

Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas

(Criminal antiterrorist Legislation: critical analysis and proposals)

Lamarca Pérez, Carmen

Univ. Carlos III. Fac. de Derecho. Madrid, 126. 28903 Getafe
tricolor@der-pu.uc3m.es

BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 199-214]

Recep.: 01.06.07
Acep.: 17.10.08

En la legislación vigente, el terrorismo se define por dos elementos: la pertenencia a la banda armada y la finalidad política. Su forma de exteriorización consiste en realizar delitos como homicidios, secuestros o amenazas y otros más específicos como la colaboración o la apología. El tratamiento agravatorio del terrorismo se combina con una estrategia de atenuación para los arrepentidos.

Palabras Clave: Terrorismo. Banda armada. Finalidad política. Colaboración con banda armada. Apología. Arrepentidos.

Indarrean dagoen legerian, bi elementu erabiltzen dira terrorismoa definitzeko: banda armatu batekoa izatea eta helburu politikoa. Hainbat delituren bidez gauzatzen da terrorismoa, hala nola giza hilketak, bahiketak edo mehatxuak, baita beste espezifikoago batzuk ere, esaterako laguntzea eta apologia egitea. Terrorismoari lotutako delitu horiek larritzat ematen dira, baina damutuekin estrategia malguagoa erabiltzen da.

Giltza-Hitzak: Terrorismoa. Talde armatua. Helburu politikoa. Banda armatuarekin kolaborazioa. Apología. Damutuak.

Dans la législation en vigueur, le terrorisme se définit par deux éléments : l'appartenance à une bande armée et la cause politique. Sa forme d'extériorisation consiste à réaliser des délits tels que des homicides, des enlèvements ou des menaces et d'autres plus spécifiques telle que la collaboration ou l'apologie. Le traitement aggravatoire du terrorisme se combine avec une stratégie d'accentuation pour les repentis.

Mots Clé : Terrorisme. Bande armée. Finalité politique. Collaboration avec bande armée. Apologie. Repentis.

No cabe duda de que el terrorismo constituye uno de los problemas más graves que tiene planteada la sociedad actual pero también es cierto que es en la legislación antiterrorista donde el Estado democrático muestra de modo más patente una tendencia autoritaria que lesiona gravemente la eficacia de las garantías individuales. Se ha dicho así, con razón, que las leyes antiterroristas forman parte de la propia lógica del terrorismo y que, en cierto modo, expresan una autonegación del Estado de Derecho que es buscada de propósito por los propios practicantes de este tipo de acciones. De este modo, se crea una dialéctica agresión-legislación que en la mayoría de los países ha dado lugar a una profusa respuesta normativa de carácter excepcional y que en España ha supuesto la sucesión de un elevado número de leyes, especialmente desde que se inicia en nuestro país el llamado período de transición democrática (para un análisis de la legislación antiterrorista vid. Lamarca, 1985, págs. 97 y ss.), que en no pocos casos respondía a un mero cambio técnico en el sistema de producción normativa –ley especial o Código penal– y que, como veremos, está diseñada, especialmente, para hacer frente al tipo de conductas y organizaciones que habitualmente operan en nuestro país.

En la actualidad, la legislación penal antiterrorista está contenida en el Código Penal de 1995, que ya ha sufrido algunas modificaciones en esta materia, donde se realiza una tipificación expresa de los delitos de terrorismo que se ubican en la Sección 2ª del Capítulo V del Título de los Delitos contra el orden público. Tampoco en esta ocasión se ha producido realmente un cambio frontal en la respuesta jurídica a este fenómeno pues lo cierto es, como veremos seguidamente, que siguiendo una línea iniciada en el mencionado período de transición democrática, la noción de banda armada y la finalidad de subversión del orden constitucional constituyen en nuestra legislación los elementos nucleares para la definición del terrorismo y los delitos comunes de homicidio, lesiones, secuestros, etc., se mantienen como su forma ordinaria de exteriorización; el tradicional tratamiento agravatorio de estas conductas aparece una vez más combinado con una estrategia de atenuación para los denominados terroristas arrepentidos habiéndose experimentado además una fuerte elevación de las penas tanto con respecto a la legislación precedente como a los anteriores proyectos de Código Penal.

Conviene en primer lugar que intentemos fijar una noción jurídica de terrorismo. Proponer un concepto de terrorismo no constituye una tarea fácil; nuestra cultura jurídica carece de un significado unívoco y preciso y ello, seguramente, porque el terrorismo, además de hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas que difícilmente pueden recibir un tratamiento unitario y las definiciones legislativas se van adoptando en función de los intereses políticos de cada Estado. De este modo, se habla así, por ejemplo, según las diversas perspectivas, de terrorismo pero también se califican los mismos hechos como movimientos de resistencia o liberación o incluso de guerra; este uso interesado del término hace que resulte prácticamente inviable un concepto de terrorismo con pretensiones de validez universal, por ello, nos limitaremos exclusivamente a una noción que resulte operativa en el marco de nuestra legislación actual.

En realidad, y como ya ocurría en la normativa anterior, el Código penal de 1995 no define el terrorismo sino que se limita a enunciarlo bajo la rúbrica *De los delitos de terrorismo* sin especificar en ningún momento, como requiere el principio de taxatividad de las normas penales, a qué personas en concreto van dirigidas estas previsiones legales ni cuáles son los elementos que nos permiten distinguir estos tipos de los que podríamos denominar delitos comunes. A la vista, sin embargo, de lo previsto en los arts. 571 y ss. podemos deducir que el terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural o de organización, pues con alguna excepción, como más adelante veremos, se exige que la conducta se lleve a cabo por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y, de otro, un elemento teleológico pues, asimismo, se precisa que estas bandas o grupos actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Pero veamos exactamente en qué consisten estos dos elementos en torno a los cuales se configura la noción legal de terrorismo.

En cuanto al elemento teleológico, todos los tipos penales de terrorismo previstos en el Código Penal exigen que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad: la subversión del orden constitucional o la alteración grave de la paz pública. El primero de los fines, la subversión del orden constitucional, es el clásico fin político mediante el cual se reconoce que el terrorismo pertenece a esta categoría de delitos sin perjuicio de que tanto en nuestro texto constitucional (art. 13.3) como en la mayoría de los Tratados internacionales no se reconozca este carácter a efectos de extradición. Sin embargo, el mayor problema que a mi juicio puede plantear la presencia de este elemento finalístico no es el reconocimiento de su carácter político sino la utilización expresa del término subversión y ello por la interpretación que de este término se ha realizado en alguna ocasión por nuestros tribunales y, en concreto, por la sentencia 30/91 dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Nacional en el conocido proceso contra los funcionarios de policía Amedo y Domínguez (Vid. un amplío comentario sobre las resoluciones judiciales que recayeron en este caso en Lamarca, 1993). En aquella ocasión se negó la cualidad de terroristas a los fundadores de los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación) porque, según decía la mencionada sentencia, estos no practicaban un terrorismo subversivo, esto es con intención de destruir el Estado, sino muy al contrario de preservarlo o defenderlo aunque fuera por medios jurídicamente reprobables; de este modo, la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional concluía que la finalidad política sólo podía ser jurídicamente relevante en materia penal cuando lo que se persigue es el cambio o modificación sustancial de la forma de Estado, es decir, la sustitución por otro del sistema político.

A mi juicio, sin embargo, esta interpretación jurisprudencial, absolutamente aislada por cierto, no puede o más bien no debe prosperar en ningún caso en un Estado que se proclama de Derecho y ello porque en un auténtico Estado de Derecho la índole o la clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante por muy radical o heterodoxo que pueda ser su contenido; de este modo, cabe decir que la actuación de una organización terrorista porta-

dora de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico, sólo puede ser penalmente reprochable, por el uso de la violencia para hacer efectivo ese programa político; es decir, por la no utilización de los cauces democráticos como forma de lucha política; por todo ello, entiendo que la utilización de la palabra subversión no significa que sólo podrá ser considerada terrorista la finalidad de sustituir el sistema político y, mucho menos, que sólo acoja a los grupos de izquierda revolucionaria. Es cierto que, normalmente, el programa político de estos grupos será efectivamente transformador, revolucionario, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide conceptualizar como terrorista a un grupo políticamente conservador o contrarrevolucionario que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al cambio legítimo en una sociedad democrática, ya sea al propio cambio revolucionario y, en definitiva, nada impide acoger también, y este es el fondo de la cuestión, los supuestos del denominado terrorismo de Estado, esto es, del terrorismo practicado desde dentro del sistema político. Por otra parte, la finalidad política está claramente comprendida en el programa de los grupos que tradicionalmente han operado en nuestro país como ETA, GRAPO o GAL, pero creo que también, aunque con un carácter mucho más genérico, en el terrorismo fundamentalista islámico y sin duda alguna también puede constituir delito de terrorismo tratar de imponer por la fuerza, es decir a través de hechos delictivos, una determinada opción o política religiosa.

Mayores problemas de interpretación plantea la finalidad consistente en alterar gravemente la paz pública. En todo caso, la expresión es un concepto jurídico indeterminado no definido por nuestra legislación penal y que más que una finalidad parece expresar un resultado pues la alteración de la paz pública es, normalmente, el resultado más inmediato de las acciones terroristas. ¿Y qué debemos entender por paz pública? Para su definición hay que tener en cuenta que los delitos de terrorismo se encuentran bajo la rúbrica general de Delitos contra el orden público concepto que hoy ya no cabe definir sino como el orden positivo, esto es, el orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social, que se traduce en la defensa del libre ejercicio de los derechos fundamentales. Pero en los tipos de terrorismo se elude este término y se refiere al más preciso de paz pública que quizás pueda asemejarse al concepto de seguridad ciudadana definido por doctrina y legislación como protección de personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad.

En cualquier caso, aun intentando ser concretos, el término resulta de una imprecisión contraria al principio de legalidad penal y además nos plantea la cuestión de si el terrorismo ya no se concibe exclusivamente como un delito político (en este sentido Muñoz Conde, 1999, pág. 863), es decir sí cabe calificar también como terroristas a grupos que sólo persiguen atentar contra el normal desarrollo de la vida ciudadana sin pretender la subversión del orden constitucional. Es indudable que la alarma o la alteración de la vida normal puede ser el fin inmediato de conductas como el terrorismo pero también de otras que, por su asiduidad o gravedad, logren este objetivo y resulta muy discutible que junto a los tradicionales grupos de finalidad política se pretenda también perseguir, y

por tanto equiparar en su excepcional regulación penal y procesal, con aquellos que únicamente buscan crear alarma en la colectividad. La alarma debe ser concebida entonces como el fin inmediato de este tipo de actuaciones pues, en otro caso, si en última instancia no se requiere también la finalidad política no existirá posibilidad de distinguir el terrorismo de otros tipos delictivos y muy singularmente de los desórdenes que también requieren la actuación en grupo pero, sobre todo, trataremos de igual modo a fenómenos muy diferentes que por serlo requieren una respuesta distinta (en el mismo sentido, De Prada Solaesa, 1996, pág. 74).

Pero junto a la comentada finalidad política el terrorismo necesita de un segundo elemento para su definición que es el elemento estructural u organizativo. El terrorismo es violencia política pero violencia política ejercida desde una estructura organizada, el grupo terrorista, que se presenta como un auténtico contraordenamiento frente al Estado. A este elemento se refieren también los tipos de terrorismo del Código Penal de 1995 cuando requieren para su realización que el delito se cometa por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. El terrorismo es pues un delito especial que sólo puede ser realizado por los sujetos integrados en este tipo de organizaciones.

En cuanto a los pertenecientes, se trata, sin duda alguna, de las personas que forman parte de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; al margen del concreto papel que cumplan o de la jerarquía que ostenten en la organización lo que define la cualidad de pertenecientes es su total disponibilidad para desempeñar las acciones que les sean encomendadas. Hay que señalar, en este punto, que además de los específicos tipos de terrorismo el Código Penal sanciona de modo expreso como asociación ilícita a las bandas armadas y grupos terroristas según establece el art. 515.2º. Se trata, este último caso, de un supuesto agravado cuya pena, prevista por el art. 516, es notablemente superior a la establecida para las asociaciones ilícitas comunes pues, según los grados de participación, puede llegar hasta catorce años de prisión castigándose además la mera integración. No se nos aclara, sin embargo, ni en los tipos de asociación ilícita ni en los de terrorismo, si los conceptos banda armada y organización o grupo terrorista tienen un mismo significado o hacen referencia a realidades diferentes. A mi juicio, creo que sería preferible una unificación de los términos pero aunque puedan tener distinta entidad, en todos los casos se debe tratar de auténticas asociaciones ilícitas, y no de meros casos de codelincuencia ocasional, que requieren una cierta estructura organizativa, relaciones de jerarquía entre sus miembros y una voluntad social que va más allá de la comisión de unos hechos concretos y de la voluntad personal de los asociados (la falta de esa estructura asociativa es lo que plantea el voto particular del Magistrado Sr. Martín Pallín en la STS de 16 de febrero de 2007 que condena por delito de integración en banda armada la conducta consistente en difundir por internet la ideología terrorista de Al Qaeda y captar a otras personas).

El mayor problema que plantea sin embargo la referencia expresa a los integrantes de estas asociaciones en los delitos de terrorismo es si cabe la aplica-

ción conjunta de ambos preceptos, es decir, el tipo concreto de terrorismo que se cometa más el señalado tipo de asociación ilícita. A mi juicio, ello no es posible; la pertenencia a la organización terrorista o banda armada se constituye como un auténtico elemento del tipo de terrorismo por lo que aplicar además el delito de asociación ilícita supondría una vulneración del principio non bis in idem. Desde esta perspectiva, el delito de asociación ilícita sólo sería entonces de aplicación en aquellos supuestos en que no pudiera probarse la efectiva realización de concretos delitos de terrorismo.

Pero según lo previsto por los arts. 571 y ss. del Código penal, los delitos de terrorismo pueden realizarse también por personas que actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas u organizaciones terroristas; se trata, en ambos casos, de extraneas a las citadas organizaciones, es decir de personas no integradas en las mismas que, sin embargo, parece que en principio llevan a cabo su actividad delictiva con las mismas finalidades de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública y pueden ejecutar estos hechos tanto a título de autoría como de participación. Ahora bien ¿qué diferencia hay entre actuar al servicio o colaborar con las organizaciones terroristas?

En primer lugar, puede que la distinción lo sea en base al criterio de la frecuencia de la colaboración, de este modo el colaborador podría ser un partícipe habitual mientras que la persona que actúa al servicio lo haría de modo más esporádico. El criterio, sin embargo, no nos puede servir pues, la mayor o menor habitualidad es, como ya hemos señalado, lo único que nos permite distinguir al integrante de los otros dos conceptos. En segundo lugar, y esto me parece más plausible, cabe establecer una diferencia en base al elemento teleológico, de este modo el colaborador sería aquella persona que actúa con la misma finalidad de la organización, esto es, con una absoluta coincidencia en los fines con los integrantes de las organizaciones terroristas, mientras que la persona que actúa por cuenta de estas asociaciones sería entonces aquella que se pone al servicio de las mismas pero no comparte subjetivamente su finalidad y sería el caso, paradigmáticamente, de la persona que actúa por precio. La diferencia en todo caso no parece penalmente relevante y resulta especialmente perturbadora la referencia al colaborador, previsto en un tipo específico como más adelante veremos, que debería desaparecer; en cualquier caso, tanto uno como otro, el que actúa por cuenta de, el colaborador, como incluso el mismo integrante, pueden ser autores, coautores o partícipes pero de un concreto hecho delictivo pues, como veremos más adelante, si la conducta del extraneus no puede vincularse a la realización del mismo habrá que aplicar lo previsto en el art. 576.

Y llegamos así al análisis de los concretos tipos de terrorismo ubicados en los arts. 571 y ss. del CP. De entrada, hay que señalar que se trata de tipos pluriofensivos donde de modo inmediato se vulneran bienes jurídicos individuales, como la vida, la libertad, etc., y de modo mediato se protegen los bienes colectivos de defensa del orden constitucional y la paz pública. Como cuestiones comunes, hay que hacer referencia a la sanción específica de los actos de provocación, conspiración y proposición para delinquir, el reconocimiento, a efectos de reincidencia (art. 579.1), de las condenas dictadas por Jueces o Tribunales

extranjeros (art. 580), así como el establecimiento de una elevada pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena privativa de libertad atendidos proporcionalmente la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el delincuente (art. 579.2). En el primero de los casos (art. 579,1), procede la sanción de los denominados actos preparatorios dada la gravedad de las conductas que se contemplan en este grupo de delitos del mismo modo que también están penados en los correspondientes tipos comunes de atentados contra la vida, la integridad o la libertad. No creo sin embargo que deba suceder lo mismo con las restantes previsiones comunes que, a mi juicio, deberían sencillamente suprimirse. Así, en cuanto al reconocimiento de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, no cabe olvidar la polémica sobre la reincidencia que, para un gran sector de la doctrina, supone la doble sanción por un mismo hecho delictivo pero que se revela especialmente contraindicada en estos casos dada la diversidad legislativa que el Derecho comparado nos ofrece en el tratamiento e incluso en la identificación de este fenómeno. Por último, debe desaparecer asimismo la previsión específica y excepcional sobre la pena de inhabilitación dando paso a la aplicación de las reglas generales sobre penas accesorias a las privativas de libertad.

Quizás por la tradicional vinculación del terrorismo al uso de explosivos el art. 571 recoge las tradicionales conductas de estragos e incendios tipificadas como delitos comunes en los arts. 346 y 351 del mismo CP. Se trata de una figura agravada que impone en estos casos, esto es cuando el delito lo comete un integrante o colaborador de banda armada u organización terrorista, la pena en su mitad superior tratándose de tipos de peligro concreto donde ha de ponerse en riesgo la vida o la integridad de las personas. El inciso final del precepto señala que la pena se impondrá sin perjuicio de la que corresponda si se produce la efectiva lesión para la vida o la integridad lo que parece que quiere decir que deberá apreciarse un concurso real entre el art. 571 y los correspondientes tipos de homicidio, lesiones, etc. si se producen estos resultados lesivos. La opción legislativa parece clara máxime si tenemos en cuenta que el art. 346, estragos comunes, ordena de modo expreso penar ambos casos separadamente pero en puridad hay un concurso ideal de delitos porque una misma acción ha infringido dos preceptos penales.

El art. 572, por su parte, es el tipo de más frecuente aplicación que castiga los atentados contra diversos bienes jurídicos como la vida, la integridad o la libertad estableciendo la penalidad en función del resultado. Como señala críticamente Muñoz Conde (1999, pág. 864), los tipos parecen configurarse como auténticos delitos cualificados por el resultado pero la agravación sólo debe tener lugar cuando los resultados se producen a título de dolo directo, de primero o segundo grado, o eventual. Como nota común se produce una exarcebación de las penas y así, por ejemplo, cuando el resultado es de muerte ni siquiera se distingue entre homicidio y asesinato imponiéndose una pena de prisión de veinte a treinta años cuando el tipo común de asesinato tiene como pena máxima la de veinte. El precepto establece finalmente una cláusula de agravación en función de la pertenencia del sujeto pasivo a determinados colectivos públicos que obli-

ga a imponer la pena en su mitad superior y que por reforma de la LO 7/2000 comprende también a los miembros de las Corporaciones locales, así como cuando se trate de personal de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales. Por aplicación del principio de igualdad, y, en especial, por cuanto el carácter público de las víctimas ya está abarcado por la mayor penalidad del tipo, debería desaparecer la referida cláusula. Por último, debemos señalar que en cuanto a la relación entre este precepto y el anterior se trata de un concurso de normas y no de delitos.

El art. 573, por su parte, alude a los también clásicos supuestos de depósito de armas o municiones pero resulta criticable que equipare en penalidad (prisión de 6 a 10 años) conductas tan diversas como el depósito, la tenencia, la fabricación, el tráfico, el transporte o el suministro de las mencionadas armas, municiones o sustancias explosivas. Asimismo se sanciona, como hiciera en su día la Ley de explosivos de 1894, la mera colocación o empleo de estas armas o sustancias explosivas que dará lugar al correspondiente concurso de delitos si se producen resultados lesivos.

Una de las mayores novedades de los tipos de terrorismo del Código Penal de 1995 reside quizás en la previsión contenida en el art. 575 que contempla la conducta de realizar un delito contra el patrimonio con la finalidad de allegar fondos para las bandas armadas o grupos terroristas o para favorecer sus finalidades; se trata también de un tipo agravado, respecto de los comunes patrimoniales, que obliga a imponer la pena prevista para estos en su mitad superior. La previsión quizás responda al hecho de que algunas organizaciones, singularmente el GRAPO, solían acudir al atraco bancario como forma de procurarse fondos pero, en este caso, el sujeto activo puede ser cualquier persona, pues ya no se exige como en los demás preceptos la pertenencia o colaboración con la banda armada, ni parece preciso que se deban compartir necesariamente los fines de subversión del orden constitucional o de alteración de la paz pública por lo que parece que se trata más bien de un tipo de colaboración específica cuya previsión resulta difícilmente justificable y que no alude, sin embargo, a los más modernos supuestos previstos por la legislación comunitaria sobre financiación del terrorismo.

En cuanto al concepto delitos patrimoniales por tales deben entenderse los comprendidos en el Título XIII del propio CP que incluye tanto conductas de apoderamiento con violencia como, curiosamente, de engaño. Pero quizás el mayor problema de este precepto lo plantea el último inciso que señala que la pena que corresponda por este hecho delictivo se aplicará sin perjuicio de lo que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración, redacción que parece indicar que entre este caso y la colaboración del art. 576 debe existir un concurso real de delitos cuando, en mi opinión, ello supondría una vulneración del principio non bis in idem; entiendo que hay que optar, si la colaboración lo es en un hecho concreto, como por ejemplo un delito contra el patrimonio, habrá que castigar la conducta como autoría o participación en el mismo, y sólo si la conducta no se puede vincular a ningún delito cabe aplicar el tipo genérico de colaboración.

Finalmente y como cláusula residual a este tipo de conductas que venimos comentando, el art. 574 sanciona la comisión de cualquier otra infracción, esto es tanto si constituye delito como falta, que se realice perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas o grupos cuyas finalidades sean la subversión política o la alteración de la paz pública. Como es evidente, se debe tratar en todo caso de infracciones que tengan relación o sean idóneas para los fines perseguidos pero, en todo caso, queda a criterio del tribunal decidir esta idoneidad lo que produce una grave quiebra del principio de seguridad jurídica.

La colaboración, por su parte, constituye uno de los tipos clásicos de terrorismo (vid., un análisis en profundidad en Lamarca, 1985, págs. 248 y ss.) con el que se pretende sancionar cualquier género de conductas de favorecimiento lo que ha convertido el precepto en una especie de cajón de sastre cuya existencia ayuda a obviar ciertas dificultades de prueba; cuando no puede probarse la integración en la banda armada o que la ayuda prestada favoreciera la realización de un hecho delictivo concreto, el tipo de colaboración ofrece una vía para la incriminación de unas conductas que, de otro modo, constituirían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes. Ubicada en el art. 576 se sanciona, con la pena de cinco a diez años de prisión, al que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier contribución a las actividades delictivas de las bandas armadas u organizaciones terroristas, especificándose cuáles pueden ser estos actos de ayuda que pueden consistir en la vigilancia de personas o de bienes, la construcción de zulos, la ocultación o el traslado de personas, etc. aunque, en realidad, la lista de conductas tiene un carácter meramente ejemplificador pues al final se utiliza una cláusula analógica que indica que asimismo la colaboración puede consistir en cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas armadas.

Se trata pues de un tipo excesivamente abierto que, en todo caso, hay que precisar que debe referirse a actos de colaboración material y genéricos; material porque, sin duda alguna, una interpretación constitucional de precepto exige que deba estar excluido de la tipificación el mero apoyo o respaldo moral o ideológico; y genéricos pues si la ayuda o favorecimiento prestado se dirige a la ejecución de un plan concreto y específico éste debe sancionarse como participación en el delito ejecutado (vid., en este sentido, las STS de 26 de mayo de 1992 y 18 de octubre de 1993, entre otras muchas). Por otra parte, el delito sólo puede ser cometido por un extraneus, esto es, por una persona no integrada en la banda armada u organización terrorista, pues la realización habitual de este tipo de comportamientos no haría sino poner de manifiesto la absoluta disponibilidad y, por tanto, la pertenencia a la asociación delictiva (en igual sentido Mestre, 1987, pág. 202). Frente a la legislación anterior, la novedad del Código Penal de 1995 en este supuesto consiste en haber introducido un inciso final con dos previsiones: según la primera si los actos de información o vigilancia ponen en peligro la vida o la integridad debe imponerse la pena en su mitad superior, según la segunda si se da el resultado lesivo el hecho se debe castigar como coautoría o complicidad. La última aclaración resultaba, como ya hemos señalado, obvia y, en este sentido, venía manifestándose la jurisprudencia, si la colaboración lo es en un delito concreto se convierte automáticamente en coautoría o complicidad.

Pero sobre todo hay que señalar, como ya hemos realizado en otras ocasiones, que el tipo de colaboración en general ha venido suscitando desde sus orígenes serias dudas de constitucionalidad tanto por su estructura abierta como por la equiparación que realiza de comportamientos de muy diversa naturaleza y entidad (vid. el detallado análisis de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de colaboración que realiza Mestre, 1987, págs. 195 y ss.) y, como es sabido, fue el propio Tribunal Constitucional, por Sentencia dictada el 20 de julio de 1999 en el conocido Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, quien ha declarado que el precepto resulta contrario al art. 25.1 de la Constitución por infringir el principio de proporcionalidad de las penas (vid. el comentario realizado por Asua Batarrita, 1998, a la STS de 29 de noviembre de 1997 que condenó por delito de colaboración a la Mesa Nacional de HB por la decisión de ceder su espacio electoral para emitir un vídeo realizado por ETA, así como el de Bilbao Ubillos, 2000, especialmente págs. 303 y ss., a la STC 136/1999 que anuló la sentencia anterior). En octubre de 1999, el Gobierno remitió a las Cortes Generales un Proyecto de LO para la modificación de la pena del delito de colaboración con banda armada que aún no ha sido aprobado.

Finalmente, hemos de dejar constancia de la derogación, por LO 2/2005, de 22 de junio, del tipo previsto en el art. 576 bis sobre financiación ilegal de asociaciones y partidos concebido como una forma específica de colaboración. Como es sabido, este precepto fue introducido en el Código penal por la LO 20/2003, de 20 de octubre, una de las reformas más marcadamente políticas del Código Penal que se planteó como respuesta al denominado “Plan Ibarretxe” y que, junto a estas conductas, sancionaba asimismo la convocatoria de procesos o consultas electorales en los también derogados arts. 506 bis y 521 bis. En todos los casos se trataba de conductas para las que resultaba francamente innecesario acudir al texto punitivo y, en este sentido, se ha pronunciado expresamente la Exposición de Motivos de la LO 2/2005 que, en el caso de la financiación de partidos o asociaciones disueltas o suspendidas señala que cabe su incriminación como actos de participación en asociación ilícita. Este último puede ser entonces el caso de las ayudas prestadas a las asociaciones o partidos que han sido declarados disueltos por actividades relacionadas con el terrorismo al amparo de lo establecido en la LO 6/2002, de 27 de junio (hasta la fecha han sido ilegalizados Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna) y que incluso pueden extenderse a las ayudas destinadas a personas o asociaciones que “de hecho” continúan o suceden la actividad de los grupos ilegalizados. A mi juicio, y sin entrar en un análisis pormenorizado de la conocida Ley de Partidos, del mismo modo que sucede con los tipos antes comentados procede también su derogación pues no creo que resulte acorde con los valores de libertad y pluralismo que consagra el texto fundamental de 1978 y sólo a través de un procedimiento penal, esto es por la realización de hechos delictivos, y con todas las garantías que este tipo de procedimiento implica, puede resultar adecuado decretar la suspensión o disolución de una asociación o partido político.

Siguiendo con el análisis de los tipos delictivos, desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal el art. 577 permite sancionar también como delitos de terro-

rismo los casos de ejercicio de violencia política no organizada también denominados de terrorismo individual, es decir, aquellos casos donde para ser calificado como terrorista no es preciso, como en los demás supuestos delictivos, pertenecer o estar integrado en una banda armada, organización o grupo terrorista sino que basta con cometer determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, incendios, etc.) con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Se trata de un tipo que agrava la comisión de los delitos comunes a que hace referencia pues obliga a imponer la pena que corresponda al hecho realizado en su mitad superior. Como es sabido, este precepto surgió, y en este sentido se aplicó inicialmente, para hacer frente a los casos de la denominada violencia callejera (*kale borroka*) cuando la competencia ha correspondido a la Audiencia Nacional, lo que por cierto ha sucedido en la mayoría de los casos, pero en la actualidad y tras la declaración jurisprudencial de que las organizaciones juveniles (*Segi, Jarrai*) constituyen auténticas asociaciones ilícitas, incluso terroristas, ha perdido su sentido original y sólo será de aplicación con carácter residual.

Ahora bien, hay que señalar que la reforma introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que afectó en materia antiterrorista tanto al Código Penal como a la Ley penal del Menor, modificó sensiblemente la redacción de este precepto respecto del original previsto por el Código de 1995 en los siguientes sentidos: En primer lugar, al elenco de delitos que enumeraba inicialmente el art. 577 se añadió el de daños y una mayor especificación de los casos de tenencia y fabricación de explosivos; la laguna ciertamente existía pero quizás no era tal laguna sino que el legislador de 1995 había decidido, en mi opinión con buen criterio, calificar como terrorismo únicamente aquellos supuestos de delitos más graves, como el homicidio, los secuestros o estragos, criterio que ahora se ha reformado en sentido claramente agravatorio. Pero con todo la reforma más importante de este precepto afecta a los fines que deben guiar las acciones delictivas pues ahora se quiere considerar relevante no sólo actuar con las finalidades, clásicas en estos tipos, de subversión del orden constitucional o alteración de la paz pública sino, igualmente, con la de contribuir a esos fines atemorizando a los habitantes de una población o colectivo social, político o profesional.

Dos son las cuestiones que cabe plantear con respecto a las nuevas finalidades previstas en el art. 577. En primer lugar, y por imperativo del principio de culpabilidad, hay que señalar que si bien no resulta necesario para la aplicación de este tipo actuar directamente con las conocidas finalidades terroristas, tampoco basta con que se produzca objetivamente la atemorización de una población o de un determinado colectivo para que esa acción pueda ser incardinada en el tipo legal; como en todos los tipos delictivos, resulta necesario que el conjunto de la acción sea dolosa, es decir que se tenga conciencia y voluntad de que se pretende atemorizar a ese tipo de ciudadanos y, además, de que con ello se está contribuyendo a la subversión del orden constitucional y a la grave alteración de la paz pública y si esto es así, como creo, resulta ciertamente sutil distinguir, como hace la nueva redacción del precepto, entre subvertir y contribuir a la subversión.

En segundo lugar, venimos señalando a lo largo de estas páginas que para calificar jurídicamente una acción como terrorista necesitamos de elementos que la distinguan y justifiquen, no sólo el nomen iuris, sino la necesidad de una mayor respuesta penal y, como ya sabemos, esos elementos son, según el legislador de 1995, de un lado, el elemento estructural o pertenencia a una organización terrorista y, de otro, el elemento teleológico o finalidad específicamente terrorista. Pues bien, partiendo de estas premisas, el art. 577 ya constituía desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 una muy discutible excepción a esta definición del terrorismo pues había prescindido del elemento estructural, es decir de la pertenencia a banda armada, y si ahora, además, tampoco resulta necesario tener la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública sino que es suficiente con contribuir a estas finalidades nada queda entonces de los elementos que componen la noción de terrorismo, no existe, en definitiva, ningún dato que nos permita distinguir este tipo de acciones de los correspondientes delitos comunes y constituye por tanto una ficción calificar estas acciones como delitos de terrorismo.

La señalada reforma del Código Penal de 1995 introducida por la LO 7/2000 ha afectado también, y fundamentalmente, a la apología creando un tipo específico que ahora se ubica en el art. 578. La cuestión de la apología ha constituido siempre un tema polémico en materia penal que parecía haber quedado zanjado con la entrada en vigor del nuevo Código pues, como es sabido, la apología, entendida como la difusión de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, sólo se consideraba delictiva, hasta la mencionada reforma, como una forma de provocación y sólo cuando supusiera incitación directa a cometer un hecho delictivo según lo previsto en el art. 18. La modificación ha supuesto entonces un retorno a la legislación anterior a 1995 pues ahora la apología se configura como un tipo autónomo en el que además ya no se exige que constituya incitación directa a delinquir. Pero además, el vigente art. 578 contempla no sólo un supuesto de apología sino dos conductas delictivas diferentes. De un lado, en su primer párrafo, se ubica la apología propiamente dicha definida como el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución y, de otro, se sanciona asimismo la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, castigando ambas conductas con la pena de prisión de uno a dos años. Finalmente, el precepto prevé también la posibilidad de que en estos casos el Juez pueda acordar en sentencia alguna de las prohibiciones previstas en el art. 57 del CP y así la prohibición de volver al lugar donde se cometió el delito o reside la víctima o sus familiares.

Comenzando por el segundo párrafo del art. 578, la conducta que se sanciona, realizar actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, no se trata en realidad de un supuesto de apología sino de un comportamiento que está mucho más cercano a los delitos de injurias o a los nuevos delitos contra la integridad moral por lo que, además de cuestionarse su ubicación en este precepto, en un vano intento de asemejar ambas conductas, cabe preguntarse si no era suficiente con la

existencia en el texto punitivo de estos ilícitos. En todo caso, además de constituir un comportamiento ya previsto por la legislación penal, existen otras razones para abogar por su supresión pues, según creo, con la inclusión de este párrafo se vulnera claramente el principio de igualdad pues todas las víctimas y sus familiares, y no sólo las de los delitos terroristas, tienen derecho a que no se realice contra ellos los actos previstos en este tipo delictivo.

En cuanto a la conducta estricta de apología, debe quedar de entrada fuera de toda duda que no se trata de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas incluso aunque éstas pongan en cuestión el marco constitucional, y en este sentido se pronunciaba expresamente el Preámbulo de la LO 7/2000, sino la alabanza del delito terrorista o de quienes hayan participado en el mismo, requiriéndose además que el hecho sea público por lo que no deberá resultar así punible la opinión emitida ante un reducido número de personas y, normalmente, supondrá su difusión a través de medios de comunicación como la televisión, prensa o radio e incluso cabe plantearse la idoneidad del correo electrónico cuando se difunde a un amplio número de personas. La conducta típica consiste en el enaltecimiento o la justificación lo que, en el primer caso, supone algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, en el segundo supuesto, algo más que la mera explicación y, en todo caso, debe versar sobre un delito de terrorismo tipificado como tal en el Código Penal (arts. 571 y ss.) o de quienes hayan participado en su comisión lo que, en mi opinión, supone lo siguiente: en primer lugar, la alabanza o justificación debe serlo de un delito ya realizado, como respecto de los tipos de la legislación anterior venía exigiendo la jurisprudencia, pues, en realidad, la apología se configura como una forma de cooperación ideal *ex post facto*; en segundo lugar, la apología de los partícipes ha de ser también en relación a un hecho delictivo ya cometido sin que quepa considerar punible el enaltecimiento de virtudes privadas. Finalmente, la autoapología, del mismo modo que el autoencubrimiento, debe ser considerado un hecho impune cuyo desvalor debe quedar subsumido en el hecho principal realizado que se ensalza o justifica. Este último, como es conocido, fue el caso del Diario *Egin* condenado por la STS de 31 de diciembre de 1983 por un delito de apología al reproducir un comunicado de ETA donde se justificaba la muerte de dos personas, sentencia que fue posteriormente anulada por la STC de 12 de diciembre de 1986 (vid. el comentario de ambas decisiones realizado por Mira Benavent, 1987).

Desde estas premisas, entiendo entonces que conductas como reproducir un comunicado, manifestar una comunión ideológica o incluso dar el nombre de una calle o realizar un homenaje a una persona imputada o condenada por terrorismo no son actos que constituyan o deban constituir un delito de apología pues criminalizaría actos de opinión o de mera disidencia con el modelo político o social imperante. En realidad lo que ocurre en mi opinión es que sobra toda referencia a la apología en el vigente Código Penal. Es indudable que la sanción de la apología como mero elogio no resulta compatible con los principios reconocidos en un Estado de Derecho pero si se concibe como una forma de provocación que requiere una incitación directa a cometer delitos entonces, sencillamente, la tipificación de la apología no resulta necesaria porque está

comprendida y absorbida por ésta; es decir, cuando la conducta delictiva consista en incitar a la comisión de nuevos delitos, ya sea a través del enaltecimiento o de la justificación de una acción delictiva o de cualquier otra forma directa, existe en nuestro ordenamiento una figura que recoge expresamente este supuesto que es la de la provocación definida en el primer párrafo del art. 18.

Pero además con respecto a la apología cabe también plantear una cuestión de orden procesal. Como es sabido, según la doctrina del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional, la apología del terrorismo no constituye un delito de terrorismo, entonces ¿por qué se atribuye sin embargo el conocimiento de estas causas a la Audiencia Nacional y no a la jurisdicción ordinaria? Un análisis de la legislación vigente en esta materia procesal antiterrorista, que viene constituida por la Disposición Transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, pone de relieve que en efecto se encomienda a la Audiencia Nacional el enjuiciamiento general de las causas por terrorismo pero hay que tener en cuenta que se trata de una atribución excepcional de competencias para determinados y tasados supuestos (las personas integradas o relacionadas con bandas armadas) y que la entrada en vigor del Código Penal de 1995 había supuesto la eliminación de la apología como tipo específico dentro de los denominados legalmente como delitos de terrorismo. Desde estos presupuestos, creo entonces que cabe sostener que en la actualidad y para los casos de apología del terrorismo la jurisdicción que resulta competente es la ordinaria y no la de la Audiencia Nacional pues la LO 7/2000, que volvió a introducir en la ley penal los casos de apología que comentamos, no ha previsto de forma expresa que su enjuiciamiento corresponda también, como sucede con las actividades a que se refieren los arts. 571 a 577, a la Audiencia Nacional (En este sentido se pronuncia el Voto Particular emitido por la Magistrado Sr^a San Miguel Bergaretxe en los Autos dictados por la Audiencia Provincial de Vizcaya de 7 y 22 de enero de 2003 señalando que la falta de modificación de la ley procesal en materia de competencia para los casos de apología supone un ejercicio de analogía prohibida) sin que deba bastar el criterio formal de su ubicación entre estos tipos como acertadamente ha señalado el Tribunal Supremo para negar la competencia de la jurisdicción española en los supuestos en que la apología se realiza fuera del territorio nacional (Vid. Auto del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002).

Por último, combinando como en otras ocasiones el tradicional tratamiento agravatorio de los tipos de terrorismo con una estrategia de atenuación, el art. 579.3 del Código Penal prevé la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados a la impuesta por el delito cometido cuando se den determinados requisitos exigiéndose como novedad del texto de 1995 la motivación en la sentencia. Es la ya tradicional cláusula para los llamados terroristas arrepentidos que en el nuevo Código también está prevista para los delitos de tráfico de drogas y que, a diferencia de la legislación precedente, ya no permite la total remisión de la pena (un análisis de los orígenes y de la normativa existente hasta la entrada en vigor del CP de 1995 puede verse en Cuerda Arnau, 1995 y Lamarca, 1985, págs. 319 y ss.).

El comportamiento básico para que entre en juego la atenuación está constituido por el abandono voluntario de la actividad delictiva y la presentación a la autoridad confesando los hechos en que se haya participado; en el primer caso, es la denominada disociación o abandono de la banda armada u organización terrorista requisito que, obviamente, no puede exigirse en los casos de terrorismo no organizado del art. 577 o de colaboración del art. 576. En cuanto a la presentación ante la autoridad, no existe en mi opinión obstáculo para que el arrepentimiento se realice con motivo de la detención. A partir de aquí para que pueda entrar en juego la atenuación se construyen tres hipótesis: que además se colabore activamente con la autoridad para impedir la producción de un delito, o bien se ayude eficazmente en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o, finalmente, que la ayuda prestada sea para impedir la actuación o el desarrollo de la organización terrorista o banda armada a la que se haya pertenecido o con la que se haya colaborado. Como resulta evidente, y aunque el precepto no lo señale de modo expreso, la atenuación de la pena por los delitos confesados será mayor cuanto mayor sea el grado de colaboración que preste el sujeto arrepentido lo que deberá ser valorado y motivado en la decisión judicial.

En cuanto a la valoración global que nos merece el precepto, desde una perspectiva jurídica la medida es difícilmente justificable y, cuando menos, resulta contradictoria, de un lado la respuesta al terrorismo consiste en la agravación de los delitos comunes pero a la vez tampoco se consideran suficientes los supuestos generales de atenuación previstos en el propio Código Penal. En especial, merece una severa crítica la figura de la delación que, al margen de que resulte discutible que el Derecho deba premiar una conducta moralmente reprochable, sólo beneficiará a aquellas personas que tengan mayor información, en definitiva, que ostenten un mayor grado de responsabilidad en la organización y que por tanto y paradójicamente serían los que tendrían que tener una mayor responsabilidad penal. En el ámbito procesal, por su parte, la medida produce una gran perturbación pues introduce elementos propios del sistema inquisitivo resucitando el principio *confessio regina probationis*. Finalmente, cabe señalar que la normativa premial introduce elementos de distorsión en el conjunto del sistema punitivo lesionando los principios de seguridad jurídica y de igualdad; de seguridad porque la respuesta penal ya no depende del hecho delictivo realizado sino de una conducta posterior: que exista o no arrepentimiento; de igualdad porque la medida no se aplica a todos los imputados.

Y esta es, a grandes rasgos, la respuesta penal al problema del terrorismo una respuesta que sólo puede basar su legitimidad en un escrupuloso respeto a la legalidad y a las garantías y derechos del ciudadano. Pero además la respuesta al terrorismo no debe olvidar que la intervención penal o policial debe ser, como en todos los casos, el último de los instrumentos de intervención y que también, y sobre todo, resulta necesaria una intervención social, que proscriba las desigualdades, y una intervención política que facilite el diálogo.

BIBLIOGRAFÍA

- ASUA BATARRITA, A. "Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos". En: *La Ley*, 5 de junio de 1998.
- BILBAO UBILLOS, J.M. "La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, enero-abril 2000.
- CUERDA ARNAU, M.L. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1995.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos contra el Orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*. Barcelona: Bosch, 1998.
- GARCÍA ALBERO, R. en QUINTERO, G., y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- LAMARCA PÉREZ, C. *Tratamiento jurídico del Terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1985.
- "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común". En: *ADPCP*, septiembre 1989.
- "Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)". En: *ADPCP*, abril-mayo 1993.
- "Apología: un residuo de incriminación de la disidencia". En: *La Ley Penal*, nº 28, Año III, junio 2006; págs. 41 a 51.
- MESTRE DELGADO, E. *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.
- MIRA BENAVENT, J. "El caso del Diario Egin". En: *ADPCP*, 1987.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- PRADA SOLAESA, J.R. De. "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995". En: *Jueces para la Democracia*, nº 25, marzo 1996.
- PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO, G., y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J. *Terrorismo y Derecho*. Madrid: Tecnos, 1988.
- VIVES ANTON, T.S.; CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTON, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.