división». No es una hipótesis, existen datos empíricos. Hay actuales miembros de Ha que se iniciaron en esa “cantera”» En otro momento, siguiendo el símil de la “cantera”, se habla de Jarrai-Haika-Segi como “vivero de ETA”: « Cuando se invita a ingresar en Eta, es que no se pertenece a ella, luego el candidato procede de un colectivo que no es Eta, aunque sea su «vivero». Por ello, no es correcto equiparar aquello que en su origen y funcionamiento es distinto. Esta distinción que se proclama no es un canto a la impunidad. No debe olvidarse, que JH-S ya fue declarada asociación ilícita, y las concretas personas enjuiciadas han sido condenados, unos como directivos y otros como miembros activos a penas correspondientes. Hay que recordar una vez más que no se está juzgando a autores de actos de kale borroka».

¹⁶ « Es un dato de experiencia no controvertido que junto a Eta como organización terrorista existe una «Eta sociológica» constituida por esa constelación de grupos y nombres que apoyan y «jalean» su actividad».

simo sexto se define a Jarrai-Haika-Segi en sus elementos esenciales como organización independiente:

1.- Jarrai-Haika-Segi «constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001.»

2.- Es una asociación o sucesión de asociaciones que «lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política» *«complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de kale borroka numerosos y reiterados».*

3.- Para el desarrollo de su programa de actuación social «utiliza artefactos explosivos o incendiarios»

4.- En su desenvolvimiento ordinario de su actividad social «causa daños, coacciones y amenazas» sirviéndose para ello de determinados instrumentos y procedimientos tales como «lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios»

5.- Por último, su actividad social *«es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA».*

Resulta evidente que esta última característica es la más discutida, en tanto que parece que tal mención exige necesariamente la consideración de Jarrai-Haika-Segi como parte de ETA. Se trata de una de las ideas más tratadas por el Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA en su voto particular, como ya ha habido oportunidad de comprobar. Sin embargo, la Sentencia de la mayoría es clara al considerar a Jarrai-Haika-Segi como asociación ilícita terrorista. En primer lugar hace referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional que casa, ya que la misma reconoce esta “dicotomía”, esa disparidad de esencia entre ETA y grupúsculos como Jarrai-Haika-Segi¹⁷.

Sin embargo, lo relevante para la conceptualización de Jarrai-Haika-Segi como asociación ilícita terrorista no viene dada por su relación con ETA y su carácter gregario. Se trata de cuestiones secundarias porque la propia sentencia reconoce que existe una disparidad esencial entre ambos grupos sociales¹⁸: ETA es una banda armada distinta de las asociaciones Jarrai-Haika-Segi. Sin embargo, como la propia resolución judicial

¹⁷ «Incluso la propia sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo (f. 32), viene a reconocer la existencia, junto a la organización terrorista armada, de “organizaciones juveniles que -bajo una apariencia de actividades en el ámbito social juvenil desde la perspectiva de una ideología nacionalista y de izquierdas- tienen también como finalidad desde su origen la realización de actos que, atentando a bienes patrimoniales (daños) o a bienes eminentemente personales, como la libertad y la seguridad, por medio de actuaciones delictivas”».

«Y, más adelante (f. 33), que: “entre la organización terrorista armada y otras organizaciones sociales, políticas o juveniles creadas en el seno del Movimiento de Liberación Nacional Vasco (M.N.L.V.), cuya inicial finalidad no era la de un simple apoyo “moral” a la acción armada sino, esencialmente, el desarrollo de una actividad que, atentando contra la seguridad de la colectividad - esto es, ejecutando verdaderos actos ilícitos-complementan el verdadero terror ejecutado por la organización armada; actividad complementaria y bajo los designios de ETA a través de los descritos medios de coordinación recogidos en el factum”».

¹⁸ «La “dicotomía” de que, no obstante, habla la sentencia de instancia (f. 33) entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de «terrorista», dada la finalidad y contenido descrito de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada».

pone de relieve, esta conceptualización de esencia no “empaña” la calificación de “terrorista” que corresponde a Jarrai-Haika-Segi por tres razones:

1.- Porque la conceptualización de asociación ilícita terrorista no depende de la relación que pueda existir entre la banda armada ETA y sus satélites, englobados dentro del MLNV, ya que lo determinante para la calificación es la finalidad perseguida y el contenido de los actos desarrollados por la organización.

2.- Porque el hecho de que ETA pueda determinar de algún modo directrices más o menos genéricas para que sean ejecutadas por grupos asociativos radicales no implica la perfecta identidad de éstos con la banda armada, en la medida en que no es óbice para la configuración de una asociación ilícita como terrorista.

3.- Porque el hecho de que estas entidades también puedan dedicarse de forma eventual a actividades legales no obedece más que a razones de estrategia, que persiguen el “enmascaramiento” de los objetivos terroristas de tales grupos. Además, precisamente la existencia de actividades lícitas e ilícitas dentro de la actividad social de Jarrai-Haika-Segi no hace más que abogar a favor de la conceptualización de la diferenciación asociativa existente entre la banda armada ETA y las organizaciones Jarrai-Haika-Segi¹⁹.

Como consecuencia lógica de las razones esgrimidas, la Sentencia mayoritaria considera que Jarrai-Haika-Segi es, en efecto, tal y como señaló la Sentencia de la Audiencia Nacional, una asociación ilícita. Pero su carácter va más allá de la simple ilicitud hasta encontrar su verdadero carácter en su conceptualización como organización terrorista²⁰. Pero ¿por qué Jarrai-Haika-Segi son organizaciones terroristas, distintas de la banda armada ETA? La Sentencia mayoritaria hace recaer la adjetivación de terrorista en el elemento subjetivo o móvil de dichas asociaciones ilícitas, haciendo confluír en una misma realidad lo que hasta ahora se había expresado por separado:

1.- De un lado, dicho elemento subjetivo vendría determinado por la voluntad de «producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho» extrayendo dicha finalidad de la STC 199/1987.

2.- De otro, el elemento subjetivo se ceñiría a la intención de atentarse contra «contra la paz pública, como aspecto de la paz social, que se funda - según el art. 10 de la CE - en el “respeto a la Ley y a los derechos de los demás”»

En definitiva, la Sentencia mayoritaria desarrolla una interpretación jurisprudencial del apartado 2º del artículo 515 CP en función de la cual el carácter terrorista de una asociación ilícita viene dado como consecuencia de que su actuación produzca temor

¹⁹ «Como tampoco lo hace la eventual dedicación de estas entidades a actuaciones legales en el ámbito social juvenil, que, sin duda, responde tanto a un enmascaramiento de sus verdaderos objetivos, como a la utilización de todas las reivindicaciones, pretextos y banderines de enganche imaginables para penetrar lo más profundamente posible el tejido social».

²⁰ En consecuencia, Jarrai-Haika-Segi es una asociación o una serie de asociaciones, que se han sucedido en el tiempo, no sólo ilícita/s, por tener como objeto la comisión de algún delito (común) -como entendió la Sala de instancia- sino también una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87 (RTC 1987, 199); o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social, que se funda - según el art. 10 de la CE (RCL 1978, 2836) - en el «respeto a la Ley y a los derechos de los demás»; resultando, por tanto, incardinable en el núm. 2º del art. 515 del vigente Código Penal.

en la sociedad. Un temor, un miedo, que supone un atentado contra la paz pública, en la medida en que se ven comprometido el respeto a la Ley y a los Derechos de los demás, en expresión del artículo 10 CE. A la relevancia del bien jurídico protegido por el artículo 515.2º CP haremos referencia más adelante.

Ahora bien, el razonamiento seguido por la mayoría de los magistrados sólo es comprensible a la luz la Decisión Marco sobre Orden Europea de Detención y Entrega, adoptada por el Consejo el 13-6-02, que desarrolla la previsión del artículo 31 e) del Tratado de la Unión Europea, dirigido al establecimiento de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en el ámbito del terrorismo, entre otras materias. Y ello porque la propia Sentencia señala, de forma solemne, que dicha norma establece la «primera definición de terrorismo con vocación de permanencia». El artículo primero²¹ de la Decisión Marco, que como la propia Sentencia señala, trae causa del artículo 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York en 9-12-99, y de la Posición Común 2001/931 (PESC del Consejo de la Unión Europea, de 27-12-01), sobre aplicación de medidas específicas en materia de lucha contra el terrorismo.

Lo más destacado de dicho precepto deriva de la configuración específica del contenido del elemento subjetivo que debe tener el autor de una determinada actividad para que se la considere terrorista, siendo la que más se ajusta a los hechos cometidos por Jarrai-Haika-Segi la primer de ellas: intimidar gravemente a una población. Una intención que parece fuera de toda duda en el caso de las asociaciones señaladas.

Examinada el elemento subjetivo y considerando que en el caso que nos ocupa, es evidente que se cumple, el mayor problema que se plantea y que la mayoría de los magistrados orilla al mismo tiempo que los disidentes, es la parte objetiva. Porque, como señala dicho artículo primero, para que un acto se considere terrorista ha de tener

²¹ «1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
- obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
- o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;
- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
- b) atentados graves contra la integridad física de una persona;
- c) secuestro o toma de rehenes;
- d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
- e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
- f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;
- g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
- i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)».

la intencionalidad reseñada, pero también incardinarse dentro de una de las conductas descritas en las letras a) a i) de dicho precepto. Sin embargo, el examen de dicha cuestión también entronca con la idoneidad para la lesión del bien jurídico protegido por el tipo del artículo 515.2º CP, por lo que su examen se difiere al tercer epígrafe de esta parte.

Problemática del artículo 577 CP

Una mención aparte requiere la situación que se produce, en opinión de los magistrados disidentes, con el artículo 577 CP. En efecto, para dichos magistrados la interpretación desarrollada por la mayoría en la Sentencia vacía de contenido lo previsto por el artículo 577 CP.

Para justificar dicho efecto pernicioso, derivado de la interpretación mayoritaria, los magistrados disidentes apuntan al sistema general diseñado en el Código Penal para la represión del terrorismo, centrados en tres escalones: la punición de las organizaciones terroristas, el castigo de los concretos actos terroristas cometidos por los miembros de aquellas y, finalmente, lo que se conoce como terrorismo individual²².

Desde esta perspectiva, los magistrados disidentes consideraran de forma unánime que la interpretación de la mayoría, como ya se dijo, vacía de contenido lo preceptuado por el artículo 577 CP²³.

Se abren de este modo dos opciones interpretativas:

a) castigar a los miembros de Jarrai-Haika-Segi como miembros de organización terrorista, lo que determina la sanción como integrantes y, en su caso, como autores de delitos previstos en los artículos 571 y ss del Código Penal. Cosa que, por cierto, no se

²² El magistrado Sr. GIMÉNEZ GARCÍA señala: «En efecto, en el Código se distingue entre la organización terrorista -515-2-, distinguiendo directivos e integrantes, y condenando las acciones terroristas en los arts. 571 y ss, con un apartado especial para los colaboradores -art. 576-, y otras organizaciones ilícitas -art. 515-1º, 3º, 4º y 5º, distinguiendo también entre directivos y miembros activos. Los precisos actos de kale borroka, partiendo de que sus integrantes no pertenecen a banda armada, los tipifica en el art. 577 del CPenal, cuyo presupuesto es el de la no pertenencia a banda armada o grupo terrorista, aunque los hechos delictivos que se cometan llevan el plus de punición proporcional a la gravedad de los hechos. Se trata de un artículo sin precedentes en el CPenal 1973 y cuya razón de ser se encuentra, precisamente, en la punición de la violencia callejera surgida en el entorno de Eta». Mientras que el otro magistrado disidente, Sr. MARTÍNEZ ARRIETA hace la siguiente mención: «El ordenamiento penal prevé respecto a la delincuencia terrorista distintas respuestas en los arts. 515, 571 y 577 del Código Penal:

El primero, sancionando penalmente las asociaciones ilícitas y las bandas armadas.

El segundo, los delitos cometidos por miembros de bandas armadas,

y el tercero, los delitos terroristas cometidos por no integrantes de bandas armadas. En esta tercera previsión normativa, la del 577, ha de concurrir una finalidad terrorista y unos resultados típicos que son los mismos que los previstos para los delitos cometidos en el seno de bandas armadas o grupos terroristas, con la única diferenciación derivada de la ausencia de integración en una banda armada, el elemento típico que determina la distinta calificación y del que podemos deducir el concepto de banda armada del art. 515.2 del Código, bien entendido que este concepto no puede basarse, exclusivamente, en la realización de delitos con finalidad terrorista, pues ese criterio aparece en los dos artículos reseñados».

²³ Para el Sr. GIMÉNEZ GARCÍA « con la consideración de JH-S como grupo terrorista, todo acto de violencia callejera efectuado por ésta es ya terrorismo, con la consecuencia de que queda sin contenido dicho artículo 577 del Código Penal. Donde la Ley distinguía, ahora la interpretación efectuada no distingue». Y en el mismo sentido, el Sr. MARTÍNEZ ARRIETA « La Sentencia de la mayoría aplica el concepto de banda armada, configura una nueva banda, sin apoyarlo en criterios distintos de los resultados violentos con finalidad terrorista, elemento que ya figura en la tipicidad del art. 577 del Código Penal. Consecuencia de lo anterior es la inaplicación, en la práctica, del art. 577 del Código Penal como venía siendo aplicado hasta ahora».

hace: únicamente se castiga a los imputados por el delito de integración en organización terrorista del artículo 515.2º CP con la pena mínima, por cierto.

b) castigar a los miembros de Jarrai-Haika-Segi como miembros de una asociación ilícita no terrorista; castigando los concretos hechos delictivos desarrollados en función de la vinculación personal de cada miembro con ETA, saber:

b.1. si existe dicha integración, aplicándose lo previsto en los tipos del 571 y ss. del Código Penal.

b.2. Si no existe tal integración, las penas previstas en el artículo 577 CP.

Este segundo razonamiento no deja de presentar ciertos problemas interpretativos:

En primer lugar, si la persona está integrada en Jarrai-Haika-Segi (asociación ilícita no terrorista), y además en ETA (banda armada=asociación ilícita terrorista), resulta que habrá que castigar por dos delitos de asociación ilícita, una terrorista y otro que no lo es. En puridad de términos, no habría trasgresión del principio *ne bis in idem*, porque se castigan dos hechos diferentes: la integración en Jarrai-Haika-Segi así como la integración en ETA y los concretos actos terroristas cometidos. Pero esta interpretación conduce a una cierta exacerbación punitiva, en la medida en que parece recaer un doble reproche penal por la injusta utilización del derecho de asociación que se consagra en la Constitución.

En segundo lugar, en el caso de quien comete acciones de *kale borroka* sin estar integrado en la banda armada ETA, resulta contradictorio o paradójico que se castigue a tal autor cuando pertenece a Jarrai-Haika-Segi como integrante de asociación ilícita y al mismo tiempo, se le castigue como terrorista individual (577) por acciones que habrá cometido sin duda junto con más personas, y dentro del esquema promovido por dicha asociación. O dicho de otra manera: es contradictorio que se castigue a un individuo por formar parte de una asociación, aunque sea ilícita; y al mismo tiempo se le castigue como terrorista individual.

II.2. El carácter terrorista de las acciones desarrolladas por asociaciones ilícitas como factor determinante de la configuración de dicha asociación como terrorista. ¿Expansión del concepto de terrorismo?

El fenómeno terrorista entraña dificultades en la doctrina y en la jurisprudencia desde el estadio más primigenio de su articulación como realidad empírica: su propia concepción o definición. Y, como no podía ser menos, en la Sentencia que ahora se comenta no podía dejarse de escenificar la postura contradictoria que sobre el terrorismo existe. Aunque, curiosamente, en línea con lo que sucede en la realidad nacional de nuestros días, se invoca la mención de terrorismo expresada, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 de 16 de diciembre, para indicar realidades diametralmente opuestas²⁴.

²⁴ Véase las citas de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 que hace la Sentencia de la mayoría y el voto particular del magistrado GIMÉNEZ GARCÍA:

Sentencia de la mayoría: «(...) la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, del Pleno de 16 de diciembre, que resolvía el recurso contra la LO 9/84, de 26 de diciembre sobre actuación de bandas armadas o elementos terroristas y supresión de derechos y libertades en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836),

La tesis fundamental, sostenida por la Sentencia de la mayoría, se fundamenta en la apreciación de la doctrina constitucional²⁵ en materia de terrorismo, en el modo en que lo interpreta el ministerio fiscal, esto es: conectando de forma inmediata el concepto de terrorismo con el propósito (elemento teleológico) de la difusión de una situación de inseguridad. O lo que es lo mismo, conectando el fenómeno terrorista con el bien jurídico protegido de la seguridad²⁶.

Es especialmente interesante destacar que, en tal sentido, la actuación de los grupos (en nuestro caso: Jarrai-Haika-Segi) conlleva una situación de terror por la inseguridad ciudadana. Es de especial interés remarcar la locución terror por la inseguridad ciudadana, en la medida en que conecta el terror con la vía instrumental de la inseguridad. Es decir, se produce un fenómeno terrorista cuando se ataca, de una forma determinada, la seguridad ciudadana. Cuestión esta, ciertamente discutible, como hace el magistrado GIMÉNEZ GARCÍA.

En efecto, a juicio de dicho magistrado, la interpretación que desarrolla la mayoría

que introdujo el art. 520 bis LECrim (LEG 1882, 16). (prolongación de la detención) y reformó los arts. 553 y 579 LECrim (detención y registro inmediato), afirmaba “el carácter de constituir un riesgo para el desarrollo de la vida de los ciudadanos por el terror que su actividad creaba”.

Y remarcaba, en su fundamento de derecho cuarto, que “el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una comunidad propia de organizaciones o grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva”.

Mientras que el Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA señala: «De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destaco en orden a determinar el concepto de banda armada, organización o grupos terroristas, la STC 199/87 de 16 de diciembre del que retengo el siguiente párrafo: “el concepto de bandas armadas ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su trascendencia y alcance con el de elementos terroristas mencionado en el precepto constitucional (se refiere al citado art. 55-2). En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 LO 9/84 (se refiere al delito de integración en banda armada), haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un temor en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática.

Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la LO 9/84 y singularmente de los preceptos de su Cap. III a personas o grupos que actúan con armas sin provocar el temor en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional.

Es cierto que el concepto de banda armada podría ser entendido extensivamente, pero ya se ha dicho que ha de ser interpretado y aplicado muy restrictivamente y así lo ha sostenido también la jurisprudencia” -F.jdco. 4º, (el subrayado es mío)».

²⁵ Concretamente, se citan las siguientes resoluciones del Tribunal Constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 89/93, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Constitucional 199/87, del Pleno de 16 de diciembre; Auto del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 2003, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por Batasuna contra la sentencia de 27 de marzo de 2003, por la que se declaraba la ilegalidad de Herri Batasuna, Batasuna, y Euskal Herritarrok; y Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 48/2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 12-3-03, que desestima el recurso interpuesto frente a determinados preceptos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

²⁶ Así se indica en la Sentencia: «De todo ello se desprende (como apunta el Ministerio Fiscal) que la jurisprudencia del TC ha configurado un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de *difundir una situación de inseguridad* por la repetición de actividades, con una capacidad intrínseca necesaria para producir esas situaciones de terror en la colectividad, situación de terror por la inseguridad ciudadana que la actuación de esos grupos conlleva».

de los Magistrados supone un alejamiento del concepto de terrorismo diseñado por el Tribunal Constitucional²⁷. Esta disparidad se produce, a juicio del magistrado, por cuanto dicha interpretación tiene de expansiva y omnicomprensiva, en el sentido de conceptualizar el terrorismo de una forma excesivamente generalista. Tanto que, a juicio del magistrado disidente, tal interpretación pone en serio peligro el hecho de que puedan existir “asociaciones ilícitas” sin que puedan ser tildadas de “terroristas”²⁸.

Parece, no obstante, que tanto la Sentencia de mayoría como los magistrados disidentes olvidan una marca distintiva del terrorismo para su conceptualización como tal. En especial, en un tiempo como el actual, en que se oye hablar impropiedades de “terrorismo urbanístico”, “terrorismo machista” y otras expresiones semejantes, que sirven para referirse a fenómenos criminológicos ciertamente muy graves, pero que nada tienen que ver con el terrorismo.

El terrorista, individuo o grupo, pretende con su actuación, tal y como señala REINARES «incidir, a través de los métodos que le son propios, sobre la asignación de valores y recursos públicos, el proceso de toma de decisiones, la composición de la clase dirigente, el funcionamiento de las instituciones, la estabilidad de los arreglos entre legítimos interlocutores sociales, la afirmación de identidad colectivas o las actitudes de la población, tanto en el ámbito interno de cada politeya estatal como a escala más global²⁹». De este modo, la acción terrorista busca, por encima de todo, afectar la manera en que se estructura y distribuye el poder en la sociedad democrática. Es decir: el terrorismo, para ser conceptualizado como tal, debe tener un claro matiz político. Matiz que lo convierte en un fenómeno especialmente despreciable en un estado democrático, porque tal y como indica CONDE-PUMPIDO TOURÓN en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999 de 16 de febrero, de la que es ponente, cuando señala, refiriéndose a la banda armada ETA, «los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado social y democrático de derecho existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política».

Por tanto, la esencia del terrorismo y, con él, la de las asociaciones ilícitas terroristas se centra en el binomio envenenado de política y violencia o, si se quiere expresar de otro modo, de la violencia política. De ahí que el riesgo que señala GIMÉNEZ GARCÍA en relación con la “fagotización” de las asociaciones ilícitas por las terroristas no sea tan plausible: una asociación de personas que asaltan chalets infunden terror en el barrio, pueblo o ciudad donde centran sus operaciones; pero no es una asociación terrorista porque con su actividad sólo buscan el lucro personal y no la imposición de

²⁷ Así: « La sentencia de la mayoría supone claramente una interpretación extensiva del concepto de banda armada o grupo terrorista con apartamiento de la precisa y concreta doctrina del Tribunal Constitucional en la expresada sentencia 199/1987 de 16 de diciembre antes citada».

²⁸ Un riesgo que, expresivamente, se denomina como “fagotización”: «La interpretación que efectúa la sentencia representa un concepto expansivo y omnicomprensivo de terrorismo, que además, lleva en sí mismo, el germen de acabar por fagocitar todas las otras asociaciones ilícitas del art. 515, en obsequio de una concepción sociológica de terrorismo favorecida por el carácter abierto del concepto de terrorismo y por la inexistencia de una definición válida internacionalmente».

²⁹ *Op. cit.* p. 18

una determinada ideología o postulado político. Desde este punto de vista, puede decirse que el riesgo de extensión del concepto de terrorismo no es tal, en la medida en que el mismo se contenga en sus estrictos límites: la violencia política que busca amedrentar a la ciudadanía mediante el miedo y el terror.

II.3. ¿Trasgresión del principio de proporcionalidad?

Una fuerte objeción al juicio emitido en la Sentencia por la mayoría es la que se refiere a la lesión del principio de proporcionalidad que supone la condena de los imputados como autores de un delito de integración en asociación ilícita terrorista, en la medida en que se exagera la respuesta penal a dichos individuos³⁰.

Se GIMÉNEZ GARCÍA aclara que el principio de proporcionalidad, no obstante no estar positivado en normas de derecho interno español, se deriva de dos valores fundamentales de la configuración social y democrática de derecho que posee el Estado: libertad y justicia, a los que se refiere el artículo 1.1 de la Constitución. El juego³¹ de estos dos valores esenciales en la convivencia democrática construyen el principio de proporcionalidad de dos modos diversos y convergentes:

- a) la libertad dota de contenido al principio de proporcionalidad, en el sentido de que en caso de duda sobre la punibilidad o no de un determinado hecho, debe prevalecer el *favor libertatis*.
- b) la justicia, por su parte, integra la prohibición de excesos, en el sentido de introducir la nota de moderación, justa medida y equilibrio entre el contenido de antijuridicidad propio del hecho delictivo y la consecuencia jurídica que le viene asociada por el texto legal en su aplicación judicial.

Siendo esto así, la pregunta que debe resolverse es si la consideración de Jarrai-Haika-Segi como organización terrorista conculca el principio de proporcionalidad. La justificación de la respuesta positiva a esta pregunta la dan ambos magistrados disidentes de una forma diversa. Y así, mientras que GIMÉNEZ GARCÍA señala que dicha desproporcionalidad se produce como consecuencia de la equiparación con ETA de las asociaciones Jarrai-Haika-Segi³² (en el sentido antes señalado de identificación); el magistrado MARTÍNEZ ARRIETA centra su crítica en la relación que se establece entre estos grupos y aquellos grupos terroristas como tal considerados por otras resoluciones judiciales anteriores; es decir, apartándose de la idea sostenida por el otro magistrado disidente (que ve en la sentencia la identificación de Jarrai-Haika-Segi con ETA), se centra en la proporcionalidad o no existente a la hora de poner en pie de

³⁰ Así lo señala GIMÉNEZ GARCÍA, insistiendo en la identificación con ETA: «estimo que la identidad que se efectúa en la sentencia de la mayoría entre J-H-S y Eta, y que se traduce en extender a las personas enjuiciadas y condenadas en la instancia, la consideración de ser integrantes de banda armada o grupo terrorista lesiona el principio de proporcionalidad en la respuesta penal».

³¹ Así lo explica GIMÉNEZ GARCÍA en su voto particular: «Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la C.E. son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad en cuanto opción valorativa de realización prioritaria, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del *favor libertatis*. El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de exceso y se concreta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio».

igualdad a dichas organizaciones juveniles con ETA, Al-Qaeda o GRAPO³³. Se configura, por tanto, como presupuesto de la proporcionalidad el parangón entre banda armada y organización terrorista en cuanto a la gravedad de su actuación. Sin embargo, en dicha interpretación vuelve a resurgir el ya citado asunto de la equiparación terminológica entre banda armada y organización terrorista; o lo que es lo mismo: sólo las organizaciones terroristas que tengan el carácter de banda armada merecen la calificación prevista en el artículo 515.2º CP³⁴.

Respecto del primer argumento esgrimido para considerar desproporcionado el fallo de la mayoría, ya se ha razonado más arriba, puesto que dicha identificación con ETA no se produce en la Sentencia. Sin embargo, el razonamiento de MARTÍNEZ ARRIETA parece tener más entidad, en la medida en que se señala que debe existir proporcionalidad entre ambas organizaciones, diferentes en esencia pero bien relacionadas entre sí. Una proporcionalidad que debe construirse sobre el análisis de la gravedad de las actuaciones de ambas y que, para el Magistrado disidente, en la medida en que no concurre la misma, la proporcionalidad excluiría la configuración de Jarra-Haika-Segi como asociación ilícita terrorista.

Pero, desde otro punto de vista, la proporcionalidad se mide en el presente caso en relación con la pena impuesta; y no con la calificación jurídica que supone la subsunción de las actividades asociativas en el tipo del artículo 515 1º o 2º CP. Es decir: Jarra-Haika-Segi son asociaciones ilícitas que cumplen, como también se indicó antes, los requisitos objetivos y subjetivos de la configuración legal que tienen las asociaciones ilícitas terroristas. Así, la proporcionalidad no se puede concebir como un criterio interpretativo que pueda determinar, incluso, la subsunción típica. Por el contrario, la proporcionalidad indica la pena justa, adecuada, a la acción delictiva que observa el sujeto. Por esta razón, la proporcionalidad invita a comprobar la pena impuesta a los integrantes de esta sucesión de organizaciones terroristas, poniéndola en relación con la pena genérica prevista para tales supuestos por el artículo 516 CP. Si acudimos a la condena de los encausados, advertimos que los mismos han sido condenados, como integrantes de una organización terrorista, a las penas de 6 años de prisión y accesoria

³² « La desproporción es sólo consecuencia de la, a mi juicio, indebida equiparación con Eta de las asociaciones J-H-S».

³³ « Desde un planteamiento basado en criterios de proporcionalidad hemos de valorar la relación con grupos terroristas ya considerados como tales en anteriores pronunciamientos. Así, comprobamos que esa declaración la hemos realizado respecto a organizaciones. tanto internacionales, como Al Qaeda, STS 556/2006, de 31 de mayo, como nacionales, como ETA (STS 648/2006, de 15 de junio, y en pluralidad de pronunciamientos jurisprudenciales), GRAPO (STS 128/2006, de 15 de febrero por citar la mas reciente). La inclusión en este catálogo criminal de una nueva organización requiere que la nueva desarrolle una actuación de contrariedad al derecho y de actuación violenta y armada de entidad semejante a la de los grupos ya incluidos».

³⁴ Para MARTÍNEZ ARRIETA es determinante la conceptualización de ETA dentro de su organigrama social. Sin embargo, lo cierto es que su opinión parte de un determinado enfoque sociológico de lo que es el MLNV, al se refiere implícitamente cuando habla del “nivel político y social” en la identificación de ETA y Jarra-Haika-Segi: «En este sentido, nos dice la sentencia impugnada, reproduciendo la Sentencia de la Sala especial del art. 61 de la LOPJ, en una argumentación que comparto que “independientemente de que a nivel político y social se identifiquen como organizaciones terroristas a ETA con todas las organizaciones por ella orientadas, se trata en realidad de organizaciones o asociaciones que, coordinadas y bajo los designios de ETA, complementan en distintos ámbitos la estrategia política de la organización hegemónica, siendo así que es a la lucha armada a la que debe quedar circunscrito el concepto de banda armada a que se refiere el art. 515.2 del Código Penal”»

de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por 6 años. Contrastada dicha condena con la genérica prevista en el ya citado 516.2º CP³⁵ resulta lo siguiente: todos los encausados han sido condenados con la pena mínima contemplada por el tipo penal aplicado. Y, teniendo en cuenta que la pena máxima a imponer es de 12 años de prisión, resulta la perfecta adecuación y proporcionalidad de la pena impuesta; sin que sirva de excusa el supuesto parangón entre ETA, Al-Qaeda o GRAPO, puesto que en el caso de los integrantes de dichas organizaciones o bandas, les correspondería una pena más acorde con su gravedad y, por ende, más próxima a los 12 años de prisión es decir, el doble de lo que han resultado condenados los integrantes de Jarrai-Haika-Segi.

II.4. Idoneidad o inidoneidad de medios para el cuestionamiento del bien jurídico protegido

Otro elemento clave de la crítica del fallo de la mayoría es la configuración del requisito de la idoneidad de medios para el cuestionamiento del bien jurídico protegido. Cuestión ésta que se traduce en la exigencia de un requisito *sine qua non*, lógico y de carácter previo, referido a los concretos actos que desarrolla la asociación ilícita para comprometer de forma real y efectiva el bien jurídico protegido por la norma. De nuevo encontramos en relación con este apartado el bien jurídico protegido por la norma. Bien jurídico que será objeto de estudio más detenido en el último apartado de este trabajo.

De nuevo, se vuelve a establecer un parangón entre la banda armada y la organización terrorista que culmina con la distinción de ambas, remarcando el carácter más agresivo, dañino y agresivo de las bandas armadas, que el propio de organizaciones como Jarrai-Haika-Segi, limitadas en su actuación a lo que se ha denominado como *kale borroka*³⁶. Con esto se consigue introducir en la calificación de los actos de la asociación una “naturaleza cualitativamente distinta” entre la actividad de ETA y Jarrai-Hagi-Segi³⁷. Cuestión esta que no puede ponerse en duda, en tanto que la cualidad de un atentado de ETA como el que redujo a escombros uno de los aparcamiento de la T4 en Madrid provocando dos muertos no es comparable a la quema de un autobús urbano en Bilbao³⁸. Ahora bien, repárese que la configuración de la asociación

³⁵ En mencionado tipo es del siguiente tenor: «En los casos previstos en el número 2 del artículo anterior [bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas], se impondrán las siguientes penas: (...) 2. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años»

³⁶ Así lo sugiere GIMÉNEZ GARCÍA: « (...) cabe la posibilidad de que cualquier acto violento con la vocación explícita de atentar contra el orden constitucional o la paz pública puede ser estimado como acto terrorista, independientemente de su idoneidad para atacar estos valores constitucionales».

³⁷ También india el citado magistrado: «Creo que desde el reconocimiento de tal escenario y los daños de toda índole causados, incluidos los económicos, existe, no obstante una naturaleza cualitativamente distinta con los atentados terroristas llevados a cabo por Eta.»

³⁸ Así lo indica el propio magistrado en cita: «Basta poner en relación el atentado del aparcamiento de la T4 del Aeropuerto de Barajas y a las acciones usuales de violencia callejera constituida por la quema de cajeros o autobuses». Aunque el propio magistrado indica, justo a continuación: «Por tanto, respuesta desigual a situaciones diferentes. Ambas de naturaleza penal pero de distinta intensidad». Nótese que la configuración de ambas acciones como de distinta intensidad motivan al magistrado la idea de un cambio de tipificación de la actividad. Pero ello

ilícita terrorista no se ciñe a lo cuantitativo de la acción, esto es: si es más grave o menos. Sino a la esencia de la misma: si es terrorista o no. Y, como ya indicábamos más arriba, por terrorista se debe entender aquella acción que pretende infundir miedo o terror en la ciudadanía con la idea de imponer una determinada idea de carácter político (entendiendo dicho carácter de modo amplio, en el sentido de antidemocrático).

Pero volviendo a la cuestión central del presente epígrafe, corresponde valorar si es requisito de la acción terrorista su idoneidad para vulnerar o poner en peligro el bien jurídico protegido, entendiendo por tal, de forma escueta, pura y simple el del orden constitucional y la paz pública. Es acertada, desde el punto de vista que aquí se sostiene, el juicio emitido por GIMÉNEZ GARCÍA en relación con el orden constitucional, en tanto que resulta muy discutible que la acción de grupos como los que nos ocupan puedan poner en entredicho el orden constitucional de España³⁹.

Antes de abordar la posible puesta en peligro idónea de la paz pública, merece la pena detenerse un poco en el análisis que merece el tipo de armas empleadas por Jarrai-Haika-Segi para el desarrollo de su actividad, en tanto que elemento objetivo que mide la idoneidad o inidoneidad de sus acciones. Así, siguiendo el juicio de la Sentencia casada, se considera como un punto a favor de la inidoneidad el hecho de que no se emplearan armas, en sentido militar del término: pistolas, fusiles, explosivos de gran potencial destructor, etc. Sin embargo, parece escaso argumento para justificar la consideración de dichas asociaciones como simples asociaciones ilícitas que utilizan como principal arma de lucha el “cóctel molotov”. Quizá deba volver a repetirse aquí que lo determinante de la acción terrorista no es el medio utilizado (al que lógicamente se le exige una mínima idoneidad para evitar delitos imposibles); sino que lo determinante es el elemento teleológico de dicha acción: el empleo de la violencia para amenazar a la población y coartar su libertad. Y, desde ese punto de vista, parece que queda fuera de toda duda que la actividad de las asociaciones señaladas cumplen sobradamente dicha especificidad⁴⁰.

supone olvidar cuanto queda dicho sobre el terrorismo, su finalidad política en el empleo de la violencia, el miedo y terror producido y, sobre todo, el hecho de que la distinta intensidad se modula en la determinación de la pena, por cuanto ambas actividades, aunque sean de distinta intensidad, no dejan de ser actividades terroristas, *stricto sensu*.

³⁹ Así lo expresa el propio magistrado: «(...) considero sinceramente que existe una inidoneidad para cuestionar el orden constitucional en las acciones que se comentan, antes citadas, so pena de que se tenga una concepción debilitada e inestable de nuestro sistema constitucional».

⁴⁰ Es más, no parece estar muy convencido de ello el propio GIMÉNEZ GARCÍA cuando afirma que «Las «armas» utilizadas por JH-S, prácticamente quedan reducidas a cócteles molotov. La naturaleza incendiaria y explosiva, y su capacidad de generar mortandad está fuera de duda». Para después realizar el siguiente comentario: «Ese no es el problema, la cuestión es, igualmente de límites. El aparataje del cóctel molotov no es sofisticado, su fabricación no es difícil y sus componentes fáciles de obtener, y desde luego, queda lejos de los habituales arsenales de todo tipo de armas y artefactos mortíferos del que se provee Eta y de su potentísima capacidad destructora». De donde se deduce que la idoneidad podría venir determinada por la muy discutible categoría de la complejidad y sofisticación de los medios empleados para aterrorizar. Parece como si la conceptualización de terrorista, atendiendo a los criterios examinados, sólo pudiera corresponder a las bandas armadas dotadas de armamento militar, lo cual desdice del espíritu de la norma examinada, porque no se atiende al elemento teleológico fundante del concepto de terrorismo.

III. LA PAZ PÚBLICA EN UN CONTEXTO DE INDETERMINACIÓN CONCEPTUAL: ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD CIUDADANA

III.1. Baile de conceptos

Finalmente, y como ya se ha indicado a lo largo del trabajo, esta última parte se dedica al bien jurídico protegido lesionado por la conducta típica. Parece necesario dedicar una sección completa a la materia indicada porque el “baile conceptual” que se produce en la Sentencia de la mayoría y el voto del Magistrado GIMÉNEZ GARCÍA resulta, hasta cierto punto, desconcertante.

La Sentencia de la mayoría se refiere, en primer lugar, a la incidencia que la actuación que Jarrai-Haika-Segi tienen en la seguridad ciudadana, haciendo equivaler dicho concepto al de paz pública, considerado ésta como un aspecto del concepto más amplio de paz social⁴¹.

Por su parte, el voto disidente de GIMÉNEZ GARCÍA manifiesta su desacuerdo con el anterior razonamiento, en tanto que la actuación de estas organizaciones tiene una incidencia directa sobre la seguridad ciudadana, que es puesta en relación directa con los conceptos de seguridad pública y orden público. Tríada que separa de forma absoluta de un binomio de contenido superior, que vendría formado por la paz pública y paz social, que parecen identificarse. Incluso se hace depender esta clasificación bipartita de sendo artículos constitucionales: el artículo 149. 2º CE para la referencia a la seguridad ciudadana-seguridad pública-orden público; y artículo 10.1 CE para la paz pública-paz social⁴².

Como puede comprobarse, mientras que unos magistrados sostienen que la afección de la seguridad ciudadana supone la afección de la paz pública; para otros, la vulnera-

⁴¹ La Sentencia hace referencia a tales conceptos de la forma siguiente: «En consecuencia, Jarrai-Haika-Segi es una asociación o una serie de asociaciones, que se han sucedido en el tiempo, no sólo ilícita/s, por tener como objeto la comisión de algún delito (común) -como entendió la Sala de instancia- sino también una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87 (RTC 1987, 199); o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social, que se funda -según el art. 10 de la CE (RCL 1978, 2836) - en el «respeto a la Ley y a los derechos de los demás»; resultando, por tanto, incardinable en el núm. 2º del art. 515 del vigente Código Penal».

⁴² Así lo indica el GIMÉNEZ GARCÍA: «En lo referente a la grave alteración de la paz pública, de entrada hay que precisar su concepto y distinguirlo de otros. El art. 10 de la Constitución se refiere a la paz social y al orden político como el resultado del respeto a la dignidad de la persona, a sus derechos, al libre desarrollo de su personalidad al respeto a la Ley y a los derechos de los demás.

En definitiva, la paz social es el conjunto de condiciones que permite el respeto de los derechos de todos y el normal funcionamiento de las instituciones en la Sociedad Democrática.

Es un concepto de calado constitucional, y que no puede ser confundido con el concepto de seguridad pública versus orden público al que se refiere el art. 149-párrafo 29 del texto constitucional, con la consecuencia de que la paz social, la paz pública, pueden coexistir con episodios de desorden callejero.

El concepto de paz social al que pone en cuestionamiento el terrorismo, es, precisamente el del art. 10 de la C.E., y no el más concreto y limitado de la seguridad pública. Pues bien, estimo que la actividad delictiva de kale borroka incide propiamente en el ámbito de la seguridad ciudadana, alterándolo, incluso gravemente, pero los medios que emplean carecen de la idoneidad precisa para alterar gravemente la paz pública, como exige el art. 571 del CPenal».

ción de la seguridad pública no supone la alteración de un bien jurídico constitucional de tono más elevado, cual es la paz pública.

III.2. El orden público: concepto-clave

Las coordenadas que permiten situar mejor esta polémica utilización de conceptos tan variados pero intrínsecamente conectados debe referirse al orden público. Dentro de dicho bien jurídico, la doctrina considera un orden público ideal y un orden público material, especialmente tratado en la doctrina italiana⁴³:

a) Orden público ideal.

Para FIANDACA/MUSCO, el orden público ideal o normativo evoca un ente ideal constituido por el complejo de aquellos principios e instituciones fundamentales de cuya continuidad e inmutabilidad depende la supervivencia del ordenamiento jurídico. MOCCIA, por su parte, estima que Orden público ideal es el complejo de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico, con un cierto valor negativo, en el sentido de que dichos principios son inderogables o están sustraídos al debate o cuya modificación sólo es posible siguiendo el cauce de una reforma constitucional, y termina ofreciendo su propia idea de orden público como complejo de principios sobre los que se funda la convivencia civil. DE VERO estima que alude al conjunto de valores immanentes al sistema jurídico.

b) Orden público material.

FIANDACA/MUSCO estiman, en este caso, que el orden público material supone una convivencia inmune de violencia. En este sentido, orden público posee un contenido empírico, en tanto que refleja un estado de hecho: pacífica convivencia inmune al desorden o a la violencia. Línea esta en la que también se sitúa MOCCIA, cuando considera como orden público material la tranquilidad o seguridad concebida como un estado de ausencia de violencia pública. Y para DE VERO es una situación de pacífica convivencia social, resultante de dos competentes: objetivo, de orden exterior, y subjetivo, de sentimiento colectivo de seguridad.

Resulta interesante la propuesta de DE VERO relativa a la diferenciación entre ambos órdenes, introduciendo una aclaración en cuanto que considera la idea de «*continuidad e instrumentalidad de uno y otro*». Así, ahondando en la propuesta de MOCCIA de separar la función que cumplen una y otra clase de orden, sobre la distinción entre *objeto* de protección, el bien jurídico penal, función que sería desempeñada por el orden público material en el sentido de tranquilidad pública, y la función de *ratio* de tutela del sistema penal completo, «*super ratio*» como la denomina este autor, sería cumplida por el orden público ideal, entendido como el conjunto de principios fundamentales de la convivencia civil en relación con la finalidad del Derecho penal en el Estado Social de Derecho, de garantizar la convivencia ciudadana.

De esta forma, ambos conceptos, lejos de ser opuestos, se convierten en comple-

⁴³ Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. Volume I5º* Ed. Bologna Págs. 461-464; MOCCIA, voz Ordine pubblico, en *Enc. Giur. Treccani, XXII*, Roma, 1990; y DE VERO, voz Ordine Pubblico, en *Digesto disc. Pen. IX*, Torino, 1995

mentarios, pues el mantenimiento del orden público material, la tranquilidad pública, no podrá sobrepasar la barrera del respeto que merecen los derechos fundamentales integrados en el ámbito más amplio del orden público ideal. Es como si el mismo criterio de orden público ideal se constituyese en un límite a la tutela de la tranquilidad pública, cuando ésta pueda suponer la puesta en peligro de derechos fundamentales.

Siguiendo la idea de TORRES FERNÁNDEZ⁴⁴, es evidente la absoluta necesidad que existe de poner en relación el concepto de orden público deducible de la Constitución con las funciones llamadas a desempeñar por el bien jurídico penal. En este sentido, merece especial atención la opinión de IZU BELLOSO⁴⁵, para quien cabe distinguir en el orden público un doble sentido:

1. En sentido formal o amplio, como orden general de la sociedad entendido, en cierto modo, como una cláusula de cierre del sistema;

2. En sentido material o restringido, que sería una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad, el mero orden de la calle, pudiendo coincidir ambos en ciertas ocasiones, poniendo el autor como ejemplo los casos de agresiones violentas en la vía pública.

Advierte IZU BELLOSO que para la adecuada comprensión del orden público como bien jurídico protegido es preciso tener en cuenta el carácter peyorativo y el déficit democrático que se atribuye al concepto jurídico de orden público, como consecuencia de su prolija utilización por el régimen del General Franco. Efectivamente, la Ley del General Alonso Vega de 1959 dio tal amplitud al concepto de orden público, con la intención de proteger al régimen de cualquier atisbo de crítica u oposición democrática, que el mismo vendría a confundirse con el Ordenamiento Jurídico en su conjunto, esto es, con lo que antes se denominó orden público ideal (aunque el ideal fuera, en aquel momento, una dictadura) por lo que pierde toda utilidad como concepto.

Así las cosas, cuando la Constitución española es redactada, el concepto de orden público que se utilizaba estaba tan impregnado de dicho carácter autoritario, que las ocasiones en que la Carta Magna hace mención al mismo será como límite al ejercicio de derechos fundamentales: el primero de ellos el de libertad religiosa del art. 16 CE junto con el derecho de reunión del art. 21 CE.

En la búsqueda del sentido de la expresión citada en ambos artículos de la Constitución, IZU BELLOSO afirma que el orden público a que se refiere el art. 21 es el orden público material, del que se exige su alteración; de igual modo ocurre en el artículo 16, por lo que puede decirse que lo que se limita no es la libertad religiosa, ideológica o de culto *en sí misma*, lo que con buen criterio estima como imposible sino que lo que se ve afectado por el orden público son únicamente sus exteriorizaciones, esto es, sus manifestaciones públicas, por lo que, de nuevo en este caso, se trata de un concepto material o restringido de orden público, en tanto que las fricciones que puedan surgir con ocasión de esas exteriorizaciones del ejercicio de la libertad religiosa serán desór-

⁴⁴ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid-Barcelona, 2001, Pág. 37-38

⁴⁵ IZU BELLOSO, Miguel José; *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978* en Civitas. Revista española de derecho administrativo, Nº 58, 1988, pags. 233-254

denes, que expresan el conflicto de personas que ejercen ese derecho y otras personas que concurren en el ejercicio de otros.

Por su parte, el *Diccionario* de la Real Academia ⁴⁶, en la primera acepción de la voz “orden público” considera que se trata de la «situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades». No puede decirse que la Constitución no haya tenido en cuenta esta noción positiva de orden público. La tiene, pero ha sido disfrazada para evitar la mención de la palabra orden público en el sentido utilizado durante el Régimen dictatorial de Franco. Así, podría decirse que esta idea es la que late en el artículo 10.1 CE, cuando señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Centrados en dicha identidad, podría aventurarse la afirmación de que dicho orden político y paz social es la traducción actual del orden público. Razón que se apoya, además, en el hecho de que ambas expresiones (orden político y paz social) no vuelven a aparecer en todo el texto de la Constitución. Confirma también esta interpretación, aunque salvando las distancias, TORRES FERNÁNDEZ cuando indica que «el sentido que se ha atribuido al orden público, como situación de normalidad para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, conecta con el orden político a que se refiere el art. 10.1 de la Constitución»⁴⁷.

Podría decirse, por tanto, que orden público, en esta nueva forma de ser entendido en el seno del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución de 1978, puede ser definido como el resultado del libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la Constitución, de forma ordenada, responsable y consciente del sentido que tiene el ejercicio de la libertad en pos del bien común y del bien propio del individuo.

Puede, en este contexto, afirmarse que la Constitución consagra dos aspectos del orden público:

1. Como *realidad positiva*, en la forma que se señala en el artículo 10.1 CE.
2. Como *realidad negativa*, restrictiva de derechos, como aparece en los artículos 16.2 y 21.2 ambos de la Constitución⁴⁸.

III.3. Orden público como orden de seguridad: la seguridad pública y la seguridad ciudadana.

Del aspecto negativo o restrictivo del orden público, antes señalado, parece deducir-

⁴⁶ Voz Orden público, accesible en la Web www.rae.es

⁴⁷ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Op. Cit.* Pág. 50

⁴⁸ Artículo 16.1 CE: *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

Artículo 21.2 CE: *En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.*

se la referencia a un cierto orden externo, por cuanto en ambos casos se habla de manifestaciones externas (en el caso de los artículos 16.1 y 21.2 de la Constitución, unas, relacionadas con la libertad ideológica, religiosa y de culto; la otra, relativa al derecho de reunión). De modo que podríamos concluir que se trata de un cierto “orden de la calle”, como decía IZU BELLOSO, un orden de seguridad. Y es en este concreto ámbito, en la conceptualización del orden público material como orden de seguridad, donde aparecen las nociones de seguridad pública y seguridad ciudadana, que también se traen a colación en la Sentencia de la mayoría y en el voto particular del magistrado GIMÉNEZ GARCÍA.

En primer lugar, debe advertirse la utilización confusa e indiferenciada de los términos orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana por parte del legislador, y en nuestra jurisprudencia y doctrina⁴⁹.

Al orden público, como ya se ha señalado anteriormente, se refieren los artículos 16 y 21 en cuanto que límite al ejercicio de ambos derechos fundamentales.

A la seguridad ciudadana se refiere el artículo 104.1 CE, como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

A la seguridad pública se refiere el art. 149.1.29ª CE, como competencia del Estado.

La confusión terminológica que se produce entre los tres conceptos mencionados tiene su origen, como ya se indicaba anteriormente, en la consideración del orden público durante la dictadura del General Franco como título habilitante, desde la perspectiva administrativa, para la intervención de las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden, de forma tal que dichas fuerzas eran denominadas “fuerzas del orden público”.

La Constitución en su artículo 104.1 CE⁵⁰ prescinde del orden público de forma patente, y se refiere a la misión de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, entre otras, la “garantía de la seguridad ciudadana”. TORRES FERNÁNDEZ considera que tal modificación no es una mera variación léxica, sino que conlleva importantes consecuencias, la primera de las cuales es que el orden público no puede servir de manera indiscriminada para legitimar cualquier intervención limitadora de derechos y libertades, sino sólo en relación con aquellos derechos que expresamente así lo prevén.

De tal modo que por seguridad ciudadana entiende la autora antes citada que es la «protección de personas y bienes frente a situaciones de peligro o violencia»⁵¹.

La dicción de este artículo 104.1 CE vendría a corroborar la idea de que, siendo el orden público un concepto “desprestigiado” por la Dictadura, accede a la Constitución de una forma indirecta, tanto en su sentido *negativo* o limitador, cuanto en su sentido *positivo*, o de libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades constitucionales. Y así se reconoce en este precepto cuando se hace mención a la misión de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado: la protección del libre ejercicio de derechos y libertades.

⁴⁹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Op. Cit.* Págs. 43 y ss.

⁵⁰ Artículo 104. 1 CE: *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

⁵¹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Op. Cit.* Pág. 44

des (orden público positivo) y la garantía de la seguridad ciudadana (orden público negativo, en cuanto limitador de dichos derechos y libertades).

Por lo que respecta al tercer concepto, esto es, el de seguridad pública que aparece en el artículo 149.1. 29ª CE, entre las normas que regulan el reparto de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la cuestión resulta más compleja.

El Tribunal Constitucional, en múltiples sentencias, ha considerado la seguridad pública como una “*actividad que consiste en la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano*”⁵². TORRES FERNÁNDEZ considera que «su naturaleza de actividad le confiere un carácter instrumental o medial, en orden a conseguir unos fines que son: la protección de personas y bienes, por un lado, y el mantenimiento del orden, por otro»⁵³.

De todo lo anterior podemos definir los conceptos antes empleados del modo siguiente:

1. La seguridad pública es un concepto genérico que abarca tanto al orden público como la seguridad ciudadana, pudiendo definirse como *la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad*

2. La seguridad ciudadana es la *materia* objeto de la actividad que supone la seguridad pública, en lo relativo a la protección de personas y bienes.

3. El orden público, al igual que la anterior, sería la otra parte material de la actividad de la seguridad pública, coincidente con el mantenimiento de la tranquilidad.

De la relación entre los conceptos citados, TORRES FERNÁNDEZ indica que, cuando el artículo 104.1 CE se refiere a la misión (la actividad) de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la misma se configura como atribución propia de los mismos la seguridad pública, que engloba tanto la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (identificado con el orden público) y la seguridad ciudadana⁵⁴. Siendo de especial importancia el empleo de la conjunción copulativa *y* en el texto constitucional, en tanto que supone el reconocimiento de la distinta realidad esencial entre el orden público y la seguridad ciudadana, englobados ambos conceptos en el más general de seguridad pública. Esta noción es la que parece deducirse de la legisla-

⁵² Véanse, entre otras, las SSTC nº SSTC 33/1982 [RTC 1982/33], 117/1984 [RTC 1984/117], 123/1984 [RTC 1984/123], 59/1985 [RTC 1985/59], y 104/1989 [RTC 1989/104]

⁵³ *Op. cit.* Pág. 47

⁵⁴ «Realmente está configurando como atribución de éstos la seguridad pública, pues en su dicción textual alude a que su misión es “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” el empleo de la conjunción copulativa “y” entre las dos funciones que son atribuidas denota que son diferentes y que junto a lo que llama seguridad ciudadana, hay otra función que consiste en la protección del ejercicio de los derechos y libertades, el cual coincide con el contenido de del concepto de orden público en sentido estricto, único que puede ser asumido en coherencia por el sistema de valores de la Constitución». TORRES FERNÁNDEZ, Elena, *Op. cit.* Pág. 48

ción propia sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto a nivel estatal⁵⁵ como autonómico⁵⁶.

III.4. La paz pública como seguridad pública

Examinado lo anterior, resta por concluir a qué nos referimos con el concepto de *paz pública*, que resulta clave en la determinación de Jarrai-Haika-Segi como organización terrorista, por cuanto su actividad altera gravemente dicha paz pública.

Parece que no es viable, como señala GIMÉNEZ GARCÍA, identificar el concepto de “paz pública” con aquella noción de orden público ideal, porque resulta inalcanzable e inhaprensible; sobre todo, en cuanto que concepto a determinar en el campo penal. Resulta difícil concebir, de este modo, una asociación ilícita que sea capaz de atentar contra ese orden público ideal, ya que es imposible atentar al mismo tiempo contra todos los valores e instituciones que configuran un Estado como social y democrático de Derecho. Por el contrario, y siguiendo los razonamientos vertidos, parece más razonable identificar la paz pública con el concepto amplio de seguridad pública, aglutinador del orden público material así como del ámbito competencial que se define como *seguridad ciudadana*.

Por lo tanto, no parece aventurado señalar que la alteración de la seguridad pública que producen los actos protagonizados por la sucesión de asociaciones ilícitas, las hace incardinables dentro de la conceptualización de terroristas, por cuanto la alteración de la paz pública se produce con un indubitado fin político, elemento teleológico que como ya se vio más arriba, definen los actos como terroristas y, por ende, como organizaciones terroristas a aquellas asociaciones ilícitas que los llevan a cabo.

CONCLUSIONES

1.- La jurisprudencia vuelve sus ojos al MLNV, considerado como superestructura, dentro del cual se incluyen asociaciones lícitas e ilícitas, distinguiendo dentro de estas últimas, las terroristas y no terroristas. Y, más aún, dentro de las asociaciones ilícitas terroristas, aquellas que son bandas armadas (ETA) y otras organizaciones terroristas (Jarrai-Haika-Segi).

⁵⁵ Víd. LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 1 número, donde se dispone que “el mantenimiento de la *seguridad pública* se ejercerá por las distintas administraciones públicas y a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”; la L.O. 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su art. 1 atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de “*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*”, esto es, los dos componentes de la seguridad pública

⁵⁶ El art. 17.1 Estatuto vasco señala que “mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución, corresponderá a las instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en este Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo(...)”; Por su parte, el artículo 13.2º letra a) del antiguo Estatuto catalán, señalaba que La Policía Autónoma de la Generalidad ejercerá las siguientes funciones: “a) La protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público”. Corroboración esta interpretación la nueva redacción del Estatuto catalán, que regula la materia en el nuevo artículo 164, titulado “Seguridad pública”, cuando en su apartado 5, establece como primer ámbito de actuación de los Mossos d’Escuadra “la seguridad ciudadana y el orden público”.

2.- No son las organizaciones terroristas las que desarrollan acciones que, por ser obra suya, se transforman en terroristas; sino que son aquellas actuaciones, calificables como terroristas, las que otorgan a una determinada organización su cualidad de terrorista.

3.- Banda armada, organización y grupo terrorista son conceptos similares, pero no idénticos.

4.- El elemento teleológico constituye el fundamento esencial de la configuración de la acción como terrorista: la utilización de la violencia como instrumento político para generar miedo y terror.

5.- La paz pública se identifica con la seguridad pública, en tanto que concepto este último que aglutina tanto al orden público material como a la seguridad ciudadana en su vertiente competencial.