

POSIBLES CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DE LA ENTREGA DEFINITIVA DE LAS ARMAS POR PARTE DE LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA ETA *

POSSIBLE PENAL CONSEQUENCES FROM ETA DISARMAMENT PROCESS

DAVID GALLEGO ARRIBAS**

Resumen: Hace tan solo unos meses, ETA decidió proceder a su completo desarme. Esta decisión, que supone el fin a 60 años de violencia, plantea la cuestión relativa a qué papel debe tener el Derecho penal ante el fin de ETA. A lo largo del presente artículo procederé a analizar los diferentes tipos de delitos de terrorismo y las consecuencias que podrían derivarse del proceso de desarme en relación con un Derecho penal definido por un marcado autoritarismo y la flexibilización de ciertos principios legales.

Palabras clave: ETA, terrorismo, proceso de desarme, flexibilización de principios legales.

Abstract: A few months ago, ETA resolved to disarm itself fully. This decision, which means the end of the violence 60 years after its beginning, raises a question that needs to be answered: what role should criminal law have in the end of ETA? Throughout this article I will proceed to analyze the different types of terrorist offenses and the consequences that could result from the disarmament process in relation to a criminal law defined by its marked authoritarianism and the flexibilization of certain legal principles.

Keywords: ETA, terrorism, disarmament process, flexibilization of legal principles.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; 1. Evolución histórica y contexto actual. Planteamiento de la cuestión; 2. Una cuestión previa: definición de terrorismo; II. ¿DERECHO PENAL DEL (ANTIGUO) ENEMIGO?; 1. Elementos caracterizadores del injusto de los distintos delitos de terrorismo; 2. La reconversión del enemigo. Consecuencias jurídico-penales; III. UNA BREVE

* Fecha de recepción: 3 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

** Doble graduado en Derecho y Administración de Empresas, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Acceso a la Profesión de Abogado, Universidad Autónoma de Madrid. Técnico laboral de investigación en el Área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, dentro del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad: «Indulto y Derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar» Ref. (DER 2013-45562-P). El presente artículo supone una versión del Trabajo de Fin de Máster del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado de la UAM, «Justicia Transicional y ponderación de intereses. Aplicación a contextos de terrorismo. ETA y las FARC». Dicho trabajo fue tutelado por el Profesor Fernando Molina Fernández, a quien expreso mi más sincero agradecimiento por la ayuda prestada. Asimismo, agradezco profundamente las ideas y sugerencias prestadas por los profesores Daniel Rodríguez Horcajo, Leopoldo Puente Rodríguez y Eva Carracedo Carrasco.

REFLEXIÓN: COMPATIBILIDAD CON LOS FINES DE LA PENA; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Evolución histórica y contexto actual. Planteamiento de la cuestión

El 17 de marzo de 2017, la organización terrorista Euskadi Ta Askatasuna (en lo sucesivo, ETA), anunció su intención de proceder al desarme unilateral e incondicional para el día 8 de abril del mismo año, suponiendo uno de los acontecimientos más importantes de la última década en lo que a la lucha contra el terrorismo se refiere. Dicho anuncio puede ser interpretado como un paso más dentro del proceso encaminado a la disolución de la propia organización que habría comenzado el 20 de octubre de 2011 con el anuncio del cese definitivo de su actividad armada.

En este sentido, conviene hacer una breve recapitulación de un conflicto que dura más de cincuenta años y que, más allá de haber marcado profundamente a la propia sociedad española, ha logrado igualmente dejar su huella en un subsistema de Derecho penal instrumentalizado como elemento de lucha con el que hacer frente a los diferentes actos subversivos constitutivos de los delitos de terrorismo.

La organización terrorista ETA encuentra sus orígenes en España, a finales de la década de los 50, durante la dictadura franquista. Su nacimiento dentro de un contexto autoritario, así como el hecho de que sus primeros atentados se dirigieron contra las instituciones franquistas y los simpatizantes del régimen¹, generaron que, en un primer momento, la organización contase con el apoyo de muchos opositores a la dictadura. No obstante, la continuación de la lucha armada tras la finalización de la dictadura provocó que una gran parte de la sociedad española tomase conciencia acerca de la verdadera naturaleza del fenómeno terrorista. Desde el surgimiento de ETA hasta 1975 el número de víctimas fue de 42; desde 1975 hasta 1984 las mismas ascendieron a 391, lo que demuestra que ETA luchó más duramente contra la democracia que contra el franquismo².

Durante la década de los 80 el poderío de la organización alcanzó sus cotas máximas, produciéndose una intensificación de la ofensiva terrorista con el fin de coaccionar al Estado y compelerle a la negociación. Dicha intensificación provocó no solo que en distintas zonas

¹ En este sentido conviene señalar que, si bien el primer asesinato de la organización terrorista fue el del guardia civil José Antonio Pardines Arcay, el mismo se produjo de una manera «espontánea» como consecuencia de un control de tráfico rutinario, no existiendo el elemento de planificación patente en otros actos terroristas como, por ejemplo, el asesinato de Carrero Blanco.

² BERISTAIN IPIÑA, A., «Los terrorismos en el País Vasco y España», *Cuadernos de política criminal*, núm. 28, 1986, p. 343.

del País Vasco la Guardia Civil se encontrase acantonada dentro de sus propios cuarteles, sino incluso la declaración, en varias ocasiones, del Estado de Excepción en el País Vasco³.

A partir de la década de los 90, ETA comienza a debilitarse de manera paulatina como consecuencia de la actuación de las distintas instituciones del Estado, lo que provocó la convocatoria de una serie de treguas por parte de la organización terrorista (muchas de las cuales fueron utilizadas para el rearme y reorganización de la misma), hasta que, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el 20 de octubre de 2011 procedió a anunciar el cese definitivo de su actividad armada.

Durante todos los años de intensa actividad por parte de la banda terrorista, la respuesta del Estado español fue la misma: una fuerte reacción a través de un Derecho especial de marcado autoritarismo, las llamadas leyes antiterroristas. Dichas leyes se encontraban caracterizadas por la restricción y suspensión de derechos fundamentales, el endurecimiento del sistema procesal...⁴

No obstante, el endurecimiento de las leyes penales y procesales no fue la única respuesta dada al fenómeno terrorista. A lo anterior debe unirse la utilización (no oficial) de la violencia contra la citada organización. Tanto en la época franquista, como en la época de la transición española, se crearon grupos parapoliciales como el Batallón Vasco Español (BVE) o los Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), cuyo objetivo era la debilitación de la banda terrorista a través del secuestro, tortura, asesinato, etc. de sus miembros.

Más allá de estos episodios que (supuestamente) contaron con el beneplácito de miembros de altas esferas del Estado, la respuesta estatal a la violencia terrorista se articuló a través del ordenamiento jurídico y la actuación policial, provocando una debilitación gradual de la organización que culminaría con el anuncio de su desarme definitivo e incondicional.

³ BERISTAIN IPIÑA, A., «Los terrorismos en el País Vasco y España», op. cit., p. 343. Así por ejemplo, del 14 de diciembre de 1970 al 5 de febrero de 1971 en Guipúzcoa; del 26 de abril de 1975 al 26 de julio de ese mismo año en Vizcaya y Guipúzcoa... En cualquier caso, difícilmente sería posible calificar dicho fenómeno como conflicto armado interno. El art. 1 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 8 de junio de 1977, define el conflicto armado no internacional como aquel que se desarrolla «en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas». La ausencia de un verdadero control territorial impediría tal calificación, lo que constituiría una diferencia significativa con otro fenómeno igualmente comparable y de actualidad como es el protagonizado por las FARC. Mientras que las FARC evolucionaron de tal forma que llegaron a constituir una organización estatal paralela al Estado colombiano, la lucha armada llevada a cabo por ETA se encontraba asentada en la clandestinidad, en el golpear y huir, lo cual marca la diferencia entre ambos contextos. No obstante, la diferencia entre conflicto armado interno y terrorismo puede verse difuminada como consecuencia de la eliminación del requisito de control de una parte del territorio; en este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (asunto Tadic) y de la Corte Penal Internacional (asunto Lubanga, Bemba y Al Mahdi).

⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, p. 560.

Una vez examinado el contexto actual y los antecedentes en relación con la organización terrorista resulta imperativo plantearse una serie de preguntas: ¿qué papel debe tener el Derecho penal ante el fin de ETA? ¿Se debe continuar aplicando la legislación antiterrorista en su máximo rigor o el abandono de la violencia debería generar alguna consecuencia en el tratamiento jurídico-penal de los miembros de la organización?

Si atendemos a las palabras de Mariano Rajoy, parece que ningún cambio significativo se atisba en el horizonte más cercano, pues como él mismo afirmaba textualmente: «ya saben lo que tienen que saber, no habrá nada a cambio de nada, porque nada puede haber»⁵. Sin embargo, la cuestión no aparece jurídicamente tan nítida como la potencia y sonoridad de la citada frase podrían hacer pensar.

Una cosa es que el Estado español otorgue a la organización terrorista una serie de beneficios con el objetivo de alentar a la misma a su disolución (de tal manera que los mismos aparecerían como una especie de contrapartida dentro de un proceso de negociación previa), y otra muy distinta es que de dicha situación fáctica no se deriven una serie de consecuencias jurídico-penales fuertemente vinculadas al propio injusto de los delitos de terrorismo. El objetivo del presente artículo es analizar dichas consecuencias y las medidas a las que podría haber lugar con base en las mismas.

2. Una cuestión previa: definición de terrorismo

La ausencia de un concepto formal y sustantivo relativo a qué debe entenderse por terrorismo es, sin lugar a dudas, el mayor problema que se puede encontrar en la dogmática jurídico-penal a la hora de poner el foco en las distintas acciones susceptibles de ser calificadas como «violencia terrorista».

Actualmente sigue faltando una definición precisa y concreta, que realmente logre explicar qué debe entenderse por terrorismo. Para Hoffman, la imprecisión del concepto se ve reforzada por los esfuerzos de los medios de comunicación a la hora de transmitir noticias de alta complejidad en un tiempo y espacio limitados, esfuerzos que no hacen sino conceder el calificativo de «terrorista» a una serie de actos violentos, dotando al término de una mayor promiscuidad⁶.

⁵ «Rajoy, a ETA: “No habrá nada a cambio de nada, porque nada puede haber”», *El Huffington Post*, 18 de marzo de 2017. Disponible en <http://www.huffingtonpost.es/2017/03/18/rajoy-a-eta-no-habra-nada-a-cambio-de-nada-porque-nada-puede_a_21902231/> [Consultado el 3/4/17].

⁶ HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, 1ª ed., Nueva York (Columbia University Press), 2006, p. 1. En el mismo sentido se pronuncia Torres Vásquez al afirmar que «una cosa es el terrorismo desde la particularidad de lo jurídico-penal y otra cosa es el terrorismo y la noción cotidiana del mismo». Vid. TORRES VÁSQUEZ, H., «El terrorismo de Estado como delito de lesa humanidad», *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, núm. 41, 2014, p. 121.

Uno de los factores por los que es tan difícil dotar de un sentido unívoco al concepto de terrorismo deriva de la existencia de una situación marcada por la presencia de una «organización rebelde» que no entiende legítima la estructura del Estado contra el que se levanta. De esta manera «lo que es terrorismo para algunos, es heroísmo para otros»⁷.

Se trata por tanto de una cuestión que entrelaza con el polémico *ius ad bellum* de los pueblos (concebidos como entidades distintas al Estado), entendiendo este como una última opción a la que recurrir por parte de los pueblos con el fin de proteger sus derechos y su autodeterminación frente a un régimen opresor⁸. En este sentido, la insuficiencia para proveer soluciones pacíficas de resolución de conflictos, que en ocasiones muestran los distintos convenios y tratados internacionales, no dejaría otra opción que el recurso a la violencia debido a la asimetría de poder existente⁹.

Por lo tanto, la finalidad de este apartado es analizar las diferentes nociones que actualmente se manejan en relación con el concepto de terrorismo.

Tal y como precisa Cancio Meliá, el análisis debe quedar limitado a aquellos regímenes constitucionales que pueden ser calificados como Estados de Derecho, pues cualquier sistema de gobierno autoritario calificará como «terrorismo» cualquier conducta de legítima disidencia política¹⁰.

A nivel internacional, la Resolución 49/60, de 9 de diciembre de 1994, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 49º periodo de sesiones (doc. ONU A/RES/49/60) otorga una primera aproximación convencional al concepto. La citada resolución califica como terrorismo «aquellos actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general»¹¹. Si bien dicha definición dista de otorgar un concepto claro y preciso acerca de lo que debe entenderse por terrorismo, sí que permite vislumbrar una serie de características del mismo.

Otra definición convencional acerca de qué debe entenderse por terrorismo la podemos encontrar en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo,

⁷ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, 2004, p. 299. Quizás uno de los mayores exponentes de organización rebelde que nunca entendió como legítimo el poder contra el que se levantaba, lo podemos encontrar en el caso relativo al Irish Republican Army (IRA), que en ningún momento llegó a reconocer la soberanía del Reino Unido sobre Irlanda del Norte, reivindicando su pertenencia a la República de Irlanda.

⁸ MACULAN, E., «Justicia Transicional y Terrorismo. Especial referencia al caso colombiano», Ponencia realizada en el Seminario Permanente de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, 9 de junio de 2015, p. 16.

⁹ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», op. cit., p. 300.

¹⁰ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, A. (dir.), *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Madrid (Tecnos), 2016, p. 47.

¹¹ Esta misma definición ha sido reiterada por la ONU en numerosas ocasiones, así por ejemplo: Resolución 57/27 de 15 de enero de 2003, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 57º periodo de sesiones (doc. ONU. A/RES/57/27); Resolución 63/129 de 11 de diciembre de 2008, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 63º periodo de sesiones (doc. ONU. A/RES/63/129).

el cual en su art. 2 apartado 1, letra b, recoge una definición residual de terrorismo aplicable a aquellos actos no comprendidos dentro de la enumeración del art. 1, entendiendo por tal: «cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo»¹².

Como se puede observar, se trata de definiciones caracterizadas por una gran amplitud y abstracción en los conceptos utilizados.

Si se lleva a cabo un análisis a nivel nacional, resulta posible observar que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2015, el Código Penal español hace uso de una noción finalista en relación con el concepto de terrorismo. De esta manera, el art. 573.1 de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, considera delito de terrorismo la comisión de una serie de delitos en él enumerados, siempre y cuando se lleven a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

- «1ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2ª Alterar gravemente la paz pública.
- 3ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- 4ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».

La definición dada, si bien comparte elementos comunes con la reiterada en numerosas ocasiones por la ONU, excede notablemente a la misma. En este sentido, Cancio Meliá ha sido una de las personas que más duramente se ha pronunciado en contra de tan extensiva definición, distinguiendo entre lo que él denomina como «concepto nuclear de terrorismo» y lo que no cabe más que calificar como «concepto (legal-formal) extensivo de terrorismo», correspondiéndose este último con la definición dada por el Código Penal español¹³. Para el citado autor, el fenómeno del terrorismo incorpora siempre conjuntamente las circunstancias 1ª, 2ª y 4ª del art. 573.1 del Código Penal, pues solo la unión de ambos conceptos da lugar al concepto nuclear de terrorismo, entendiendo por tal el fenómeno promovido por la actuación de un único individuo, u organizaciones de

¹² Art. 2.1.b) del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999.

¹³ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., p. 61.

cualquier índole que, utilizando medios de intimidación masiva, tienen como finalidad subvertir el orden constitucional¹⁴.

La definición formulada se caracteriza por su construcción a partir de una serie de elementos comunes que la misma comparte no solo con la dada en reiteradas ocasiones por la ONU, sino con aquellas otras dadas por importantes sectores de la doctrina.

Como se puso de manifiesto al inicio de este apartado, la violencia empleada por las organizaciones terroristas no constituye sino un medio con el que lograr el fin de sus reivindicaciones, por lo que es posible realizar una conexión entre los actos terroristas y los fines políticos de los que se benefician¹⁵. En este sentido se pronuncia Llobet Anglí, quien considera que el elemento diferenciador entre terrorismo y el resto de delincuencia violenta (como por ejemplo grupos mafiosos o bandas juveniles), se encuentra en que, en último término, los delitos de naturaleza terrorista buscan coaccionar a los gobiernos democráticos para que sucumban a sus peticiones¹⁶.

Asimismo, el elemento intimidación como una noción clave en el concepto de terrorismo fue anteriormente puesto de manifiesto por Bassiouni, para quien la aleatoriedad (entendida como indiscriminación) inherente a los actos cometidos por las organizaciones terroristas, aumenta la sensación y la percepción del riesgo, creando un impacto psicológico consecuencia de la sensación de vulnerabilidad de las personas¹⁷.

Una vez establecida la definición que considero más precisa en lo que a concepto nuclear de terrorismo se refiere, proceder  a analizar su encaje dentro del llamado «Derecho penal del enemigo», así como las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del mismo¹⁸.

¹⁴ CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., pp. 51-61.

¹⁵ MACULAN, E., «Justicia Transicional y Terrorismo. Especial referencia al caso colombiano», op. cit., p. 18. Destacar que Maculan no habla de fin político, sino de «delito político» del que se benefician. En este sentido, me ha parecido más apropiado utilizar el término «fin», ya que no todo acto terrorista es constitutivo de «delito político». Un ejemplo que corroborar  dicha afirmación puede encontrarse en el art. 4.1  de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, que establece que no se proceder  a la extradición en el caso de delitos de carácter político, «no considerándose como tales los actos de terrorismo». En la misma dirección se pronuncia el art. 13.3 de la Constitución Española cuando afirma que «la extradición solo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

¹⁶ LLOBET ANGLI, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid (La Ley: Grupo Wolters Kluwer), 2010, p. 57.

¹⁷ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», op. cit., p. 302. En el mismo sentido se pronuncia Fakhouri Gómez al afirmar que el rasgo determinante del terrorismo no es tanto el miedo producido, como el hecho de que ese terror se expanda a la sociedad afectando a un amplio número de personas que no se identifican con las víctimas directas. Vid. FAKHOURI GÓMEZ, Y., * Qu  es el terrorismo? Un intento de ponerle la sábana al fantasma*, Bogotá (Ibañez editores y Uniandes), 2014, p. 85.

¹⁸ Vid. FAKHOURI GÓMEZ, Y., * Qu  es el terrorismo? Un intento de ponerle la sábana al fantasma*, op. cit. pp. 183 y ss. para una aproximación de *lege ferenda* a un concepto de terrorismo que pudiera incluir la lucha partisana, a los civiles implicados activamente en un conflicto armado, o incluso a los propios Estados.

II. ¿DERECHO PENAL DEL (ANTIGUO) ENEMIGO?

El Derecho penal del enemigo es un concepto doctrinal y político-criminal caracterizado por hacer referencia a un subconjunto de normas jurídico-penales, cuyo objetivo principal es la neutralización de una serie de sujetos especialmente peligrosos. Dichos sujetos o «enemigos», se encontrarían determinados por haberse apartado de modo duradero y de manera decidida del Derecho, no prestando la garantía cognitiva mínima que resultaría necesaria para su tratamiento como persona¹⁹.

Asimismo, tres serían los elementos que aparecerían como rasgos definitorios de este Derecho penal del enemigo, a saber: un adelantamiento de la punibilidad que tomaría como punto de referencia el hecho futuro en lugar del hecho cometido; la existencia de una alta desproporcionalidad en las penas, no teniendo en cuenta el adelantamiento de la barrera de la punición; y, por último, la relativización o supresión de ciertas garantías procesales²⁰.

Una vez precisado y delimitado el concepto, así como los elementos caracterizadores del mismo, resulta necesario cuestionarse hasta qué punto los elementos caracterizadores del Derecho penal del enemigo han impregnado el Derecho penal del terrorismo. Con el fin de resolver dicha cuestión, procederé a examinar el injusto de los diferentes delitos de terrorismo recogidos en nuestro Código Penal.

1. Elementos caracterizadores del injusto de los distintos delitos de terrorismo

A la hora de analizar los distintos delitos de terrorismo, se observan una serie de características intrínsecas que otorgan a los mismos una clara diferenciación respecto de otro tipo de delitos recogidos en el Código Penal español.

Como brillantemente expone Llobet Anglí, el terrorismo contendría un plus de desvalor respecto a la delincuencia común, y es que cada acto concreto perpetrado por la organización contribuiría a la creación de una situación de alarma idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales²¹. Ese especial desvalor de los delitos de terrorismo, unido al peligro procedente de la «lucha» o «cruzada» que los diferentes miembros de la organización mantienen de manera sostenida contra la sociedad

¹⁹ JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, (Civitas), 2006, p. 40. En sentido similar Aller, quien define al enemigo como aquellas personas que por su habitualidad, persistencia, rechazo al sistema institucional... se consideran apartados de su rol de ciudadano. Vid. ALLER, G., «El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Madrid (Edisofer-B de F), 2006, p. 80.

²⁰ CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo:  “Derecho penal” del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, (Civitas), 2006, pp. 111-112.

²¹ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, op. cit., p. 56.

y sus instituciones, constituirían los elementos diferenciadores del injusto de los delitos de terrorismo respecto del injusto subyacente a otro tipo de delitos²².

No obstante, no solo resulta posible realizar una diferenciación entre el injusto de los delitos de terrorismo y el resto de delitos comunes, sino que igualmente es posible apreciar, dentro de los distintos delitos de terrorismo, la diferencia puesta de manifiesto por Cancio Meliá entre delitos comunes agravados y delitos de organización específicos²³. De esta manera, la primera de las categorías haría referencia a aquellas infracciones recogidas a lo largo de nuestro Código Penal y que se ven agravadas debido al vínculo de su autor con la organización terrorista (por ejemplo, el delito de homicidio, secuestro...).

Por otro lado, en la segunda categoría se incluirían aquellos tipos penales en los que no puede hablarse de una lesión concreta a un bien jurídico individual. Un ejemplo de los tipos delictivos abarcados por esta última categoría serían los recogidos en los artículos 572.2 y 575 del Código Penal (que tipifican, respectivamente, los delitos de pertenencia a organización terrorista²⁴ y autoadoctrinamiento²⁵).

Esta diferenciación resulta capital, pues mientras los delitos comunes agravados se encontrarían cimentados sobre un doble injusto²⁶, en el caso de los delitos de organización específicos, al tratarse de conductas distantes respecto de la efectiva lesión y puesta en peligro concreto de un bien jurídico individual²⁷, su tipificación y punición únicamente se encontraría justificada bien debido al peligro abstracto derivado de la existencia de la orga-

²² En este sentido se pronuncia Cancio Meliá, cuando afirma que una de las posibles causas que explicaría la diferencia entre el injusto del delito de terrorismo y el injusto de otros delitos con los que comparte elementos comunes, sería la existencia de un especial plus de lesividad en sentido futuro debido al especial riesgo que emana de la existencia de la organización, y a la pretensión de seguir desafiando al Estado subvirtiendo el orden constitucional. Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., p. 65.

²³ Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., pp. 56-65, en las que desarrolla la diferenciación entre ambas categorías conceptuales.

²⁴ Art 572.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años».

²⁵ Art 575.1 y 2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior».

²⁶ Por un lado, el injusto inherente al delito común, por otro, un plus de lesividad constituido por la amenaza latente, por parte de la organización terrorista, de continuación en el uso de la violencia.

²⁷ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, op. cit., p. 246.

nización (lo que provocaría el adelantamiento de la barrera jurídico-penal), o bien debido a la vulneración del orden público o la «paz jurídica» como bienes jurídico-colectivos²⁸. En cualquier caso, lo que parece subyacer a la tipificación de este tipo de delitos, es la existencia de una violencia actual o latente que lesionaría o amenazaría con lesionar a una serie de bienes jurídicos de diversa índole.

De esta manera, el uso de la violencia jugaría un papel capital en los diferentes delitos de terrorismo, ya que como afirma De La Cuesta Arzamendi, lo que la sociedad rechaza del terrorismo no son las ideas de la organización en sí, sino el uso de la violencia con el fin de imponer las mismas a los demás, es decir, al terrorista no se le exige que renuncie a sus ideas, se le exige que renuncie al uso de la violencia para imponerlas²⁹. Sobre las consecuencias derivadas de esa renuncia incondicionada al uso de la violencia me pronunciaré en el próximo apartado.

2. La reconversión del enemigo. Consecuencias jurídico-penales

La existencia de los rasgos característicos del Derecho penal del enemigo en el tratamiento jurídico-penal dado a la persona del terrorista se hace patente a lo largo de las diferentes leyes penales presentes en el ordenamiento jurídico español. La importante flexibilización de garantías procesales³⁰, así como un más que significativo adelantamiento de las barreras de punición en algunos de los diferentes tipos penales³¹, son algunas de las muestras más importantes en relación a cómo la legislación española ha quedado impregnada por la necesidad de neutralización del terrorista como sujeto especialmente peligroso para la sociedad.

La existencia de un contexto en el que la persona del terrorista rechaza de pleno las instituciones del Estado contra el que se levanta, siendo incapaz de prestar un mínimo aseguramiento cognitivo en relación a su conducta futura, justificaría dicho tratamiento. No obstante, es posible que dicho contexto no permanezca inmutable en el tiempo. De esta

²⁸ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 1ª ed., Madrid (Reus), 2010, p. 97.

²⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», op. cit., p. 598.

³⁰ Especialmente significativo resulta el art. 55 de la Constitución Española, mediante el cual se permite la prolongación del tiempo máximo de detención para personas determinadas investigadas por delitos de terrorismo; también resulta clarificador el art. 51.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que autoriza la intervención de las comunicaciones entre el interno y su abogado defensor, por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

³¹ A mayor abundamiento, tal y como pone de manifiesto Llobet AnglÍ, dicho adelanto no se ha visto acompañado de una rebaja en la pena prevista para dicho tipo de delitos, siendo especialmente significativo que determinados tipos penales (como por ejemplo los delitos de pertenencia y colaboración) «tengan prevista más pena que la ejecución de los delitos-medio de la organización». Vid. LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, op. cit., pp. 248-249.

manera, el desarme unilateral e incondicional por parte de la organización terrorista ETA supondría, *prima facie*, no solo una inequívoca voluntad de renunciar de manera definitiva al uso de la violencia³², sino también la prestación de una garantía cognitiva mínima de comportamiento que como enemigo era incapaz de garantizar³³.

La mencionada evolución o modificación de las condiciones fácticas resulta de especial relevancia en un ámbito en el que se produce una sustitución de la perspectiva del hecho por la perspectiva del sujeto como fuente de peligro a la hora de fundamentar la intervención penal³⁴. Parece razonable sostener, tal y como afirma Cancio Meliá, que el «enemigo» carece de la capacidad de decidir acerca de su inclusión o exclusión respecto de la sociedad³⁵. No obstante, tampoco sería posible mantener de modo ilimitado una expectativa meramente contrafáctica del (ex) terrorista como enemigo público³⁶, pues ya no existiría un déficit de seguridad cognitiva que compensar³⁷.

La concepción de un sujeto (en este caso el terrorista) como «enemigo», supone un tratamiento excepcional del mismo con base en determinadas circunstancias relativas a su persona, lo que supone abandonar la esfera del Derecho penal del hecho para adentrarse en la relativa al Derecho penal de autor³⁸. Sin embargo, las reglas sustantivas y procesales

³² Este cese definitivo de la violencia por parte de la organización terrorista debe entenderse en el sentido expresado por Cancio Meliá, es decir, como la desaparición definitiva de la actividad armada o violenta que emana de la citada organización, no existiendo organizaciones próximas que continúen desempeñando una lucha activa. Vid. CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., p. 45.

³³ En relación con ello, algunos autores como Aller han manifestado que el enemigo pierde su carácter de persona para serlo solo potencialmente. Vid. ALLER, G., «El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto», op. cit., p. 93. Desde mi punto de vista, la afirmación relativa a dicha potencialidad no hace sino plasmar la posibilidad de reconversión de aquella persona que inicialmente aparecería caracterizada como enemigo, pero que posteriormente dejaría de formar parte de dicha concepción fáctica.

³⁴ ASÚA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, op. cit., p. 240.

³⁵ CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», op. cit., p. 133. Se trata de una respuesta dada a la afirmación realizada por Jakobs, quien considera que la exclusión del terrorista de la sociedad es autoexclusión. Vid. JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en Derecho?», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 80.

³⁶ Hago aquí uso del concepto de enemigo desarrollado por Cornacchia, quien caracteriza a dicho sujeto como «enemigo de las instituciones, de la sociedad, del Estado, y que se coloca en una línea de ruptura del pacto social». Vid. CORNACCHIA, L., «La moderna *hostis iudicatio*. Entre norma y Estado de excepción», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, op. cit., p. 416.

³⁷ En esta línea, Jakobs afirma que el modelo penal aplicado a todo terrorista trata de compensar un déficit ya existente de seguridad cognitiva. Vid. JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en Derecho?», op. cit., p. 70.

³⁸ En defensa de esta posición, CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», op. cit., pp. 138-139. En un sentido similar se pronuncia Gómez Martín al afirmar que si bien nadie cuestiona que nuestro Derecho penal deba consistir en un Derecho penal que prohíba conductas y no «formas de ser» o «formas de pensar», el Estado no siempre respeta ese límite a la intervención penal que supone la responsabilidad

flexibilizadas como consecuencia de dicho tratamiento excepcional, no deberían entenderse como eliminadas. De esta manera, las mismas deberían recuperar una aplicación total en el momento en el que cesen los presupuestos que justifican el trato excepcional dado a dicho sujeto³⁹.

Una vez sentado todo lo anterior, se deben analizar las consecuencias concretas de la entrega definitiva e incondicionada de las armas por parte de ETA, teniendo en cuenta, como expresa Llobet Anglí, que en los distintos delitos de terrorismo se estaría produciendo una sustituci3n del principio de responsabilidad por el hecho por un Derecho penal de autor enfocado al terrorista como fuente de peligro de futuros hechos delictivos⁴⁰.

El análisis de las consecuencias debe partir de una clara diferenciaci3n en funci3n de los distintos tipos de delitos de terrorismo:

- a. En el caso de los denominados «delitos comunes agravados», la renuncia incondicionada al uso de la violencia haría desaparecer ese plus de lesividad consistente en la amenaza futura sobre la poblaci3n. De esta manera, únicamente subsistiría una parte del injusto, la subyacente al delito común que se ha visto agravado por haberse cometido en un contexto de violencia terrorista⁴¹. Como consecuencia de lo anterior, no existirían motivos objetivos que justificasen un tratamiento penitenciario diferenciado en relaci3n a aquellos presos condenados por el citado tipo de delitos, respecto al tratamiento otorgado a los denominados «presos comunes», de manera que sería deseable proceder a la equiparaci3n de ambos⁴².

por el hecho, constituyendo un ejemplo importante el relativo al Derecho penal del enemigo. Vid. G3MEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pp. 328-329.

³⁹ Sobre esta concepci3n del Derecho penal del enemigo vinculada al Estado de excepci3n se pronuncia Cornacchia quien de igual modo pone de manifiesto los caracteres de indeterminaci3n temporal (o incluso definitiva) de la legislaci3n antiterrorista, pasando de ser una medida provisional y extraordinaria, a un modelo normal de política criminal. Vid. CORNACCHIA, L., «La moderna *hostis iudicatio*. Entre norma y Estado de excepci3n», op. cit., pp. 423-431. Es necesario destacar que la concepci3n del Derecho penal del enemigo como un Derecho de excepci3n no es una cuesti3n pacífica dentro de la doctrina penalista, no obstante, incluso si asumiendo la postura defendida por Cancio Meli a relativa a que lo especial de los fen3menos (incluido el terrorismo) frente a los cuales el Derecho penal del enemigo responde, se encuentra no en un riesgo fáctico extraordinario, sino en el especial riesgo en sentido simb3lico derivado de la afectaci3n a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la sociedad en cuesti3n, la respuesta pasaría por la manifestaci3n de la normalidad y negaci3n de la excepcionalidad aplicando los criterios normales de imputaci3n y proporcionalidad, pues solo así se niega al infractor la capacidad de cuestionar dichos elementos esenciales. Vid. CANCIO MELI A, M., «De nuevo:   “Derecho penal” del enemigo?», op. cit., pp. 130-133.

⁴⁰ LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punici3n en un Estado democrático*, op. cit., pp. 223-224.

⁴¹ CANCIO MELI A, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», op. cit., p. 65.

⁴² A favor de esta idea se pronuncia De La Cuesta Arzamendi, para quien la declaraci3n pública de renuncia a la violencia y el compromiso de integraci3n en la convivencia democrática, justificaría un avance en el grado de tratamiento penitenciario. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuaci3n, remisi3n de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», op. cit., p. 598.

- b. Mayores consecuencias podrían derivarse en relación con aquellos delitos de organización específicos. En dicho tipo de delitos, no puede hablarse de la existencia de una lesión concreta de un bien jurídico individual, sino que o bien se estaría produciendo un adelantamiento de la barrera jurídico-penal, o bien se estaría protegiendo el orden público o la «paz jurídica» como bienes colectivos⁴³. En cualquier caso, lo que parece subyacer a la tipificación de este tipo de delitos es la existencia de una violencia actual o latente que amenazaría a una serie de bienes jurídicos de diversa índole. No obstante, como acertadamente esboza Asúa Batarrita, la referencia a la paz pública, el orden público, o el orden constitucional como bienes jurídicos protegidos debe entenderse conectada a los delitos-fin de la propia organización, de tal modo que dicha referencia a la paz pública resultaría indeterminada si no se conecta a una amenaza creíble de que los mismos puedan realizarse⁴⁴. Una vez desaparecida la organización terrorista ETA, resultaría razonable sostener que la amenaza de comisión de los delitos-fin de la asociación terrorista debe entenderse evaporada. De esta manera, la referencia al orden público como bien jurídico protegido en este tipo de delitos quedaría como indeterminada y el injusto que fundamenta la tipificación y castigo de este tipo de delitos quedaría debilitado.

En consecuencia, cabría plantearse una posible revisión de las condenas impuestas a los presos condenados exclusivamente por este tipo de delitos. Como se puso de manifiesto anteriormente, se trata de un ámbito en el que el principio de proporcionalidad de las penas queda flexibilizado⁴⁵ en aras de la peligrosidad futura del terrorista, a quien se le supone que seguirá siendo terrorista. Sin embargo, en el momento en el que dicha peligrosidad desaparece, resultaría necesario una adecuación de la pena a los principios que rigen su imposición.

En este sentido, el recurso a la figura del indulto parcial permitiría cumplir con dicho principio de proporcionalidad. Dicho cumplimiento se lograría mediante una rebaja de la pena que situase la condena total a cumplir en unos límites cercanos a los que permitirían acceder a la suspensión de la misma. Se trataría de indultos condicionados al respeto de la legalidad y a la corroboración de la autenticidad del abandono definitivo de la actividad armada, pues de no ser así seguirían vigentes los presupuestos que actuarían como justificantes de la flexibilización del principio de proporcionalidad. De esta manera, el indulto permitiría realizar una aplicación analógica del principio de aplicación de la ley penal más favorable. La principal diferencia radicaría en que dicha aplicación encontraría su fundamento no en la modificación de la norma penal, sino en la modificación fáctica sustancial del injusto que sirve como sustento de la misma.

⁴³ CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, op. cit., p. 97.

⁴⁴ ASÚA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», op. cit., pp. 264-265.

⁴⁵ Un claro ejemplo de esta flexibilización lo supone la imposición de penas de prisión de seis a doce años por la mera pertenencia a la organización terrorista.

Es importante destacar que no sería la primera vez que se recurre a esta figura en relación con los delitos de terrorismo. En los años 80, durante el gobierno de Felipe González, se llegaron a firmar hasta 44 indultos a miembros de la disuelta ETA político-militar. Dichos indultos fueron firmados bajo los presupuestos de «convicción sobre que el cese de la actividad violenta de los indultados es definitiva, que respetarán en el futuro la legalidad y que la concesión de la gracia redundará en beneficio de la pacificación del País Vasco y España», contaron con el informe favorable de la Audiencia Nacional y lograron la reinserción social de sus beneficiarios⁴⁶.

III. UNA BREVE REFLEXIÓN: COMPATIBILIDAD CON LOS FINES DE LA PENA

Una vez expuestas las consecuencias jurídico-penales que podrían derivarse del abandono definitivo de la violencia por parte de la organización terrorista ETA (reflejado en la entrega unilateral e incondicional de las armas), resulta necesario hacer un breve análisis sobre la compatibilidad entre los distintos fines de la pena y las medidas propuestas.

En primer lugar, desde una perspectiva preventivo-especial de la pena, entendida como medio de actuación sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito⁴⁷, del cese definitivo de la actividad armada y desaparición de la propia organización terrorista se deriva la cuestión relativa a si podría hablarse de reincidencia en lo relativo a la pertenencia o colaboración con una banda armada que ya no existe.

Concretamente, resulta posible subsumir al terrorista dentro de los denominados «delincuentes por convicción». El principal rasgo definitorio de este tipo de sujetos se encontraría en la existencia de una conducta impulsada «por la convicción de que debe cometerse el delito de acuerdo con un orden normativo al que se valora más altamente que al Derecho estatal vigente»⁴⁸.

El carácter político inherente a este tipo de delitos⁴⁹ puede hacer razonable pensar que las motivaciones que llevaron al autor a cometer los actos por los cuales se encuentra cumpliendo condena desaparecerían una vez la propia organización de manera mayoritaria

⁴⁶ «El primer retiro masivo de etarras», *El País*, 30 de septiembre de 2012. Disponible en <http://politica.elpais.com/politica/2012/09/28/actualidad/1348859835_831476.html> [Consultado el 3/4/17].

⁴⁷ ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», Discurso leído en la apertura del curso académico 1944 a 1945, por el Dr. D. José Antón y Oneca, catedrático de Derecho penal, *Memoria del curso académico 1943-44*, Salamanca (Imprenta Cervantes), 1944, p. 7. Dicho en otras palabras, se trataría de la pretensión de evitar que el condenado vuelva a delinquir en un futuro. Vid. MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 71, 2013, p. 148.

⁴⁸ TAMARIT SUMALA, J., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona (Promociones y Publicaciones Universitarias), 1989, p. 340.

⁴⁹ BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», op. cit., p. 299.

decide aceptar la legitimidad del Estado contra el que se levanta. De esta manera, el propio autor (ante la perspectiva de los escasos resultados conseguidos mediante el uso de la violencia) asumiría la necesidad de no repetición de su conducta, buscando la consecución de sus objetivos a través de los diferentes cauces institucionales. Asimismo, el condicionamiento del indulto a la existencia de una serie de pautas en el comportamiento posterior de los beneficiarios, actuaría como elemento con el que evitar una posible reincidencia.

Mayores dudas puede sugerir, en términos preventivo-generales, la concesión de indultos parciales que conlleven importantes atenuaciones de la pena a aquellos presos condenados exclusivamente por delitos de organización. No obstante, considero que incluso desde dicha perspectiva su concesión sería admisible.

Un posible indulto en relación a los citados presos actuaría de manera neutra respecto a la prevención general, puesto que únicamente las teorías preventivo-especiales y retributivas examinan el fin de la pena desde la perspectiva subjetiva del delito. Atendiendo a las palabras de Antón Oneca, la prevención general no es sino la advertencia a todos para que dejen de delinquir⁵⁰, es decir, las teorías preventivo-generales explican el fin de la pena desde la perspectiva de la sociedad en general y no desde la relativa al concreto sujeto activo del delito. En este sentido, un indulto concedido en virtud de las circunstancias individuales del reo (o, como en el supuesto del presente artículo, de una serie de reos en condiciones esencialmente idénticas), resultaría neutral respecto de dichos fines preventivo-generales.

Así, desde la perspectiva de la prevención general positiva⁵¹, la tipificación de los distintos delitos de organización no desaparece, siguen existiendo, al igual que la pena asociada a los mismos. De esta manera, no solo seguiría produciéndose una reafirmación del derecho y de los valores protegidos, sino que desde el punto de vista de la prevención general negativa⁵² esa intimidación continuaría presente, pues una cosa es optar por la concesión de indultos en relación a una serie de miembros de una organización inexistente, y otra bien distinta es la excarcelación de todo preso condenado por pertenencia a una organización terrorista (aun manteniéndose la actividad de la misma).

Existen varias críticas que podrían argüirse en contra de mi posición. En primer lugar, tal y como señala Antón Oneca, existen otros muchos casos en los que se evidencia una elevadísima probabilidad de que el culpable no vuelva a delinquir y sin embargo se castiga. Tales serían los delitos en cuya producción interviene un poderoso estímulo exterior, que se manifiesta de manera fugaz en el sujeto, y que seguramente no se volverá a repetir (homici-

⁵⁰ ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, op. cit., p. 6.

⁵¹ Desde esta perspectiva, la pena se entiende como una suerte de afirmación del derecho, de reafirmación, en la conciencia social, de la norma vulnerada con el delito. Vid. MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», op. cit., p. 152.

⁵² La prevención general negativa entiende la pena como una medida de coacción psicológica, como una amenaza para evitar la comisión de nuevos delitos por parte de miembros de la sociedad. Vid. MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», op. cit., p. 151.

dio por celos, lesiones en estado de embriaguez no habitual...), pero que acaban generando la imposición de la pena no como medio preventivo especial, sino desde un punto de vista general, ya que la contemplación de la impunidad animaría a la imitación⁵³. No obstante, no considero que los supuestos sean equivalentes, pues a diferencia de los ejemplos esbozados por Antón Oneca en los que las circunstancias que afectan al sujeto se caracterizan por afectar parcialmente al desvalor de la acción que acaba produciendo el injusto de asesinato, lesiones... que aún persiste, en el caso de los delitos de organización la concesión de un indulto se justificaría no en el desvalor de la acción, sino en la desaparición de ese injusto que constituye la amenaza del uso de la violencia contra la sociedad democrática.

Por otro lado, varios autores han defendido que, desde el punto de vista de la prevención general, la amenaza de pena sin la posterior ejecución (y el indulto no sería nada distinto a eso –como poco, sería una inejecución parcial–) no tendría idénticos efectos a los de una amenaza seguida de ejecución. Esta idea se aprecia fundamentalmente en las tesis de Günter Jakobs. Para el citado autor, la infracción normativa por medio de la conducta supone la desautorización de la norma, desautorización que ha de ser necesariamente replicada mediante la imposición de un mal en toda su extensión, la pena⁵⁴. Desde la perspectiva de Jakobs, el mal que supone la pena ha de ser imperativamente materializado pues el hecho delictivo no solo ha quedado plasmado en un plano simbólico, sino también en el mundo exterior, por lo que una mera declaración simbólica sería insuficiente en relación con la negación producida⁵⁵.

A pesar de la aparente incompatibilidad, considero que la solución aquí defendida puede resultar admisible dentro del esquema propuesto por Jakobs. Si bien la formulación general de su teoría parte de la necesidad de imposición de la pena, al mismo tiempo reconoce la existencia de una serie de equivalentes funcionales que harían innecesario el recurso a dicho mal.

La existencia de una desaprobación pública, unida a la amenaza de intensificar tal desaprobación a costa del autor, resulta una solución excepcionalmente admisible para

⁵³ ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, op. cit., p. 101.

⁵⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (Trad. por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.), 2ª ed., Madrid, (Marcial Pons), 1997, pp. 12-13.

⁵⁵ JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena* (Trad. por CANCIO MELIÁ, M.), Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 1998, p. 25. Esta teoría jakobsiana ha sido criticada por Feijoo Sánchez, quien considera que el otorgar un papel preponderante a la prevención general positiva puede acabar generando «que la pena ya no sea proporcional a la lesividad social o gravedad del hecho, sino a lo necesario para producir fidelidad normativa». Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de Günter Jakobs», en CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günter Jakobs en la UAM*, 1ª ed., Navarra, (Civitas), pp. 148-149.

Jakobs⁵⁶. La determinación de la pena con base en un Derecho penal de autor, manteniendo una expectativa contrafáctica del mismo, justificaría el recurso excepcional a dicho equivalente funcional.

Asimismo, considero que el abandono de la actividad armada podría ser interpretado como una reafirmación tácita (ante la sociedad en general) de la vigencia de la norma por parte de la organización terrorista. Como consecuencia de ello, se generaría un mensaje de desaliento entre aquellos que pretendiesen la imposición de sus ideas mediante el uso de la violencia.

Por último, resulta imperativo hacer referencia a Silva Sánchez, quien sugiere que una vez deja de ser preciso el tratamiento resocializador (por haber quedado excluido el riesgo de reincidencia), la inejecución de la pena privativa libertad no pugnaría en contra de las exigencias de la prevención general negativa, pues una vez conocida por la opinión pública la condena y estabilizada de este modo la norma, se mantendrían vigentes tanto la norma de conducta, como la norma de sanción, de tal manera que el potencial infractor no podría contar con su inejecución⁵⁷.

En consecuencia, las únicas teorías que realmente se opondrían a la tesis planteada serían aquellas teorías absolutas, en las que la imposición de la pena obedece exclusivamente a la violación de la norma como imperativo categórico que ha sido transgredido⁵⁸.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo he tratado de analizar las consecuencias jurídico-penales que podrían derivarse de la entrega unilateral e incondicional de las armas por parte de ETA. La existencia de una legislación antiterrorista marcada por la flexibilización de los principios de responsabilidad por el hecho y proporcionalidad de las penas, así como por la supresión de ciertas garantías procesales, parece poner de manifiesto la presencia de una serie de características propias del denominado «Derecho penal del enemigo». El objetivo que se persigue con dicha regulación sería la neutralización del sujeto terrorista, creando una (ilusoria) sensación pública de seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico⁵⁹.

Más allá del posible componente simbólico subyacente, lo que parece justificar la agravación de las penas en algunos casos, así como el adelantamiento (sin respeto alguno al principio de proporcionalidad de las penas) de la barrera punitiva en otros, es el carácter

⁵⁶ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, op. cit. p. 16. En relación con dicha afirmación, Jakobs no se refiere al indulto, sino a la condena condicional.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Prevención del delito y reducción de la violencia», *Ita Ius Esto*, núm. 2, 2011, p. 37.

⁵⁸ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*. (Trad. y notas de CORTINA ORTS, A. y CONILL SANCHO, J.), 4ª ed., Madrid (Tecnos), 2005, pp. 166-167.

⁵⁹ ALLER, G., «El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto», op. cit., pp. 86-87.

especialmente peligroso del sujeto identificado como enemigo. En los delitos de terrorismo dicha peligrosidad se concretaría en la persistente amenaza del uso de la violencia indiscriminada contra la población, derivada de la existencia de la propia organización terrorista.

No obstante, sería erróneo considerar que la caracterización de un sujeto como enemigo es inmutable en el tiempo. A lo largo de la historia se pueden encontrar numerosos ejemplos de «enemigos reconvertidos», siendo quizás el más notorio el relativo a Nelson Mandela, quien tras ser encarcelado por la comisión de una serie de delitos de terrorismo durante el periodo del apartheid en Sudáfrica, fue posteriormente puesto en libertad y elegido Presidente del país.

Por lo tanto, una vez desaparece esa sombra del uso de la violencia que perpetuamente se cernía sobre la sociedad española, quizás el enemigo ya no sea tal. El mantenimiento de una posición caracterizada por la estanqueidad en el trato a otorgar a los miembros de ETA supondría mantener una expectativa contrafáctica de los mismos. Asimismo, podría dar lugar a un problema de antinomia puesto de manifiesto hace años por Luzón Peña, las denominadas «penas demasiado largas»⁶⁰. Este tipo de penas se encontrarían orientadas por consideraciones retributivas e intimidatorias, no comprendiendo que tal dureza y rigidez no resultan necesarias ni por la prevención general, ni los problemas que las mismas causan en el momento de su ejecución desde el punto de vista de la prevención especial⁶¹. En esta situación, la concesión de indultos parciales que pudiesen compensar ese exceso derivado del tratamiento del sujeto como (antiguo) enemigo, supondría una solución aceptable desde la óptica de los fines de la pena.

Lo que resulta seguro es que la decisión final corresponde al Gobierno, decisión que dada la delicadeza del asunto deberá ser meditada y jurídicamente justificada, evitando caer en la trampa del populismo punitivo. Y es que, parafraseando a Marx en su obra *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, «el fantasma de las generaciones muertas puede oprimir como una pesadilla el cerebro de los vivos»⁶².

V. BIBLIOGRAFÍA

ALLER, G., «El Derecho penal del enemigo y la sociedad del conflicto», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.1, Madrid (Edisofer-B de F), 2006, pp. 79-117.

⁶⁰ Las penas demasiado largas serían aquellas que ya no resultarían necesarias desde el punto de vista de la prevención especial, pero cuya duración legalmente impuesta aún no se ha cumplido. Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y substitivos penales*, Madrid (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense), 1979, p. 14.

⁶¹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y substitivos penales*, op. cit., p. 19.

⁶² MARX, K., *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, 2ª ed., Barcelona (Ariel), 1971, p. 11.

- ANTÓN ONECA, J., «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena», Discurso leído en la apertura del curso académico 1944 a 1945, por el Dr. D. José Antón y Oneca, catedrático de Derecho penal, *Memoria del curso académico 1943-44*, Salamanca (Imprenta Cervantes), 1944.
- ASÚA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.1, Madrid (Edisofer-B de F), 2006, pp. 239-276.
- BASSIOUNI, C., «Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy», *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 36, núm. 2, 2004, pp. 299-306.
- BERISTAIN IPIÑA, A., «Los terrorismos en el País Vasco y España», *Cuadernos de política criminal*, núm. 28, 1986, pp. 341-370.
- CANCIO MELIÁ, M., «Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia», en CUERDA RIEZU, A. (dir.), *El Derecho Penal ante el fin de ETA*, Madrid, (Tecnos), 2016, pp. 45-66.
- CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 1ª ed., Madrid (Reus), 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, (Civitas), 2006, pp. 85-152.
- CORNACCHIA, L., «La moderna *hostis iudicatio*. Entre norma y Estado de excepción», en CANCIO MELIÁ, M. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.1, Madrid (Edisofer-B de F), 2006, pp. 415-456.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 559-602.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., *¿Qué es el terrorismo? Un intento de ponerle la sábana al fantasma*, Bogotá (Ibañez editores y Uniandes), 2014.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de Günter Jakobs», en CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günter Jakobs en la UAM*, 1ª ed., Navarra, (Civitas), 2008, pp. 145-158.
- GÓMEZ MARTÍN, V., *El Derecho penal de autor*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

- HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, 1ª ed., Nueva York (Columbia University Press), 2006.
- JAKOBS, G., «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, (Civitas), 2006, pp. 21-56.
- JAKOBS, G., «¿Terroristas como personas en Derecho?», en CANCIO MELIÁ, M. y JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, (Civitas), 2006, pp. 57-83.
- JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*. Traducción por CANCIO MELIÁ, M., Bogotá, (Universidad Externado de Colombia), 1998.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción por CUELLO CONTRERAS, J. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2ª ed., Madrid (Marcial Pons), 1997.
- KANT, I., *La metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de CORTINA ORTS, A. y CONILL SANCHO, J., 4ª ed., Madrid (Tecnos), 2005.
- LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid (La Ley: Grupo Wolters Kluwer), 2010.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense), 1979.
- MACULAN, E., «Justicia Transicional y Terrorismo. Especial referencia al caso colombiano», Ponencia realizada en el Seminario Permanente de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid, 9 de junio de 2015.
- MARX, K., *El 18 brumario de Luis Bonaparte*, 2ª ed., Barcelona (Ariel), 1971.
- MEINI, I., «La pena: función y presupuestos», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 71, 2013, pp. 141-167.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Prevención del delito y reducción de la violencia», *Ita Ius Esto*, núm. 2, 2011, pp. 27-40.
- TAMARIT SUMALA, J., *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona (Promociones y Publicaciones Universitarias), 1989.
- TORRES VÁSQUEZ, H., «El terrorismo de Estado como delito de lesa humanidad», *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, núm. 41, 2014, pp. 119-137.