

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
79 - 86

LA JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
Doctor en Derecho*

Al maestro Antonio Beristain, con amor

ÍNDICE

1. El terrorismo como macrovictimación.
2. La justicia reconstructiva.
3. La justicia a las víctimas: la prescripción de la infracción y el relato.
4. El relato: la disímil regulación de la prescripción en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
5. La prescripción: el discurso jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica.
6. El terrorismo como crimen internacional: su imprescriptibilidad.
7. A modo de conclusión.

1. EL TERRORISMO COMO MACROVICTIMACIÓN

El terrorismo es una forma de criminalidad que genera una victimación especialmente severa. Su designación como macrovictimación, formulada por el maestro Antonio BERISTAIN refleja, con suma nitidez, el indefinido número de víctimas directas e indirectas que su existencia provoca. No en vano, se trata, esencialmente, de actos gravemente criminales (causación intencionada de la muerte, graves lesiones o injerencias inadmisibles de la libertad o seguridad) cometidos por una organización que trata de crear un estado de terror en sectores significativos de la población con la finalidad de lograr sus objetivos ideológicos (políticos o religiosos, básicamente) a través del desistimiento cívico o el condicionamiento injustificado de las políticas diseñadas e implementadas por los poderes públicos.

Los deletéreos efectos de esta macrovictimación justifica que destacados organismos internacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea, hayan calificado al terrorismo, en cualquiera de sus formas y manifestaciones, como una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacional¹. De ahí que promuevan actuaciones de los Estados que persigan la obtención de los siguientes objetivos:

- * Prevenir que las organizaciones terroristas causen daños.
- * Evitar que las personas que ya han sido victimizadas sufran detrimentos complementarios en su contacto con los órganos integrados en los sistemas de control social formal.
- * Fomentar que la comunidad construya espacios de acogimiento cálido de las víctimas.

En términos victimológicos (perspectiva que se va a tomar en esta reflexión) tiene importancia reflexionar sobre la incidencia que la existencia y el fundamento de la prescripción tiene en el derecho a la justicia de las víctimas directas e indirectas de la macrovictimación terrorista.

2. LA JUSTICIA RECONSTRUCTIVA

La justicia penal no puede edificarse sobre la invisibilidad de las víctimas. Por ello, el único modelo que integra la protección de las víctimas con las garantías del victimario es el ofrecido por la justicia reconstructiva (BERISTAIN, 2006: 277). En lo reconstructivo, la injusticia provocada por el delito destruye una relación que la justicia tiene el deber de reconstruir. Lo que caracteriza al derecho dimanante de este modelo de justicia es la sustitución del vínculo entre justicia y castigo del victimario por el de justicia y restañamiento del daño padecido por las víctimas. La justicia reconstructiva pretende, además de ratificar la vigencia del cuadro normativo como pauta idónea para la regulación de la vida social, poner fin a la situación de dominio, humillación o envilecimiento de las víctimas restableciendo, hasta donde es posible, su posición originaria.

La macrovictimación terrorista tiene un plano ontológico y otro axiológico. En el plano ontológico se encuentra el dolor por el asesinato, el secuestro, la amenaza, la coacción. En el plano axiológico reside la significación del asesinato, el secuestro, la amenaza y la coacción; es decir, el relato. REYES MATE, haciendo suyas las reflexiones de BENJAMIN, refiere que todo crimen mortal tiene dos muertes: la muerte física, centrada en la aniquilación biológica de una o varias personas, y la muerte hermenéutica, ceñida a la estrategia dialéctica elaborada para hacer invisibles a las víctimas (REYES MATE, 2009: 21).

La consideración y evaluación del relato de las víctimas es un testimonio indirecto de que entre nosotros se ha reforzado la idea de justicia (TODOROV, 2008: 94). Por ello, la memoria ejemplar, la que trata de utilizar el pasado no para perpetuarlo sino

1. Una completa referencia a la normativa internacional sobre el terrorismo, BOU, Valentín/FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Covite, 2009, pp. 19 y ss.

para diseñar el presente, sirve a la justicia porque el olvido injustificado de la victimación ataca, destruye o disuelve la verdad y la existencia de la injusticia. Ahora bien, no es lo mismo recordar para que la historia no se repita, que para que se haga justicia: en el primer caso pensamos en nosotros mismos y, en el otro, en las víctimas (REYES MATE, 2003: 244).

Cuando se destruye o se amenaza con la destrucción a una constelación de seres humanos (por ser como son, pensar como piensan o representar lo que representan) la comunidad en su conjunto queda afectada porque se le priva de una parte de su riqueza o diversidad. En este sentido, recordar es reconocer que el dolor forma parte de la realidad y que la realidad es una totalidad en la que se integran lo existente con lo preexistente pero ausente. A su vez supone recordar que las ausencias obedecieron a un acto de barbarie. Como tal hay que calificar las conductas que lapidan la humanidad del otro, en contraposición a la civilización que se sustenta en la capacidad de ver al otro como alguien con el que se comparte una identidad básica: la humana (TODOROV, 2008, 278).

La justicia reconstructiva tiene una dimensión comunitaria –cuyo referente es la sociedad– y otra personal –cuyos referentes son las víctimas y el victimario–. Para abarcar ambos planos se precisa que el mensaje institucional cumpla los siguientes objetivos:

- * Sea idóneo para obtener la confianza de la sociedad en la vigencia de las leyes, al percibir las como un instrumento hábil para restablecer los vínculos sociales quebrados por el delito.
- * Permita evitar la prosecución del daño inmaterial (dominación, humillación) sufrido por las víctimas (declarando que lo que pasó no debería haber pasado).
- * Posibilite garantizar la desaprobación del comportamiento que, de forma reprochable, causa un daño injusto.

3. LA JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS: LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL RELATO

La justicia a las víctimas pudiera concebirse con un contenido mínimo, con un contenido medio y con un contenido máximo. Existiendo fundamento probatorio para ello, el contenido mínimo se vincularía a la necesidad de que una autoridad institucional neutral (dotada, por lo tanto, de independencia e imparcialidad) declare públicamente el reproche por el hecho injusto y culpable cometido, individualice y reconozca las víctimas producidas, y obligue a la reparación del daño causado a las mismas. El contenido medio añadiría la exigencia de imposición de una pena. El contenido máximo exigiría, además, la efectiva ejecución de esa pena.

El instituto de la prescripción debe preservar, cuanto menos, el contenido mínimo, si quiere ser respetuoso con una exigencia indeclinable en un orden democrático: la debida justicia a las víctimas, que no admite el olvido injustificado del dolor injusto (TOJEIRA, 1997: 257). En la legislación española este mínimo axiológico puede alcanzarse con la regulación de la prescripción en el Código Penal y es, sin embargo, inasumible con el tratamiento conferido a la mentada institución por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La justicia constructiva confiere una legitimación justificativa autónoma a las fases de declaración de culpabilidad, imposición de una pena y ejecución de la misma. La primera es indeclinable para la justicia, dado que, sólo a través de ella, puede ampararse a las víctimas causadas, declarando que han sufrido un daño injusto que debe ser reparado, y estabilizarse la norma infringida, comunicando a la sociedad que la misma continúa siendo una pauta de conducta vinculante. La segunda (imposición de una pena) y la tercera (ejecución de la pena) pueden ser excluidas cuando, por el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, se devalúan las necesidades preventivas de la pena y no existe riesgo de recidiva.

4. EL RELATO: LA DISÍMIL REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El Código Penal contempla, en su artículo 130.6º, la prescripción del delito como una causa de extinción de la responsabilidad criminal. Ello, en puridad de principios, exige la declaración de la existencia de una responsabilidad penal, pues no se puede extinguir lo que no existe, pronunciamiento que únicamente es factible emitir por un tribunal en una sentencia tras el debido proceso. Esta regulación engarza con la razón que se arguye para fundar la prescriptibilidad de las infracciones: resulta ilegítimo sancionar a alguien por hechos realizados en un lejano pasado, cuando el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido². No en vano, se concluye, el transcurso del tiempo reduce las demandas sociales de justicia (TAMARIT, 2009: 130).

Puede debatirse la necesidad de imponer la pena (y ahí radicaría la razón justificativa de la imprescriptibilidad) pero, cuanto menos, es preciso garantizar a las víctimas un pronunciamiento expreso sobre el injusto culpable del autor. De esta forma se cumplirían las exigencias mínimas de justicia en la medida que se obtendrían tres efectos:

- * Una declaración pública de reproche por el injusto causado, afirmando que el daño no viene motivado por el azar o por culpa de terceros o de la propia víctima, sino única y exclusivamente por un comportamiento antijurídico del victimario.
- * Una consignación expresa de las personas que han sufrido la victimación, lo que permite su constitución efectiva como víctimas así como su indeclinable individualización.
- * Un pronunciamiento explícito de que el daño causado fue injusto y que, consecuentemente, las víctimas tienen derecho a ser reparadas por el victimario.

En síntesis: el juicio de imputación por un órgano dotado de neutralidad institucional pone de manifiesto que el daño causado a las víctimas fue provocado por el injusto culpable de una o varias personas integradas en una organización creada para infligir un mal deletéreo a quienes se oponen a sus designios y, coetáneamente, aterrorizar a quienes se identifiquen públicamente con las víctimas.

2. Frente al argumento favorable a la prescripción de que el “tiempo lo cura todo” porque el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido es posible oponer, a favor de la imprescriptibilidad, que “hay heridas que no cierran nunca”.

En este sentido, la declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) pudiera ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo desde la comisión del hecho, para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y el interés de la comunidad en conocer lo acontecido³.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la prescripción como una causa de no perseguibilidad, razón por la cual permite un cierre anticipado del proceso por prescripción a través de artículos de previo pronunciamiento (artículo 675 LECrim) o de cuestiones previas (artículos 786.2 y 802 LECrim). Esta regulación tendría sentido si el Código Penal contemplara la prescripción como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal (es decir, como un supuesto en el que no es posible declarar la existencia de una responsabilidad penal) y no, como lo hace, como una causa de extinción de la responsabilidad penal (como un caso en el que se extingue la responsabilidad criminal declarada). Por lo tanto, la ley procesal reconoce la prescripción como un obstáculo procedimental que impide una decisión judicial sobre el injusto culpable del autor. De esta manera cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron.

5. LA PRESCRIPCIÓN: EL DISCURSO JURISPRUDENCIAL SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

El discurso sustantivo o procesal que fundamente la prescripción ha sido objeto de análisis, desde una perspectiva estrictamente constitucional, por el Tribunal Constitucional. Ya en la sentencia 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, o una naturaleza sustantiva o material, basada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena. Pues bien, el máximo intérprete de la Constitución ha venido reconociendo la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción ha ido cobrando en su jurisprudencia (fundamento jurídico segundo de la STC 63/2005, de 14 de marzo), refiriendo que se trata de una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De esta forma, la referida sentencia argumenta que lo que “(...) la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se

3. No debe obviarse que muchos de los que propugnan la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos no parecen pretender tanto el castigo efectivo cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano. Ello podría no impedir la aceptación de la prescripción, siempre y cuando ésta no apareciera como un obstáculo procesal que impidiera un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor.

extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión”, estipulando que “Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas” y concluyendo que, transcurrido el plazo de prescripción, “(...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona⁴”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). Su fundamento radica, según se lee en la STS 383/2007, de 10 de mayo, en “(...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la amonación, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación”. Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial (así, STS 803/2009, de 17 de julio).

La exégesis de las líneas jurisprudenciales referidas permite obtener tres conclusiones:

- * Se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de pergeñar el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- * Se esgrimen razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), orillando toda mención a las víctimas.
- * Se anuda a la prescripción del delito como consecuencia ineludible de impedir la “exigencia de responsabilidades” o la “imposición de una pena”, expresiones que no excluyen, conforme al propio fundamento material de la prescripción, que se “declaren las responsabilidades”, determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable, aunque, dado el tiempo transcurrido, no sea factible imponer una pena.

6. EL TERRORISMO COMO CRIMEN INTERNACIONAL: SU IMPRESCRIP- TIBILIDAD

El artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán. Por lo tanto, la estimación del

4. En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.

terrorismo como crimen internacional tendrá como ineludible consecuencia que tal macrovictimación no prescriba. Por lo tanto, con plena legitimidad, podrá no sólo declararse el injusto culpable sino, también, imponer una pena y, en su caso, ejecutar la misma.

Los profesores FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y BOU⁵ arguyen que la imprescriptibilidad no afecta a disposiciones materiales (la tipificación como delito en el Derecho nacional), sino a disposiciones procesales (al tiempo durante el cual los tribunales pueden perseguir el delito tipificado que se declara crimen imprescriptible). De esta manera, “Teniendo esta competencia los tribunales nacionales con anterioridad a la existencia de la Corte Penal Internacional, la adopción de la enmienda en cuestión (la que permite tildar de crimen internacional al terrorismo) les afectaría no tanto respecto del alcance material de su competencia o jurisdicción, pero sí en el carácter imprescriptible del crimen en cuestión”, concluyendo “que esta situación ‘(...) afectaría a los actos de terrorismo cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la enmienda en cuestión”’.

Se defiende, por lo tanto, que no hay problemas de legalidad penal dado que las garantías del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables sólo alcanzan a los elementos definitorios del delito y no a las condiciones de su persecución. A nuestro juicio esta posición no cohonesta con el fundamento material conferido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional a la prescripción, que confiere a la misma el carácter de límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal que justifica una expectativa legítima de no ser perseguido penalmente si transcurre el plazo fijado en la ley vigente cuando se cometió el crimen. La aplicación retroactiva de una ley posterior a la ejecución del delito que declara imprescriptible un delito que era prescriptible cuando se cometió constituye una ampliación injustificada, desde el prisma del principio de legalidad, del poder de penar del Estado (BACIGALUPO, 2009: 371). Ciertamente, no existe un derecho a la prescripción de los delitos pero, una vez reconocido el mismo, difícilmente puede negarse que la regulación de los plazos de prescripción sea una garantía para el autor derivada del principio de legalidad penal, motivo por el cual la extensión retroactiva de los plazos de prescripción no resulta admisible (así, STC 63/2005, de 14 de marzo y STS 803/2009, de 17 de julio).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si la prescripción se califica como una institución de derecho sustantivo que, tal y como se regula en el Código Penal, legitima una extinción de la responsabilidad criminal por razones básicamente preventivas es indiscutible que, conforme a tal naturaleza jurídica, se justifica la declaración del injusto culpable por una autoridad pública dotada de neutralidad institucional. Ello permite la satisfacción de las exigencias mínimas de justicia a las víctimas. Es diáfano que la imprescriptibilidad del terrorismo, como efecto anudable a su calificación como crimen internacional, justifica además la imposición de la pena y su eventual ejecución. Estos efectos adicionales únicamente son factibles respecto a los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del cambio normativo que atribuye al terrorismo la condición de crimen internacional, dada la

5. BOU, Valentín/FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, *cit.*, p. 116.

vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al acusado. Lo que, en todo caso, ignora el derecho a la justicia de las víctimas es la configuración de la prescripción, tal y como hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como un óbice procesal que excluye un pronunciamiento de la autoridad judicial sobre lo ocurrido, justificando un cierre anticipado del proceso. Esta lectura de la prescripción impide conocer el relato sobre lo ocurrido, haciendo del olvido un motivo de injusticia.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique (2009): *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid.
- BERISTAIN, Antonio (2006): “Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz”, *Estudios de Victimología*, obra coordinada por el profesor Josep M^a Tamarit Sumalla, Tirant lo Blanch, Valencia, 261-286.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos/ BOU FRANCH, Valentín (2009): *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Covite.
- REYES MATE, Manuel (2003): *Memoria de Auschwitz*, Trotta, Madrid.
- REYES MATE, Manuel (2009): “La Justicia en la Historia”, *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 15-27.
- SILVA, Jesús-María (2007): “¿Nulum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, 325-361.
- TAMARIT, Josep (2009): “Justicia transicional y Derecho Penal en España”, *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 129-141.
- TOJEIRA, José María S.J. (1997): “Verdad, justicia, perdón”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 11, 251-265.
- TODOROV, Tzvetan (2008): *El miedo a los bárbaros*, Circulo de Lectores, Barcelona.