

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:19/01/2007

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, respecto de la Sentencia nº 50/2007 de fecha 19 de Enero de 2007, recaída en el recurso de Casación nº 1841/2005, interpuesto por Olatz Carro Boado y otros, así como por parte del Ministerio Fiscal y de la Asociación Víctimas del Terrorismo como Acusación Particular, contra la sentencia dictada el 20 de Junio de 2005 por la Sección IV de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

PRIMERO.- Respetando la decisión mayoritaria del Tribunal, no puedo compartir el pronunciamiento esencial del fallo relativo a la consideración de Jarrai-Haika-Segi como organización terrorista.

La sentencia de la Audiencia Nacional contiene tres pronunciamientos:

a) Declara a Jarrai, Haika y Segi organización ilícita de las contempladas en el art. 515-1º del Código Penal por tener por objeto la comisión de delitos y acuerdan su disolución.

b) Condena a parte de los inculpados --exactamente a dieciséis-- como responsables en calidad de directores o dirigentes de dichas asociaciones imponiéndoles las penas de tres años y medio de prisión y multa de conformidad con el art. 517-1º.

c) Condena a otros ocho inculpados en la condición de miembros activos de la asociación a las penas de dos años y seis meses de prisión y multa, de conformidad con el art. 517-2º.

d) Absuelve a otros nueve inculpados.

La sentencia de esta Sala, de la que discrepo declara:

a) A Jarrai Haika y Segui como organización terrorista del art. 515-2º del Código Penal, acordando su disolución.

b) Condena a todos los recurrentes, excepto a uno que absuelve, como miembros integrantes de organización terrorista a las penas de seis años de prisión de conformidad con el art. 515-2º en relación con el 516-2º.

Antes de avanzar más, hay que aclarar, aunque puede ser obvio, que todas las personas condenadas en la sentencia de la Audiencia Nacional lo fueron por pertenecer, como directivos o miembros de dichas asociaciones sin que ninguna de las precitadas personas hayan sido ni acusadas ni condenadas por concretos hechos delictivos de violencia callejera o vandalismo urbano usualmente denominado con el nombre de kale borroka.

Pues bien, mi discrepancia se concreta en que creo que con los hechos declarados en la sentencia no puede estimarse las asociaciones expresadas como terroristas, debiéndose mantener la condición de asociaciones ilícitas --con su correspondiente disolución--, y en consecuencia, los recurrentes no pueden ser considerados como integrantes de organización terrorista del art. 516-2º, debiéndose mantener las condenas de la Audiencia Nacional en sus propios términos con aplicación del art. 517-1º y 2º, lo que en definitiva debió suponer, a mi juicio, el rechazo de los recursos formalizados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular ejercitada por la Asociación de Víctimas del Terrorismo.

El recurso de las acusaciones Pública y Popular está encauzado por la vía del art. 849-1º de la LECriminal por inaplicación indebida, precisamente, de los arts. 515-2º y 516. Las acusaciones estimaban que las asociaciones referidas eran organizaciones terroristas y todos los condenados debían ser estimados como directivos de ellas. La sentencia de la mayoría accede en parte al recurso, al estimar que las asociaciones son terroristas, pero considera que los condenados lo eran en la calidad de miembros de organización terrorista y no directivos de ella.

El cauce casacional utilizado por las Acusaciones Pública y Popular, tiene por presupuesto el mantenimiento y aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia, centrándose la discrepancia en la traducción jurídica, es decir, en su calificación penal.

En este escenario se va a articular mi disidencia con la opinión de la mayoría porque considero, que dados los hechos probados de la sentencia, la calificación que efectuó la Audiencia Nacional de Jarrai-Haika y Segi --en adelante J-H-S-- como asociación ilícita (no terrorista) es correcta y debió mantenerse.

SEGUNDO.- En los hechos probados de la sentencia, se hace una referencia a la creación de la organización terrorista Eta y a la articulación del magma social que la apoya, se hace referencia a la autodenominada Koordinadora Abertzale Sozialista (Kas) y a la organización de dicha plataforma --en el año 1975-- en tres frentes autodenominado: político, obrero y de masas, todas ellas bajo la égida de Eta "*....dada la posición preponderante que dicha organización tenía respecto de las demás organizaciones integradas en Kas....*", pág. 10 de la sentencia. Dentro de este último, y con la finalidad de captar y encauzar a la juventud inquieta y seducida por la actividad de Eta se crea Jarrai en Agosto de 1978, luego denominada Haika y finalmente, ahora, Segi.

La sentencia de que discrepo, en el f.jdco. cuadragésimo sexto, apartado noveno retiene una serie de frases de los hechos probados relativos a la creación de Jarrai y a su actividad de violencia callejera y a la finalidad perseguida. Obviamente estoy de acuerdo, pero el relato acotado debe, a mi juicio, completarse con otros extremos que también constan en los hechos probados.

Retengo los siguientes:

1) "*....c) como organización inscrita en el movimiento juvenil Jarrai, también quedó sujeta a la influencia de KAS, a su vez tutelada por ETA y sometida a su última supervisión....*" (pág. 12).

2) "*.... Desde 1978, se desarrolla la existencia de Jarrai. Esta organización siempre desarrolló algún tipo de violencia callejera como complemento a la estrategia de Eta...., en un principio, a través de las barricadas, enfrentamientos con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o destrozos en el mobiliario urbano. Estos grupos comenzaron a organizarse en 1984Eta impuso las directrices para cometer las acciones de sabotaje....*". (pág. 12).

3) "*....Jarrai en aquella época, como organización de kas, transmite la nueva estrategia de la dirección política única, no sólo atacando los objetivos que*

la misma imponía (se refiere a Eta), sino también utilizando la misma forma de reivindicación....". (pág. 13).

4) *"...Desde la disolución de kas, la función de control sobre las formas de violencia complementaria de la de Eta, como la denominada Kale Borroka o violencia callejera fue asumido por Ekinahora es Ekin quien controla esta forma de lucha complementaria de la de Eta en el común objetivo de presionar a la ciudadanía y cercenar la vida democrática en su dimensión más próxima al ciudadano, cual es el nivel municipal...."* (pág. 16).

5) En relación al documento intervenido en el domicilio del responsable de Ekin se contiene en el mismo que hay que *"dar un papel a la gente que está inquieta"* a la luz de las campañas presionantes y agresiones desarrolladas en el ámbito de la Kale Borroka o lucha callejera con relación a la reivindicación por agrupamiento de presos de Eta. Al respecto, en el factum se contiene la siguiente afirmación: *"...ello resulta suficientemente significativo sobre el tipo de actividades asignadas a los inquietos...."* (pág. 16).

6) *"...Haika resultante de la fusión de Jarrai y Gazteriak (país vascofrancés) asumió la función de la dirección ejecutiva que antes realizaba Jarrai de introducir a jóvenes en las actividades conocidas como la Kale Borroka o violencia callejera...."* (pág. 19).

7) A partir de Mayo de 2001, Haika es sustituida por Segi, en relación a ésta se dice:

"...La relación de Segi con los actos de violencia callejera fue prosecución de las actividades de Jarrai y de Haika, a las que sucedió en el tiempo...." (pág. 22).

8) *"...La realización de las actividades de violencia callejera por Segi obedecía a su diseño como complemento de las acciones armadas. El aumento o disminución de la intensidad de dichas acciones de violencia era controlado a través de Ekin y su ejecución era saludada internamente por Eta...."*, (pág. 23).

9) *"...En el marco del desarrollo de una estrategia tendente a optimizar la complementariedad de los recursos institucionales, culturales, políticos y sociales...."* se produce la ejecución de actos de Kale Borroka tales como lanzamiento de artefactos incendiarios, menoscabo a vehículos de transporte público, incendios, colocación de artefactos explosivos...." (pág. 23).

De las frases acotadas del *factum*, son afirmaciones básicas:

a) La de que la articulación de todo el conglomerado sociológico en torno a Eta, fue diseñado y organizado por ella, de la que Eta sería la "*vanguardia*" y "*guía*" de ese autocalificado, "*Movimiento Nacional*" ..., de evocadoras resonancias. En esa constelación de organizaciones, Jarrai era una asociación tutelada por Eta y sometida a su supervisión.

b) Coherentemente su actividad tenía una inequívoca naturaleza de complementaria de la acción terrorista de Eta. La nota de complementariedad se repite insistentemente hasta cinco veces en el *factum*.

c) Se compartían los fines de la organización terrorista.

Este concreto y reiterado juicio de certeza alcanzado por la Audiencia Nacional en su sentencia, no es fruto de la intuición "*ojo clínico*" o voluntarismo del Tribunal, sino que es la consecuencia de la valoración crítica de toda la prueba practicada al respecto. En el f.jdco. segundo, págs. 29 a 36 de la sentencia se argumenta la exclusión de J-H-S del concepto de banda armada u organización terrorista, términos que han de estimarse equiparables. Se dice que aunque J-H-S tenga una finalidad coincidente con la de la banda armada/organización terrorista Eta no deben confundirse porque aquellas --J-H-S-- despliegan actuaciones lícitas y otras ilícitas, y además porque "*...nunca se enmarcaban en la utilización de armas en los términos recogidos por la ya reseñada jurisprudencia....*" --pag. 31 de la sentencia--.

La predicada dependencia de Eta y su actividad complementaria de ella, está expresamente reconocida en los Informes de la Unidad Central de Inteligencia de la Dirección General de Policía y de la Jefatura del Servicio de Información, obrantes, ambos en la causa.

En el primero de los informes --folios 1569 y siguientes-- de 6 de Marzo de 2002 se dice expresamente que Segi tiene una dependencia funcional de Eta-Ekin y que sus "*...actos de coacción, amenazas y daños (son) complementarios a los desarrollados por Eta....*" --folio 1643--.

Del segundo sólo diré que tanto el informe 7/99 de 3 de Mayo del 99 como el ampliatorio 11/99 de 17 de Agosto de 1999 --folios 3980 y 6254, respectivamente-- aparecen titulados con la expresiva rúbrica "*...Sobre la caracterización de Jarrai como instrumento de Eta....*", reiterándose al folio 10257

en el informe de la Comisaría General de Información la actividad de Jarrai-Haika como de *"violencia complementaria a la de Eta"*.

La actividad complementaria de J-H-S está aceptado por los recurrentes acusación pública y popular en sus respectivos escritos y fue reiterado a la vista del recurso. Así el Ministerio Fiscal se refirió en su informe oral a J-H-S como "asociación controlada" por Eta y en el informe de la A.V.T. el letrado se refirió a la instrumentalización de estas organizaciones por Eta.

También es extremo aceptado en la sentencia de la mayoría.

Por decirlo gráficamente, se trata de un colectivo de jóvenes que actúan como *"rehenes complacientes"* y fascinados por la actividad de Eta, los hechos probados de la sentencia --pag. 16-- se refieren a la necesidad de Eta de encauzar a la gente inquieta que quiere hacer algo. Textualmente *"....se plantea dar un papel a la gente que está inquieta a la luz de las campañas presionantes y de agresiones desarrolladas en el ámbito de la kale borroka.... ello resulta suficientemente significativo sobre el tipo de actividades asignadas a los inquietos...."*.

Es precisamente sobre esta base que se ha estimado en la sentencia de la mayoría la consideración, como terrorista, de las asociaciones citadas, en realidad la misma aunque ha ido cambiando sucesivamente de nombre.

TERCERO.- 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 C.P. Es decir si J-H-S es, llanamente, Eta.

Ya adelanto mi respuesta negativa y ello tanto desde la legislación internacional existente al respecto, como desde la legalidad y práctica judicial española, a la luz de los hechos declarados probados en la sentencia.

De entrada, hay que partir de la realidad de no existir un concepto de terrorismo universalmente aceptado, y ello no es extraño dada la pluralidad de

terrorismos existentes que van desde el de naturaleza religioso/fanático al revolucionario sin fronteras, pasando por el étnico-independentista-identitario.

Bien puede decirse que el terrorismo es un singular plural, en el que, si bien sus efectos son comunes concretados en la imposición por medio del terror --atemorización social-- de los postulandos que defiende la banda, las causas de cada terrorismo son diferentes. Por ello cualquier aproximación reduccionista a este fenómeno que parta de la identidad de los efectos para concluir en la identidad de las causas, parte, a mi juicio, de un grave error de valoración con directa incidencia en el error de diagnóstico y por tanto de remedios para acabar con él. Que los efectos sean iguales: (la imposición de sus postulados mediante la atemorización social que se deriva de su actividad mortífera para doblegar a la sociedad), no impide que las causas sean diferentes.

Del corpus jurídico internacional referente a los actos de terrorismo, obviamente ratificado por España, sin ánimo exhaustivo cito los siguientes documentos que me parecen relevantes, todos ellos relativos a las actividades que deben ser estimadas como terroristas. Se trata de textos también citados en la sentencia de la mayoría.

1- Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de Enero de 1977.

Se consideran como delitos terroristas los relativos a la captura ilícita de aeronaves y dirigidos contra la aviación civil --Convenios de La Haya y Montreal de 16 de Diciembre de 1970 y 23 de Septiembre de 1971--; los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, el rapto y toma de rehenes, y la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas o cartas y paquetes explosivos. Se prevee también la sanción de la tentativa y complicidad.

2- Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 15 de Diciembre de 1997. Para este texto comete el delito --art. 2-- quien *"ilícita e intencionalmente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso*

público, una instalación gubernamental o pública, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales,*
- b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico".*

Se sanciona la tentativa y la complicidad así como... (quien) *"organice o dirija a otros a los efectos de la comisión de dicho delito"*.

En el art. 4 se dice que cada Estado adoptará las medidas necesarias para *"...sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave..."*.

3- Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, Nueva York 9 de Diciembre de 1999. Ratificación por España, BOE 23 de Mayo de 2002.

En relación a la finalidad del terrorismo se insiste en las ideas ya expresadas en anteriores Tratados, así como en la relación concreta de delitos que deben tener esa consideración y que las mismas deben ser sancionadas con penas o medidas civiles y administrativas que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias.

4- Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15 de Noviembre de 2000 --Convenio de Palermo, ratificado por España, BOE de 29 de Septiembre de 2003--.

También en su art. 10, en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas se dice que cada Estado velará porque se impongan sanciones, penales o no penales, eficaces, proporcionadas y disuasivas.

5- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de Junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo. En su artículo primero determina el elenco de delitos de terrorismo *"...que por su naturaleza o su contexto puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional..."*. Se estiman por tales delitos aquellos que se cometen con el fin de:

- a) Intimidación grave a una población,

b) Obligar a los poderes públicos u organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

c) Desestabilizar gravemente o destruir las estructuras constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional mediante:

Atentados contra la vida de las personas o su integridad física, secuestro o tomas de rehenes, destrucciones masivas gubernamentales, apoderamiento de aeronaves o buques, fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas...., provocación de incendios o inundaciones, interrupción en los suministros esenciales de agua, de electricidad u otro recurso fundamental con riesgo para la vida humana, así como la amenaza de cometer tales acciones.

Asimismo se prevé la sanción para los directivos del grupo terrorista y los participantes. Se sanciona en el art. 4 la inducción, complicidad y tentativa, y en el art. 5 se solicita que los Estados castiguen estas acciones con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

De este documento, destaco por su importancia la descripción de grupo terrorista.

En su art. 1, letra k, se nos dice "...A los efectos del presente apartado, se entenderá por grupo terrorista todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas. Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada....".

Por lo que se refiere a la legislación española *strictu sensu*, efectuaré tres citas:

a) El art. 55-2º de la Constitución que se refiere a la posibilidad de que una Ley Orgánica puede suspender para determinadas personas alguno de los derechos reconocidos en la Constitución en el ámbito de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

b) La Ley Orgánica 9/84 de 26 de Diciembre contra la actuación de Bandas Armadas y elementos Terroristas.

c) El Código Penal de 1973 al que se incorporó a partir de la L.O. 4/88 de 25 de Mayo la parte sustantiva de la Ley 9/84, de igual modo que las normas procesales se incorporaron a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la actual regulación del Código Penal, las bandas armadas o grupos terroristas del art. 515-2º aparecen como un supuesto agravado de las otras asociaciones ilícitas que se tipifican en el art. 515 --las de los nº 1-3-4 y 5--. Estas últimas quedan sometidas al régimen punitivo del art. 517, menos grave que el previsto en el art. 516 para las bandas armadas.

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 L.O. 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 L.O. 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).

A la luz de la doctrina constitucional citada considero que:

1º) El concepto de banda armada es equivalente a organización o grupo terrorista, existe una esencial igualdad e identidad de tales términos sin que sea posible establecer distinciones entre ellos. Ni la Constitución, en su art. 55-2º, ni el actual Código Penal en su artículo 515-2º, ni en definitiva la jurisprudencia del Tribunal Constitucional citado, permiten establecer distinciones o graduaciones, entre banda armada o grupo terrorista. Una actividad terrorista sin armas, sería una hipótesis de gabinete.

2º) Se trata de un concepto que debe ser interpretado muy restrictivamente.

La jurisprudencia de esta Sala Segunda sigue la misma línea de equiparación entre banda armada y grupo terrorista, quedando definidas por las notas de utilización de armamento, capacidad de atemorización a una generalidad de la población y como elemento subjetivo la subversión del orden constitucional o grave alteración de la paz pública, todo ello teniendo por sustrato la realidad de una organización de personas aún bajo la fórmula de estructura desestructurada con relaciones de jerarquía y subordinación. En tal sentido, se pueden citar, entre otras, las SSTS 2/98 de 29 de Julio --caso Marey--; 1127/2002 de 17 de Julio, 1541/2004 de 30 de Diciembre, 1127/2002 de 17 de Junio, 556/2006 de 31 de Mayo --caso cédula española Al Qaeda--.

CUARTO.- De los textos legales y jurisprudencia citados, se pueden a mi juicio retener como palabras-clave:

1) El grupo terrorista es una organización terrorista entendida ésta como "*organización estructurada*" o aún bajo la fórmula de estructura desestructurada más o menos estable, con relaciones internas de jerarquía, que tiene por objeto la comisión de actos terroristas entendiendo por tales, la realización de actos contra la vida o integridad de las personas, destrucciones significativas o que causan gran perjuicio económico.

2) La intencionalidad que se pretende es la de lesionar gravemente a un país u organización internacional, que en clave de legalidad española se concreta en la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (ex art. 571 Código Penal), a pretexto de opciones independentistas que como tales son legítimas dentro del respeto a los valores de las personas y del sistema democrático --STS 633/2002 de 21 de Mayo--.

3) Que el concepto de banda armada u organización terrorista, conceptos que se consideran como equivalentes, debe ser interpretado en clave muy restrictiva.

4) Que como *modus operandi* utiliza armas o artefactos explosivos o incendiarios capaces de provocar la muerte o grandes daños materiales.

5) Que su actividad delictiva produce una atemorización social en clave de macrovictimización, con independencia de las víctimas propiamente dichas.

6) Que deben existir sanciones con penas adecuadas que sean efectivas, proporcionales y disuasorias.

7) Que sanciona la tentativa y complicidad así como a las personas jurídicas.

QUINTO.- Llegados a este punto, a la vista del inventario de materiales expuestos: a) de carácter fáctico incluidos en los hechos probados de la sentencia y soportados por la correspondiente motivación fáctica, b) de carácter normativo y jurisprudencial, creo estar en disposición de justificar su disidencia con la decisión de la mayoría de estimar a J-H-S como organización terrorista y ello por las cuatro razones que seguidamente se expresan:

1- Por la actividad parasitaria de J-H-S en relación a la actividad de Eta. Fue creada y tutelada por ella, careciendo de toda iniciativa para diseñar y ejecutar una actividad terrorista. Tiene una actividad complementaria.

2- Porque el concepto de banda armada u organización terrorista exige una interpretación rigurosamente restrictiva, y la sentencia de la mayoría ha efectuado, en mi opinión, una interpretación extensiva.

3- Porque desde el reconocimiento de la comunidad de fines con los de ETA a que responde la actividad de J-H-S, hay datos para afirmar que existe una clara inidoneidad de medios para su cuestionamiento, afirmar la idoneidad de la actividad delictiva de J-H-S --los actos de kale borroka-- para subvertir el orden

constitucional y alterar gravemente la paz pública, paradójicamente, debilita la concepción que tengamos sobre la solidez de nuestro sistema democrático.

4- Porque con la equiparación que se ha producido en la sentencia de la mayoría, ha quedado gravemente comprometido el principio de proporcionalidad en la respuesta penal.

SEXTO.- Las cuatro afirmaciones que preceden quedan, a mi juicio, justificadas por las razones siguientes:

Que la actividad J-H-S es complementaria de Eta es algo reiterado en los hechos probados a cuya obediencia hay que estar dado el cauce casacional empleado de las acusaciones. No sólo es complementaria sino que, recordemos, este "*movimiento juvenil*" fue tutelado por Eta y sometido a su última supervisión --pág. 12 de la sentencia--. Igualmente se nos dice "*...Eta impuso las directrices...*". En esta situación ha proclamado falta de autonomía para diseñar una acción terrorista, por más que se compartan los objetivos y se comulgue, tan fervorosa como acriticamente, con los postulados de la organización terrorista, ¿convierte a J-H-S en organización terrorista?. ¿Permite su identificación con Eta?.

Estimo que no. 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. En concreto, J-H-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 Eta que se iniciaron en esa "*cantera*". Más aún, consta en los hechos probados --pág. 21 de la sentencia-- que con ocasión del registro domiciliario que compartían Igor Ortega y Amaya Arrieta "*...fue hallado por la policía un sobre con la indicación de Txapi para ser entregado a dicho destinatario (luego identificado como Javier Arregui Imaz), con una carta en la que se ofrecía a este último la posibilidad de participar en las actividades 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 J-H-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.

La decisión de la Audiencia Nacional supone un tratamiento diferenciado a situaciones distintas. El núcleo es Eta, autora del frente ideológico y operativo del terrorismo, la periferia es J-H-S, son los satélites, y la actividad a la que J-H-S incita, concretada en la "*kale borroka*" resulta cualitativamente diferente de la acción terrorista. Pero también estos actos de kale borroka son castigados. En relación a ellos ni ha existido ni existe impunidad.

Basta como recordatorio referirse a la crónica judicial de las sentencias dictadas contra los autores de concretos actos de violencia callejera, incluidos los más graves, como los ocurridos bajo la vigencia del Cpenal 1973: el incendio de la Casa del Pueblo de Portugalete -Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 27 de Marzo de 1991, confirmada por esta Sala Casacional-, así como el lanzamiento de un cóctel molotov contra un vehículo de la Ertzaintza en Rentería - Sentencia Audiencia Provincial de San Sebastián de 1 de Julio de 1996 y la de esta Sala nº 861/97 de 11 de Junio que la revocó parcialmente-. En ambos casos, se impusieron penas graves proporcionadas a la gravedad de los hechos y de sus resultados.

Ya bajo la vigencia del actual Código, tales hechos de violencia callejera se juzgan de acuerdo con el art. 577, y así a modo de ejemplo, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala 786/2003 de 29 de Mayo impuso la pena de ocho años y nueve meses de prisión al autor de la quema de varios cajeros automáticos, uno de los cuales exigió el desalojo de los ocupantes de los pisos superiores por el incendio provocado.

La consideración de J-H-S como organización terrorista al tiempo de establecer la misma respuesta a situaciones diferentes, altera las propias previsiones del Código Penal. 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.

El diseño legal pudiera tener alguna similitud con el programa legal previsto para el tráfico de drogas, todas son punibles, pero atendiendo a la distinta naturaleza y gravedad para la salud, se distingue entre las que no causan grave daño y las restantes.

Pues bien, con la consideración de J-H-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.

SEPTIMO.- 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. No cabe duda que el ataque terrorista tiene una naturaleza excepcional que puede justificar, a mi juicio, una respuesta en sintonía con la excepcionalidad del ataque. En efecto hay algo cualitativamente distinto entre un asesinato y un asesinato cometido por una organización terrorista, ese aliud está en la capacidad de atemorización social que sella labios y cierra los ojos de la Sociedad que la padece, limitando su libertad.

Ahora bien desde el reconocimiento de la legitimidad de una respuesta excepcional, la cuestión es la de poner límites a la misma, debe ser una excepcionalidad mínima, debiéndonos poner en guardia ante la capacidad de expansión que tiene todo lo excepcional, reflexión a la que la jurisprudencia de esta

Sala ha hecho referencia en diversas ocasiones --SSTS 998/2002 de 3 de Junio, 1542/2002 de 24 de Septiembre, 498/2003 de 24 de Abril ó 280/2004 de 8 de Abril--.

La interpretación que efectúa la sentencia representa un concepto expansivo y omnicomprendivo 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.

Pues bien, partiendo del carácter abierto de dicho concepto, habrá que poner el énfasis en la naturaleza y gravedad de los concretos actos que se efectúen y en esa línea creo que habrá de convenirse con que son cualitativamente distintos y menos graves los actos de kale borroca que los actos terroristas efectuados por Eta, por tanto la equiparación desoye la exigencia del principio de legalidad en el aspecto de *lex certa*, porque 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.

La sentencia de la mayoría, a mi juicio, efectúa una interpretación extensiva del concepto de terrorismo opuesta a la realidad de las cosas.

Partiendo de Eta llega a J-H-S. Con fundamento en los propios hechos de la sentencia, lo ocurrido es precisamente lo contrario: desde la pertenencia o integración a J-H-S se puede llegar a Eta, desde la labor de complementación, desde la cantera, se llega a la integración en la banda armada, del vandalismo urbano de la kale borroka se arriba al terrorismo *strictu sensu*.

OCTAVO.- La actividad delictiva de J-H-S está constituida fundamentalmente por el lanzamiento de artefactos incendiarios a sedes de partidos políticos, quema de cajeros automáticos y quema de transportes públicos, etc.etc. En modo alguno se trata de minusvalorar estas acciones ni la capacidad de atemorización social en ese horizonte político más próximo del ciudadano como es el del municipio. La sentencia de la Audiencia Nacional se refiere a las 6.263

acciones de kale borroka ejecutadas entre el 1 de Enero de 1992 y el 5 de Marzo de 1999. 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.

Que estos actos están inspirados y orientados a la consecución de los mismos fines de la banda Eta, no nos exime de verificar si tienen la idoneidad mínima necesaria para poder cuestionar o poner en entredicho el orden constitucional o provocar una grave alteración de la paz pública ex art. 571 Código Penal. En este punto, 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. Explosiones de violencia callejera operando bajo la forma de "*estructura desestructurada*" como J-H-S se dan en muchas sociedades modernas. Pero en ninguna de ellas hay impunidad ni para los autores materiales ni para los intelectuales. Tampoco en España. En ninguna de ellas se acepta la puesta en riesgo o cuestionamiento del sistema constitucional por tales acciones.

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.

No ignora el autor de este Voto Particular el déficit de libertad individual y social de muchos ciudadanos, en Euskadi y Navarra pero podrá convenirse que la responsabilidad en esa situación hay que endosársela al grupo terrorista Eta, autora de la política de exterminio físico de tantas personas a las que previamente ha desposeído, en su habitual liturgia, de su dignidad y condición humanas, para cosificarlas y reducirlas a la condición de "enemigo", y como tal, de enemigo a abatir. De igual modo Eta es la responsable de la siembra de odio y dolor que ha generado en la Sociedad. En esa estrategia la acción de J-H-S es de una complaciente complementariedad, relevante, pero no nuclear, consistente en dinamizar la actividad de atemorización social en el ámbito local, con actos en los que prima su naturaleza vandálica y atentatoria contra el orden en la calle, y de forma indirecta coadyuva a erosionar la paz pública, ex art. 571 Código Penal, pero sin que pueda estimársele responsable directamente de atentar gravemente contra la misma.

Una última reflexión referente a la condición de "armas", argumento que se constituye en el criterio que esgrimió la sentencia de la Audiencia Nacional para rechazar la consideración de grupo terrorista a J-H-S *"...ya que dichas organizaciones (J-H-S) aún cuando tuvieran por sí mismas una finalidad ideológicamente próxima a la que con su actividad armada persigue la organización terrorista Eta, desplegaban acciones --además de las legítimas-- que nunca se enmarcaban en la utilización de armas...."* --pág. 31 de la sentencia--.

Las "armas" utilizadas por J-H-S, prácticamente quedan reducidas a cócteles molotov. La naturaleza incendiaria y explosiva, y su capacidad de generar mortandad está fuera de duda. 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.

Basta poner en relación el atentado del aparcamiento de la T-4 del Aeropuerto de Barajas y a las acciones usuales de violencia callejera constituida por la quema de cajeros o autobuses. Por tanto, respuesta desigual a situaciones diferentes. Ambas de naturaleza penal pero de distinta intensidad.

NOVENO.- En cuarto y último lugar, 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.

El principio de proporcionalidad, debe su elaboración a la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, habiéndose enriquecido con las aportaciones efectuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Español, si bien no aparece expresamente recogido en la Constitución, su reconocimiento y alcance constitucional no ofrecen dudas como se afirma en numerosas sentencias del Tribunal Supremo --SSTS 802/99 de 12 de Mayo, 958/2000 de 1 de Junio, entre otras--. 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.

Se trata de un mandato fundamentalmente, dirigido al legislador en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimarse destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el art. 9-2º de la Constitución, también el sistema judicial en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es el responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico, bien que esta vinculación sea derivada y opera a través del sometimiento al imperio de la Ley --art. 117 de la Constitución--.

La vigencia del principio ha quedado, más consolidada si cabe, con su explícito reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea --aprobada por el Parlamento Europeo, por el Consejo de la Unión y por la Comisión Europea el 7 de Diciembre de 2000--, cuyo artículo 49, que lleva el significativo título "*de los principios de legalidad y la proporcionalidad de los delitos y de las penas*", prevé en su párrafo 3º que "*...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción...*". Equivalente a la prevención que se encuentra en el art. II- 109 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Desde esta reflexión, bien puede afirmarse que el principio de Proporcionalidad es el eje definidor siempre de cualquier decisión judicial.

Creo que con la decisión de la mayoría en la interpretación efectuada de que discrepo, padece el principio de proporcionalidad porque se aparta de la exigencia contenida en los diversos Tratados Internacionales antes citados de imposición de penas, efectivas, proporcionadas y disuasorias.

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

En conclusión, considero que por la naturaleza complementaria de la actividad de J-H-S, por la exigencia de mantener un concepto muy restringido de banda armada o grupo terrorista, por la inidoneidad de los medios empleados y por el respeto al principio de proporcionalidad penal, Jarrai-Haika y Segi no pueden ser estimadas como organización terrorista como así lo ha declarado la sentencia de la mayoría de la que, respetuosamente, discrepo.

Joaquín Giménez García