

EL DELITO DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIÓN TERRORISTA

**Tesis realizada por el Ldo. en Derecho D. Luis Aparicio Díaz (DNI nº 05.682.240K)
bajo la dirección del Prof. Dr. D. Miguel Domingo Olmedo Cardenete, Catedrático
de Derecho Penal de la Universidad de Granada.**

Fdo. Luis Aparicio Díaz

**Vº Bº del Director
Dr. Miguel D. Olmedo Cardenete**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Luis Aparicio Díaz
D.L.: GR. 474-2009
ISBN: 978-84-691-9302-0

EL DELITO DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIÓN TERRORISTA

INDICE.....	2
ABREVIATURAS.....	15
RESUMEN (CASTELLANO).....	16
ZUSAMMENFASSUNG (ALEMÁN).....	28

PARTE I. CUESTIONES GENERALES

CAPITULO I. BREVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO TERRORISTA.....43

I.1.- Breve aproximación al fenómeno terrorista.....	43
I.1.A.- ¿Qué es el terrorismo?.....	43
I.1.B.- Terrorismo y democracia.....	45
I.1.C.- Respuestas de los Estados democráticos al terrorismo.....	46
I.2.- La legislación material antiterrorista vigente: la Sección 2ª del capítulo V del Título XXII del Libro II.....	49

CAPÍTULO II. MARCO POLÍTICO Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVO-PUNITIVA DE LA COLABORACIÓN CON ORGANIZACIÓN TERRORISTA.....51

II.1.-Etapa preliminar: marco normativo en 1975 y Decreto-Ley 10/1975.....	51
II.1.A.- El marco normativo en 1975: Código Penal de 1973 y Código de Justicia Militar (modificado por Ley 42/1971, de 15 de noviembre).....	51
II.1.B.- Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.....	55
II.2.-Primera etapa: desde 1976 a mediados de 1980.....	60
II.2.A.- Marco político general.....	60

II.2.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo.....	61
II.2.B a) Decreto-ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975 de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos.....	61
II.2.B b) Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo.....	63
II.2.B c) Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.....	66
II.3.-Segunda etapa: desde mediados de 1980 hasta finales de 1982.....	69
II.3.A.- Marco político general.....	69
II.3.B.-Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo: la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar.....	70
II.4.-Tercera Etapa: desde 1983 a 1989.....	73
II.4.A.- Marco político general.....	73
II.4.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo.....	74
II.4.B.a) Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.....	74
II.4.B.b) Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.....	77
II.5.- Cuarta etapa: desde 1989 hasta 1996.....	79
II.5.A.- Marco político general.....	79
II.5.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo: el artículo 576 del Código Penal de 1995.....	78

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO, INTERNACIONAL Y COMUNITARIO EN MATERIA DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIONES TERRORISTAS.....81

III.1.- Las conductas de colaboración en el derecho positivo de países del entorno cultural.....81

- III.1.A.- Alemania: parágrafos § 129 y § 129a StGB.....81
- III.1.B.- Italia.....86
 - III.1.B.a) 270-ter: Asistencia a los asociados.....87
 - III.1.B.b) 270-quater: Reclutamiento con la finalidad de terrorismo también internacional; y Art. 270-quinquies: Entrenamiento para actividades con finalidad de terrorismo también internacional.....91
- III.1.C.- Reino Unido.....92
 - III.1.C. a) Terrorism Act 2000 (Sec. 12, Sec. 54 y Sec. 58).....93
 - III.1.C. b) Terrorism Act 2006.....96
 - i) Conductas relacionadas con la apología del terrorismo (Sec.1).....96
 - ii) Conductas de distribución de propaganda terrorista (Sec.2).....97
 - iii) Conductas que recogen la especialidad de apología y propaganda terrorista a través de Internet (Sec. 3).....98
 - iv) Conductas de preparación de actos terroristas (Sec. 5).....98
 - v) Conductas relativas al entrenamiento de terroristas (Sec. 6).....99
- III.1.D.- Francia.....101
- III.1.E.- Estados Unidos.....103
 - III.1.E.a) § 2339: escondimiento u ocultación de terroristas.....104
 - III.1.E.b) § 2339A: provisión de ayuda material a terroristas.....105
 - III.1.E.c) § 2339B: provisión de ayuda material o recursos a organizaciones terroristas extranjeras.....107
 - III.1.E.d) § 2339D: recepción de entrenamiento militar de una organización terrorista extranjera.....109

III.2.- La colaboración en la normativa internacional de Naciones Unidas.....	110
III.2.A.- Supuestos de colaboración previstos por algunos tratados: artículo 2.4 Convención sobre el terrorismo nuclear; artículo 2.5 de la Convención sobre la financiación del terrorismo; y artículo 3.2 letra b) de la Convención sobre la navegación marítima.....	112
III.2.B.- Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001.....	113
III.3.- La colaboración en la normativa comunitaria europea.....	114
III.3.A.- Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002.....	114
III.3.B.- Posiciones comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC.....	120
III.3.C.-Acción Común 98/733/JAI.....	122

PARTE II. ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIÓN TERRORISTA

CAPÍTULO IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	124
IV.1.La especificidad de los delitos terroristas.....	124
IV.1.A.-Teoría objetivas o del bien jurídico y teorías subjetivas o de la finalidad.....	124
IV.1.B.-Doctrina sobre la especificidad.....	129
IV.2.Orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana.....	146
IV.2.A.- El orden público en la doctrina.....	146
IV.2.B.- El orden público en la legislación histórica española.....	149
IV.2.C.- Orden público y régimen constitucional.....	151
IV.2.D.- Aclaración conceptual: orden público, seguridad pública, seguridad ciudadana.....	155
IV.2.E.- El orden público: bien jurídico del Derecho penal.....	159
IV.2.E. a) Daño mediato y daño inmediato.....	159
IV.2.E. b) El orden público del Título XXII del Código Penal.....	160
i) Doctrina española.....	160
ii) Doctrina extranjera.....	162

IV.3.El orden democrático constitucional como bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo.....	164
IV.4.La relación analógica, en cuanto al bien jurídico, entre los delitos de terrorismo y el delito de rebelión.....	170
CAPÍTULO V. TIPO OBJETIVO.....	176
V.1. Sujeto activo.....	176
V.1.A. Breve apunte criminológico sobre el sujeto activo del tipo de colaboración: ¿Quién es el colaborador con asociación terrorista?.....	176
V.1.B.- La necesaria referencia al concepto de banda armada, organización o grupo terrorista con el que se colabora.....	180
V.1.C.- El sujeto activo como extraneus a la organización con la que colabora.....	190
V.2. Sujeto pasivo.....	194
V.3. Conducta típica: concepto jurídico-penal y contenido de injusto.....	195
V.3.A.- Caracteres del tipo previsto en el artículo 576 CP.....	195
V.3.A.a) Colaboración con organización terrorista como delito autónomo o básico.....	197
V.3.A.b) Colaboración con organización terrorista como delito residual o subsidiario.....	199
V.3.A.c) Colaboración con organización terrorista como delito de tracto sucesivo y reiterado.....	201
V.3.A.d) Colaboración con organización terrorista como delito de mera actividad.....	204
V.3.A.e) Colaboración con organización terrorista como delito de peligro abstracto.....	206
V.3.B.- Colaboración con organización terrorista: propuesta de simplificación.....	221
V.3.C.- El concepto de colaboración como base de la conducta típica.....	227
V.3.C.a) El término colaboración: concepto equívoco.....	227

V.3.C.b) La naturaleza social como fundamento de la organización: asociaciones lícitas e ilícitas.....	231
V.3.C.c) Legislación asociativa española como punto de partida para comprender la organización terrorista.....	233
V.3.C.d) Colaboración contributiva y colaboración auténtica....	237
V.3.D.- Estructura del tipo previsto por el artículo 576 y contenidos de injusto.....	243
V.3.D.a) Estructura del tipo. Una posible aplicación procesal...	243
V.3.D.b) Contenido de injusto del delito de colaboración con organización terrorista.....	249
V.3.E.- La discutida naturaleza de los actos de colaboración con organización terrorista.....	254
V.3.E.a) El delito de colaboración con organización terrorista, como acto preparatorio: colaboración e iter criminis.....	254
V.3.E.b) El delito de colaboración como acto de participación, elevado al grado de autoría: colaboración y participación.....	266
V.3.E. c) Consideración personal.....	282
V.4. Modalidades comitivas.....	282
V.4.A.- Breve recorrido histórico-legislativo por las conductas típicas del delito de colaboración.....	282
V.4.B.- Conductas típicas de colaboración desde la perspectiva legislativa.....	293
V.4.C.- Conductas de colaboración desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial.....	297
V.4.D.- Conductas de colaboración en el entorno de las asociaciones terroristas Yihadistas.....	302
V.4.D.a) La complejidad del fenómeno asociativo terrorista de la Yihad.....	302
V.4.D.b) Conductas de colaboración terrorista en las asociaciones terroristas Yihadista.....	308
V.4.D.c) Excursus: el reclutamiento en las asociaciones terroristas de tipo Yihadista.....	315

CAPÍTULO VI. TIPO SUBJETIVO.....	334
VI. 1. La colaboración con asociación terrorista como delito doloso.....	334
VI. 2. El “ánimo de colaborar” como elemento subjetivo del tipo en el artículo 576 del Código Penal.....	337
VI. 3. Inexistencia de elementos subjetivos del injusto: la ámbito del dolo de colaboración.....	345
VI. 4. La concurrencia de móviles y su distinción del dolo de colaboración....	348
VI. 5. Nueva perspectiva jurisprudencial y postura personal.....	355
VI. 6. Autoría y participación en el tipo del artículo 576 CP.....	359

PARTE III. JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

CAPÍTULO VII. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.....	368
VII.1.- Causas de exclusión de la responsabilidad criminal por delitos de colaboración con asociación terrorista: causas de justificación.....	368
VII.1. A.- Legítima defensa.....	368
VII.1. B.- Estado de necesidad.....	372
VII.1. C.- Cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.....	380
VII.2.- Causas de exclusión de la responsabilidad criminal por delitos de colaboración con asociación terrorista: causas de exclusión de la culpabilidad.....	382
VII.2. A.- Minoría de edad.....	382
VII.2. B.- Anomalía o alteración psíquica.....	384

VII.2. C.- Trastorno mental transitorio.....	387
VII.2. D.- Intoxicación plena.....	389
VII.2. E.- Alteraciones en la percepción.....	391
VII.1. F.- Miedo insuperable.....	391
VII.3.- Error sobre el tipo y error de prohibición en el ámbito del delito de colaboración con asociación terrorista.....	393

PARTE IV. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN: ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y ASPECTOS CONCURSALES.

CAPÍTULO VIII. ITER CRIMINIS: ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA.....400

VIII.1.- Iter criminis del delito de colaboración con asociación terroristas. Actos preparatorios, tentativa y consumación: perspectiva general.....	400
VIII.2.- Los actos preparatorios punibles del delito de colaboración con asociación terrorista. Ámbito de la tentativa y los actos preparatorios.....	407
VIII.2.A.- Conspiración para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.....	408
VIII.2.B.- Proposición para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.....	411
VIII.2.C.- Provocación para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.....	413
VIII.3.- La tentativa del delito de colaboración.....	414
VIII.3.A.- Admisibilidad excepcional de la tentativa.....	415
VIII.3.B.- Inadmisibilidad de la tentativa.....	419

CAPÍTULO IX. RÉGIMEN CONCURSAL Y DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES.....420

IX.1.- Concurso de normas.....420

IX.1.A.-El delito de amenazas terroristas (Art. 170.2 CP).....420

IX.1.B.-La pertenencia a asociaciones terroristas (Arts.. 515 2º y 516 CP).....425

IX.1.C.-El colaborador de los Arts. 572-574 CP.....429

IX.1.D.-Terrorismo urbano o individual (Art. 577 CP).....430

IX.1.E.-Conductas apologéticas y desprecio de las víctimas (artículo 578 y apología Art. 18.1 párrafo 2º CP)434

IX.1.F.-Colaboración con asociación terrorista y coautoría o participación en delitos terroristas: la cláusula concursal del Art. 576.2 Párrafo segundo, inciso II CP.....440

IX.1.G.-Colaboración con asociación terrorista y actos preparatorios de la colaboración (Art. 579.1 CP).....446

IX. 2.- Concurso de delitos.....447

IX. 2.A.-Concurso con el delito de encubrimiento (Art. 451 CP).....447

IX. 2.B.-Concurso con el delito previsto en el artículo 575 CP.....456

IX. 2.C.-Supuestos concursales diversos.....458

PARTE V. PENALIDAD, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENALIDAD Y ESPECIALIDADES PROCESALES Y PENITENCIARIAS.

CAPÍTULO X. PENALIDAD. COMPATIBILIDAD DE LA REGULACIÓN VIGENTE CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....463

X.1.- Penalidad.....463

X.1.A.- La pena del delito de colaboración con asociación terrorista...463

X.1.B.- Ley penal más favorable.....465

X.1.C.- Penalidad histórica.....467

X.1.D.- Aplicación práctica y propuesta de proporcionalidad matemática.....469

X.2.- Proporcionalidad.....	473
X.2.A.- Críticas doctrinales previas al Caso de la Mesa Nacional.....	473
X.2.B.- La Mesa Nacional de Herri Batasuna: Sentencias del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre y del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio.....	477
X.2.C.- El eco legislativo de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio, dando lugar al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo nº 121/000189.....	489
X.3. Especial consideración de los arrepentidos en supuestos de colaboración con asociación terrorista.....	502
X.3. A.- El arrepentido en la legislación penal española (Art. 579.3 CP).....	502
X.3. B.- Críticas doctrinales a la institución atenuatoria.....	508
X.3. C.- Posibles alternativas al instituto premial.....	512
CAPÍTULO XI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENALIDAD.	516
XI.1. Circunstancias atenuantes.....	516
XI.1.A. Eximentes incompletas.....	516
XI.1.B. Grave adicción.....	518
XI.1.C. Obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.....	518
XI.1.D. Haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.....	519
XI.1.E. Haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.....	520
XI.1.F. Otras circunstancias de análoga significación que las anteriores.....	521
XI.2. Circunstancias agravantes.....	526

XI.2.A. Alevosía.....	526
XI.2.B. Disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.....	527
XI.2.C. Precio, recompensa o promesa.....	527
XI.2.D. Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.....	528
XI.2.E. Ensañamiento.....	529
XI.2.F. Abuso de confianza.....	529
XI.2.G. Prevalerse del carácter público.....	530
XI.2.H. Reincidencia.....	531
XI.3. Otras circunstancias: parentesco (23 CP), desistimiento (Art. 16. 2 CP), abandono voluntario de las actividades delictivas (Art. 579.3 CP) y agravante específica de peligro concreto (Art. 576. 2 párrafo 2º inciso II).....	532

CAPÍTULO XII. ESPECIALIDADES PROCESALES Y PENITENCIARIAS APLICABLES AL TIPO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA, ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA.....539

XII.1.- Especialidades de derecho procesal.....	539
XII.1.A.- Detención.....	539
XII.1.B.- Incomunicación durante la detención.....	543
XII.1.C.- Modulación de los derechos del Art. 18.2 y 3.....	546
XII.1.D.- Procedimiento abreviado.....	549
XII.1.F.- Restricción de los otros derechos.....	549
XII.1.G.- Prisión provisional incomunicada.....	553
XII.1.H.- Homogeneidad de los delitos de colaboración y participación.....	556
XII.1.I.- Otras cuestiones procesales.....	559
XII.1.I. a) La dudosa veracidad de los arrepentidos en sus declaraciones.....	559

XII.1.I. b) La necesaria reforma del Art. 384 bis LECrim y adaptación al nuevo Código Penal.....	563
XII.1.I. c) Las últimas modificaciones procesales y su trascendencia en relación con la STC 136/1999 y el artículo 576 CP..	563
XII.1.I. d) El “presunto” Acuerdo de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 15 de diciembre del año 2000, sobre ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional.....	565
XII.2.- Especialidades de derecho penitenciario.....	567
XII.2.A.- Especialidades penitenciarias del Código Penal.....	567
XII.2.A.a) Periodo de seguridad, para el acceso al tercer grado, 36 CP.....	567
XII.2.A.b) Exclusión del Art. 78 CP: beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.....	568
XII.2.A.c) Libertad condicional, 90, 91 y 93 Nótese el Art. 90 y su relación con Art. 579.3 CP.....	569
XII.2.A.d) Efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional: Disposición Adicional 5ª LOPJ.....	573
XII.2.B.- Especialidades de la Ley Orgánica General Penitenciaria....	574
XII.2.B.a) Suspensión o intervención de las comunicaciones de los internos con abogados o procuradores: Art. 51.3 LOGP.....	574
XII.2.B.b) Restricciones para la concesión del tercer grado: Art. 72. LOGP.....	575
XII.2.C.- Especialidades del Reglamento Penitenciario.....	577
XII.2.C.a) Comunicaciones con Abogados y Procuradores: expedición judicial volante: artículo 48 RP.....	577
XII.2.C.b) Clasificación en primer grado: 108 RP.....	577
CONCLUSIONES (CATELLANO).....	580
SCHLUSSFOLGERUNGEN (ALEMÁN).....	598

BIBLIOGRAFÍA.....	620
ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.....	633
APÉNDICE.....	644

ABREVIATURAS

Art	Artículos
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
Cfr	Confróntese
CP	Código Penal de 1995
CP1973	Código Penal de 1973
Coord	Coordinador
Dir.	Director
Ed.	Edición
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
Et al.	Y otros
HB	Herri Batasuna
JAI	Cooperación policial y judicial en materia penal
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
PESC	Política exterior y de seguridad común
Pág	Página
Págs	Páginas
RP	Reglamento Penitenciario
Sec.	Sección
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SS.	Siguientes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Vid	Véase

RESUMEN (CASTELLANO)

La tesis doctoral titulada “El delito de colaboración con asociación terrorista” aborda el fenómeno de la incriminación de individuos ajenos al grupo terrorista, en cuanto grupo formal, que con su auxilio contribuye a la realización del ataque a los bienes jurídicos protagonizados por quienes sí forman parte integrante de la organización terrorista.

El trabajo centra su estudio en la configuración que el Derecho penal español hace de la figura de la colaboración con asociación terrorista a través del artículo 576 del Código Penal de 1995, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

El examen completo del tipo penal antes reproducido se lleva a cabo desde la perspectiva de la regulación jurídica del tipo que se realiza en Alemania, concretamente en el parágrafo 129a StGB, de donde surge la novedosa denominación del delito como de colaboración con asociación terrorista, suponiendo una clara concesión a la técnica legislativa alemana que, en la opinión sostenida en este trabajo, se ajusta más a la realidad que se pretende castigar.

El cuerpo del trabajo se estructura en doce capítulos, dedicados a profundizar cada uno de ellos en un aspecto importante en el tratamiento jurídico-penal del delito en cuestión, desde la perspectiva de la Teoría Jurídica del Delito. Estos capítulos pasan a resumirse de la forma siguiente:

El **capítulo primero**, rubricado “Breve aproximación al fenómeno terrorista” procura aportar una pequeña introducción sistemática y material al fenómeno estudiado. En este sentido, se participa de los objetivos y metodología que se han llevado a cabo en el trabajo, de forma que pueda entenderse qué se pretendía investigar y cómo se ha procurado alcanzar los objetivos planteados.

Seguidamente, se desarrolla una breve aproximación al fenómeno terrorista, prestando especial atención al terrorismo internacional de base Yihadista, donde se pretende abordar qué es terrorismo; la vinculación del fenómeno con los estados democráticos de nuestro entorno; y, finalmente, las respuestas de éstos estados al terrorismo.

En el **capítulo Segundo**, rubricado “Marco político y evolución legislativo-punitiva de la colaboración con organización terrorista” se desarrolla un recorrido histórico-legislativo en relación con el fenómeno terrorista en España, procurando trazar un paralelo con los acontecimientos históricos fundamentales que explican y fundamentan la respuesta jurídico-penal que tales acontecimientos motivan. Se puede hablar, por tanto, de las siguientes etapas:

- Etapa preliminar: marco normativo en 1975 y Decreto-Ley 10/1975, en la que se examina el marco normativo en el año 1975, compuesto por el Código Penal de 1973 y Código de Justicia Militar (modificado por Ley 42/1971, de 15 de noviembre). Y, después, la regulación introducida en la materia por el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.

- Primera etapa, comprensiva de los años que van desde 1976 a mediados de 1980. En esta época se examina el marco político general así como la legislación antiterrorista en materia de colaboración que surge en estos años: el Decreto-ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975 de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos; la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo; y el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Segunda etapa, que abarcaría desde mediados de 1980 hasta finales de 1982, estudiándose el marco político general y la normativa antiterrorista surgida también en este marco, constituida únicamente por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos al Código Penal y al de Justicia Militar.
- Tercera Etapa, comprensiva de los años 1983 a 1989, donde se vuelve a examinar el marco político general y la respuesta jurídico-penal que en esos años da lugar a dos Leyes Orgánicas: la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.
- Finalmente, una cuarta etapa que arranca en 1989 y abarcaría hasta 1996, incluyendo en cierto modo el periodo de tiempo posterior, hasta hoy en día, donde se examina de nuevo la política española y el surgimiento del vigente Código Penal de 1995, que contiene la concreta norma objeto de examen en este trabajo: el artículo 576 CP.

El **capítulo Tercero**, por su parte, se ocupa del Derecho comparado, llevando por título: “Derecho comparado, internacional y comunitario en materia de colaboración con asociaciones terroristas”. Un capítulo dedicado a examinar el derecho positivo en los principales países de nuestro entorno cultural y su

normativa específica en materia de colaboración con asociaciones terroristas. Y así, se examina:

- a) La legislación penal de Alemania, los párrafos § 129 y § 129a StGB
- b) La normativa penal de Italia, los artículos 270-ter: Asistencia a los asociados; 270-quater: Reclutamiento con la finalidad de terrorismo también internacional; y Art. 270-quinquies: Entrenamiento para actividades con finalidad de terrorismo también internacional.
- c) El derecho penal del Reino Unido, concretamente las siguientes normas legales:
 - 1.- Terrorism Act 2000 (Sec. 12, Sec. 54 y Sec. 58)
 - 2.- Terrorism Act 2006, estudiando las siguiente conductas: conductas relacionadas con la apología del terrorismo (Sec. 1); conductas de distribución de propaganda terrorista (Sec. 2); conductas que recogen la especialidad de apología y propaganda terrorista a través de Internet (Sec. 3); conductas de preparación de actos terroristas (Sec. 5); y, finalmente, conductas relativas al entrenamiento de terroristas (Sec. 6)
- d) Se examina, así mismo, la normativa penal vigente en Francia
- e) Y, por último, la normativa penal en materia de terrorismo vigente en los Estados Unidos de América, comprendiendo el examen de los siguientes párrafos: § 2339: escondimiento u ocultación de terroristas; § 2339A: provisión de ayuda material a terroristas; § 2339B: provisión de ayuda material o recursos a organizaciones terroristas extranjeras; y, finalmente, § 2339D: recepción de entrenamiento militar de una organización terrorista extranjera.

Junto con la normativa de países de nuestro entorno cultural, también se aborda el examen de las normas de derecho internacional aplicables a los supuestos de colaboración, distinguiendo a su vez entre:

- a) La colaboración en la normativa internacional de Naciones Unidas, estudiando los supuestos de colaboración previstos por algunos tratados internacionales: artículo 2.4 Convención sobre el terrorismo nuclear; artículo 2.5 de la Convención sobre la financiación del terrorismo; y artículo 3.2 letra b) de la Convención sobre la navegación marítima; así como la fundamental Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001

b) La colaboración en la normativa comunitaria europea, centrando el examen en las siguientes normas comunitarias: la Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002; las Posiciones comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC; y, finalmente, la Acción Común 98/733/JAI

El **capítulo Cuarto** aborda una cuestión muy interesante, no sólo en relación con el delito de colaboración con asociación terrorista, sino más en general con todos delitos terroristas. Se trata de un examen en profundidad del bien jurídico protegido por estos delitos, en un momento en que esta institución jurídica no goza de gran predicamento. Se aborda en el mismo la especificidad de los delitos terroristas, estudiando las Teoría objetivas o del bien jurídico y teorías subjetivas o de la finalidad que tratan de explicar el contenido del bien jurídico protegido en los tipos penales.

Después se lleva a cabo un examen pormenorizado de los bienes jurídicos protegidos que, tradicionalmente, se han vinculado a la represión penal del terrorismo: el orden público, la seguridad pública y la seguridad ciudadana. El primer de ellos se estudia atendiendo a lo señalado sobre el mismo por la doctrina científica, la legislación histórica española, su compatibilidad con el régimen constitucional contemporáneo y, por último, se distingue de los otros dos conceptos antes indicados: seguridad pública y seguridad ciudadana.

El orden público, como concepto fundamental, es examinado también como bien jurídico-penal protegido por muchos tipos penales, desarrollando su configuración desde la doble perspectiva del daño mediato e inmediato y su configuración dentro del Título XXII del Código Penal, atendiendo a la doctrina española y la configuración del derecho positivo comparado.

Finalmente, se examina el bien jurídico protegido por los delitos que castigan las conductas terroristas, de forma preeminente, estimando como tal el orden democrático constitucional; y trazando una relación analógica, en cuanto al bien jurídico protegido, entre los delitos de terrorismo y los delitos de rebelión en el Código Penal de 1995

El **capítulo Quinto** constituye el verdadero núcleo duro del trabajo de investigación, por cuanto trata de sistematizar el tipo objetivo de los delitos colaboración con asociaciones terroristas.

Dentro del tipo objetivo se examinan los sujetos intervinientes en la comisión de un delito de colaboración terrorista: el sujeto activo, con una especial mención del concepto de banda armada, organización o grupo terrorista y la conceptualización del sujeto activo como un *extraneus* a la organización. Por lo que respecta al sujeto pasivo, se desarrolla un breve análisis del carácter colectivo que el mismo tiene, si bien concretando tales sujetos en las concretas víctimas de la asociación terrorista con la que se colabora.

Un elemento esencial en la definición del tipo objetivo del delito estudiado lo constituye la conducta típica del delito, constituida por la abstracta consideración del concepto jurídico-penal de la colaboración y su propio contenido de injusto. A tal efecto, se desarrollan los caracteres principales del delito de colaboración tipificado en el artículo 576 CP. Y así, se aborda la colaboración con organización terrorista como

- 1.- Delito autónomo o básico.
- 2.- Delito residual o subsidiario.
- 3.- Delito de tracto sucesivo y reiterado.
- 4.- Delito de mera actividad
- 5.- Delito de peligro abstracto.

Por lo que respecta a la base de la conducta típica, el trabajo apuesta por examinar dicha conducta desde un examen gramatical del término “colaboración”, pasando por un análisis de la naturaleza social de la asociación ilícita y lícita, así como su parangón con la normativa vigente en materia de asociaciones lícitas en España para poder extraer ciertos elementos comunes. De ahí que se culmine dicho apartado con la distinción entre dos tipos de colaboración, la contributiva y la auténtica, que servirá para distinguir el término empleado en diversos preceptos del Código Penal en materia de terrorismo.

También dentro de la conducta típica se examina la estructura del tipo previsto en el artículo 576 CP, haciendo especial mención de su contenido de injusto. Para ello se examina la estructura del tipo, extrayendo una posible

lectura procesal del mismo y trazando las líneas maestras del concreto contenido de injusto del tipo en cuestión.

Una cuestión esencial es la relativa a la discutida naturaleza de los actos de colaboración con organización terrorista. Una materia no pacífica en la doctrina y que puede abordarse desde dos perspectivas esenciales:

1.- La consideración del delito de colaboración con asociación terrorista como acto preparatorio, estudiando el fenómeno de la colaboración a la luz del *iter criminis*.

2.- O bien, su configuración como un acto de participación, elevado al grado de autoría, en cuyo caso se examina la colaboración a la luz de la participación delictiva. A favor de esta última consideración, con las pertinentes razones, se toma partido.

Finalmente, se aborda el estudio de las diversas modalidades comisivas de la figura de colaboración con asociación terrorista. Para ello, se desarrolla un breve recorrido histórico-legislativo por las conductas típicas del delito de colaboración en los textos normativos que ya se estudiaron al comienzo del trabajo. Después se aborda el estudio de tales conductas desde la perspectiva de la legislación actual, doctrinal y jurisprudencial. Especial mención merece, en esta sede, la configuración de las conductas de colaboración en el entorno de las asociaciones terroristas Yihadistas. De ahí que se intente abordar la complejidad del fenómeno asociativo terrorista de la Yihad, así como las respectivas conductas de colaboración en relación con tales asociaciones terroristas Yihadista. Por último, y en relación con tales organizaciones Yihadistas, se realiza una pequeño excursus sobre el reclutamiento en las asociaciones terroristas de tipo Yihadista, acompañándose diversos gráficos sobre las conductas de ETA más habituales, así como las conductas más habituales en las células Yihadistas desarticuladas en España en los últimos diez años.

El **capítulo Sexto** del trabajo de investigación aborda el otro extremo esencial desde la perspectiva de la teoría jurídica del delito: el aspecto subjetivo del tipo de colaboración con asociación terrorista. Lógicamente, dentro de este apartado se dedica un especial interés al delito de colaboración como delito doloso, exclusivamente; prestando especial interés al denominado

“ánimo de colaborar” como elemento subjetivo del tipo así como la inexistencia de elementos subjetivos del injusto en el ámbito concreto de la colaboración con asociación terrorista. Finalmente, se considera la distinción que existe entre la concurrencia de pluralidad de móviles y su distinción del dolo de colaboración, así como la perspectiva jurisprudencial que sobre la materia existe.

El **capítulo Séptimo** se dedica al estudio de las causas que excluyen o modifican la responsabilidad criminal del colaborador con organización terrorista.

Respecto de las causas que excluyen la responsabilidad criminal por los delitos de colaboración examinados, se estudia la minoría de edad, la anomalía o alteración psíquica, el trastorno mental transitorio, la intoxicación plena, las alteraciones de la percepción, la legítima defensa, el estado de necesidad, el miedo insuperable y, por último, el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Todo ello desde una perspectiva centrada en supuestos reales tratados por la Jurisprudencia española.

Por otra parte, el **capítulo Octavo** aborda el estudio del *iter criminis* y los actos preparatorios de los delitos de colaboración con asociación terrorista. En el mismo se estudian, fundamentalmente, los actos preparatorios, las teorías sobre la admisibilidad de la tentativa en tales delitos, los concretos supuestos de actos preparatorios de la colaboración: conspiración, proposición y provocación y, finalmente, el error de prohibición y el error sobre los elementos del tipo.

El **capítulo Noveno** aborda el examen del régimen concursal del tipo de colaboración con asociación terrorista y, consecuentemente, su distinción de otras figuras afines. Dentro de este capítulo Noveno se estudia la materia relacionada con el concurso de normas, estimando como tal el que se produce con los siguientes delitos:

- a) El delito de amenazas terroristas (Art. 170.2 CP)
- b) La pertenencia a asociaciones terroristas (Arts. 515 2º y 516 CP)
- c) El colaborador de los Arts. 572-574 CP

- d) Terrorismo urbano o individual (Art. 577 CP)
- e) Conductas apologéticas y desprecio de las víctimas (artículo 578 y apología Art. 18.1 párrafo 2º CP)
- f) Colaboración con asociación terrorista y coautoría o participación en delitos terroristas: la cláusula concursal del Art. 576.2 Párrafo segundo, inciso II CP.
- g) Colaboración con asociación terrorista y actos preparatorios de la colaboración (Art. 579.1 CP).

Finalmente, en cuanto al concurso de delitos, real o ideal, se considera el tipo objeto del presente trabajo en concurrencia con los siguientes delitos:

- a) Con el delito de encubrimiento (Art. 451 CP)
- b) Con el delito previsto en el artículo 575 CP
- c) Y diversos supuestos concursales de menor relevancia

El **capítulo Décimo** examina una cuestión muy interesante, surgida a raíz de los fallos judicial y constitucional en el supuesto de la Mesa Nacional de Herri Batasuna: la penalidad. Cuestión que se complementa con el examen de la compatibilidad de la regulación vigente con el principio de proporcionalidad. En primer lugar, en materia de penalidad, se examina la pena con la que se conmina el delito de colaboración en el Código penal vigente, así como la ley penal más favorable para supuestos de colaboración cometidos bajo la vigencia del anterior Código de 1973. Junto con ello se traza una línea comparativa en materia de penalidad atendiendo a los diversos tipos penales que se han sucedido en la legislación española. Por último, se realiza una propuesta de aplicación de la pena basada en criterios de proporcionalidad matemática.

En segundo lugar, se aborda la cuestión de la proporcionalidad, especialmente en relación con las críticas doctrinales surgidas a raíz del denominado Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna y la condena de sus miembros como colaboradores con la banda terrorista ETA mediante Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535] y su posterior anulación por la Sentencias del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136]. Junto a dicho análisis, se desarrolla un estudio pormenorizado del eco legislativo que dicha Sentencia del Tribunal

Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio tuvo, y que dio lugar al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo nº 121/000189.

Finalmente, dentro de este apartado se realiza un breve análisis de la figura del arrepentido en relación con los concretos supuestos de colaboración con asociación terrorista, prestando atención a la legislación penal española (Art. 579.3 CP); a las críticas doctrinales a la institución atenuatoria; y, finalmente, a las posibles alternativas a dicho instituto premial.

El **capítulo Undécimo**, en cuanto a las causas que modifican la responsabilidad criminal por delitos de colaboración con asociación terrorista, divide su examen en tres grandes grupos:

a) Circunstancias que atenúan la responsabilidad del sujeto activo, considerando como tales las eximentes incompletas, la grave adicción, obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante; haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades; haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral; y, por último, otras circunstancias de análoga significación que las anteriores.

b) Circunstancias que agravan la responsabilidad del sujeto activo, estimando las principales, cuales son: la alevosía, el disfraz, haber obrado con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente; precio, recompensa o promesa; obrar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca; ensañamiento; abuso de confianza; prevalimiento del carácter público ostentado por el sujeto activo; y, finalmente, la reincidencia.

c) Otras circunstancias de carácter específico: el parentesco (23 CP); el desistimiento (Art. 16. 2 CP), el abandono voluntario de las actividades delictivas (Art. 579.3 CP) y, por último, la agravante específica de peligro concreto (Art. 576. 2 párrafo 2º inciso II).

Por último, se dedica el **capítulo Duodécimo** a las especialidades procesales y penitenciarias del tipo de colaboración con asociación terrorista. Se aborda, en primer lugar, las especialidades de tipo procesal, examinando:

- 1.- La detención.
- 2.- La incomunicación durante la detención.
- 3.- La modulación de los derechos del Art. 18.2 y 3 de la Constitución.
- 4.- El procedimiento abreviado.
- 5.- La restricción de los otros derechos.
- 6.- La prisión provisional incomunicada.
- 7.- La homogeneidad de los delitos de colaboración y participación.
- 8.- Finalmente, otras múltiples cuestiones de carácter procesal no ubicables en los supuestos antes indicados:

a) La dudosa veracidad de los arrepentidos en sus declaraciones.

b) La necesaria reforma del Art. 384 bis LECrim y adaptación al nuevo Código Penal.

c) Las últimas modificaciones procesales y su trascendencia en relación con la STC 136/1999 y el artículo 576 CP

d) El “presunto” Acuerdo de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 15 de diciembre del año 2000, sobre ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional.

Por lo que respecta a las especialidades en materia de derecho penitenciario, se realiza un detenido análisis en materia de colaboración, adoptando como criterio de clasificación la norma que contiene dichas especialidades. Así, se puede distinguir entre aquellas especialidades penitenciarias previstas en el propio Código Penal, entre las que se consideran:

a) El periodo de seguridad, para el acceso al tercer grado, 36 CP

b) La exclusión del Art. 78 CP: beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad

condicional se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

c) La libertad condicional, 90, 91 y 93 CP, atendiendo a la relación entre el Art. 90 CP y su relación con Art. 579.3 CP

ZUSAMMENFASSUNG (ALEMÁN)

Die Dissertation mit dem Titel „Das Delikt der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung“ befasst sich mit dem Phänomen der Strafbarkeit von Personen, die formell nicht zu der terroristischen Vereinigung gehören, die aber mit ihrer Hilfe entscheidend zur Verletzung der Rechtsgüter seitens der Mitglieder der Vereinigung beitragen.

Der Schwerpunkt der Arbeit stellt die Analyse der Regulierung des Tatbestandes der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung im spanischen Strafgesetzbuch von 1995 dar, dessen zentrale Strafnorm der Artikel 576 ist. Dieser enthält den folgenden Wortlaut:

(1) Mit Gefängnis von fünf bis zu zehn Jahren und Geldstrafe von 18 bis zu 24 Monaten wird bestraft, wer jedwede Unterstützungshandlung zu den Tätigkeiten oder Zielen einer bewaffneten Bande, terroristischen Organisation oder Gruppe ausführt, darum ersucht oder sie erleichtert.

(2) Unterstützungshandlungen sind die Information über oder die Überwachung von Personen, Gütern oder Anlagen; die Errichtung, Herrichtung, Überlassung oder Verwendung von Unterkünften oder Lagern, das Verbergen oder die Verlegung von Personen, die mit den bewaffneten Banden, terroristischen Organisationen oder Gruppen in Verbindung stehen; das Organisieren von Ausbildungsübungen oder die Teilnahme daran und allgemein jede andere entsprechende Form der finanziellen oder andersartigen Unterstützung bei, Hilfe zu oder Vermittlung von Tätigkeiten der genannten bewaffneten Banden, terroristischen Organisationen oder Gruppen.

Gefährdet die im vorhergehenden Absatz erwähnte Information über oder die Überwachung von Personen deren Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen, ist die in Abs. 1 angedrohte Strafe aus der oberen Hälfte zu verhängen. Verwirklicht sich die genannte Gefahr, ist die Tat, je nach Fall, als Mittäterschaft oder Beihilfe zu bestrafen.

Die vollständige Untersuchung des o.g. Tatbestandes wird aus der Perspektive des deutschen Strafrechts vorgenommen, aus dessen § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) die neuartige Bezeichnung des Deliktes als „Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung“ hergeleitet wird. Dies bedeutet ohnehin ein eindeutiges Zugeständnis an der deutschen Gesetzestechnik, welche – nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung – sich besser an den zu bestrafenden Sachverhalt anpaßt.

Die Struktur der Arbeit gliedert sich in elf Kapiteln, in denen die wichtigsten Aspekte der strafrechtlichen Behandlung des konkreten Deliktes – der Perspektive der Verbrechenslehre ausgehend – ausführlich behandelt werden. Im folgenden erfolgt eine Zusammenfassung sämtlicher Kapitel der Dissertation.

Das **Erste Kapitel**, welches die Überschrift „Zwecke, Methodik und kurze Annäherung auf das Terrorismusphänomen“ trägt, versucht, eine kurze systematische und materielle Einführung des zu behandelnden Phänomens einzubringen. In diesem Sinne wird sowohl zu den Zwecken als auch zu der Methodik, welche in der Arbeit behandelt worden sind, gegriffen, so dass dem Leser das Objekt der Untersuchung sowie die mit der Dissertation zu verfolgenden Zwecke verständlich gemacht werden können. Anschließend erfolgt eine kurze Annäherung auf das Terrorismusphänomen, mit besonderer Berücksichtigung des internationalen dschihadistischen Terrorismus. Schwerpunkte dieses Abschnittes stellen die Begriffsbestimmung des Terrorismus, dessen Verbindung mit den demokratischen Staaten unseres geographischen Umfeldes sowie, letztendlich, die gesetzlichen Antworten dieser Staaten auf den Terrorismus dar.

Im **Zweiten Kapitel**, betitelt mit dem Wortlaut „Politischer Rahmen und gesetzlich-strafrechtliche Entwicklung des Tatbestandes der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung“, wird zunächst ein gesetzlich-historischer Überblick über das Phänomen des Terrorismus in Spanien vorgenommen. Dabei wird versucht, die Verbindung zwischen den wichtigsten Ereignissen im

Bereich des Terrorismus und die strafrechtliche Antwort des Gesetzgebers auf diese Ereignisse darzulegen. In diesem Zusammenhang können folgende historische Abschnitte unterschieden werden:

- Einleitender Abschnitt: Gesetzlicher Rahmen im Jahre 1975 und Gesetzverordnung 10/1975. Hier wird der gesetzliche Rahmen in diesem Jahr analysiert, der aus dem Strafgesetzbuch von 1973 und dem Militärstrafgesetzbuch (geändert durch das Gesetz 42/1971 vom 15. November) besteht. Anschließend wird auf die in der Materie durch die Gesetzverordnung 10/1975 vom 26. August, „über Prävention des Terrorismus“ eingeführte Regulierung eingegangen.
- Erster Abschnitt, welcher den Zeitraum zwischen 1976 und Mitte des Jahres 1980 umfaßt. In dieser Etappe wird der allgemeine politische Rahmen sowie die erlassene Antiterror-Gesetzgebung im Bereich der Unterstützungshandlungen dargelegt: Gesetzverordnung 2/1976 vom 18. Februar, welche die Gesetzverordnung 10/1975 über Prävention des Terrorismus überarbeitet und die Zuständigkeit für die Aburteilung der Terrorismusdelikte bestimmt; Gesetz 82/1978 vom 28. Dezember, welches das Strafgesetzbuch im Bereich der Terrorismusdelikte ändert, und das Königliche Gesetzverordnung 3/1979 vom 26. Januar, „über den Schutz der Öffentlichen Sicherheit“.
- Zweiter Abschnitt, der sich von Mitte des Jahres 1980 bis Ende 1982 hinzieht. Hier wird erneut sowohl der politische Rahmen als auch die verabschiedete Antiterror-Gesetzgebung unter die Lupe genommen, die lediglich aus dem Organgesetz 2/1981 vom 4. Mai, welches einige Vorschriften des Straf- und des Militärgesetzbuches ändert und ergänzt, besteht.

- Dritter Abschnitt, der den Zeitraum zwischen 1983 und 1989 umfaßt. Neben der Untersuchung des allgemeinen politischen Rahmens wird in diesem Fall auch die Antwort des Gesetzgebers auf die Terrorismuskriminalität analysiert. Hierbei verdienen insbesondere zwei Gesetzesvorschriften die Aufmerksamkeit: das Organgesetz 9/1984 vom 26. Dezember „gegen die Tätigkeit von bewaffneten Banden und terroristischen Elementen und zur Entfaltung des Art. 55 Abs. 2 des Grundgesetzes“, und das Organgesetz 3/1988 vom 25. Mai, „zur Reform des Strafgesetzbuches“.

- Schließlich ist auf einen vierten Abschnitt hinzuweisen, der seinen Anfang im Jahre 1989 nimmt und sich grundsätzlich bis zum Jahre 1996 erstreckt, wobei der anschließende Zeitraum bis zur Gegenwart ebenfalls in diesen Abschnitt einzugliedern ist. Hier wird die Kriminalpolitik in Spanien sowie das Entstehen des geltenden Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1995 ausführlich analysiert, welches in Art. 576 den in dieser Arbeit zu untersuchenden Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung regelt.

Das **Dritte Kapitel** befasst sich in erster Linie mit der Rechtsvergleichung. Dementsprechend lautet die Überschrift dieses Kapitels wie folgt: „Rechtsvergleichung, Völkerrecht und Gemeinschaftsrecht im Bereich der Unterstützung bei terroristischen Vereinigungen“. In diesem Abschnitt wird zunächst das zur Zeit geltende positive Recht in den Staaten unseres Kulturkreises analysiert, wobei die spezifische Gesetzgebung im Bereich der Unterstützung bei terroristischen Vereinigungen eine besondere Beachtung verdient. Zweck der Untersuchung sind insbesondere:

- a) die Strafgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland (§§ 129, 129a StGB);
- b) die Strafgesetzgebung in Italien (Art. 270-ter: Unterstützung der Mitglieder; 270-quater: Rekrutierung mit Terrorismuszwecken, auch mit internationalem Charakter; 270-quinquies: Training

zugunsten terroristischer Aktivitäten, auch mit internationalem Charakter).

- c) Das geltende Strafrecht in Großbritannien, insbesondere folgende Gesetzesvorschriften:
 1. Terrorism Act 2000 (Sec. 12, Sec. 54 y Sec. 58);
 2. Terrorism Act 2006, insbesondere bei Berücksichtigung folgender Sachverhalte: Sachverhalte im Bereich der Verherrlichung des Terrorismus (Sec. 1); Verbreitung terroristischer Propaganda (Sec. 2); Sachverhalte, die sich speziell auf die Verherrlichung und die terroristische Propaganda durch das Internet beziehen (Sec. 3); terroristische Vorbereitungshandlungen (Sec. 5); Sachverhalte, die die Ausbildung von Terroristen beschreiben (Sec. 6).
- d) die geltende Strafgesetzgebung in Frankreich;
- e) Schließlich die zur Zeit in den USA geltende Strafgesetzgebung bezüglich der Terrorismuskriminalität, insbesondere folgende Strafvorschriften: § 2339: Verbergen oder Verstecken von Terroristen; § 2339A: Besorgung materieller Hilfe zugunsten Terroristen; §2339B: Besorgung materieller Hilfe oder anderer Ressourcen zugunsten ausländischer terroristischer Vereinigungen; §2339D: Annahme militärischer Ausbildung seitens einer ausländischen terroristischen Vereinigung.

Neben der in den Staaten unseres Kulturkreises geltenden Gesetzgebung wird ebenfalls eine Analyse der für den Sachverhalt der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung in Frage kommenden Vorschriften des Völkerrechts durchgeführt, wobei unter folgenden Konstellationen unterschieden wird:

- a) Die Regulierung der Unterstützungshandlungen in den Bestimmungen der Vereinten Nationen. In diesem Sinne werden die in einigen internationalen Abkommen vorgesehenen Unterstützungssachverhalte analysiert, wie z.B.: Art. 2.4 des Abkommens über nuklearen Terrorismus; Art. 2.5

des Abkommens über die Terrorismusfinanzierung, und Art. 3.2 b) des Schifffahrtsabkommens. Darüber hinaus wird die entscheidende Resolution 1373 (2001) vom 28. September 2001 berücksichtigt.

- b) Die Unterzützungshandlungen in der Gesetzgebung der Europäischen Union, wobei der Schwerpunkt der Analyse in den folgenden Gemeinschaftsvorschriften gelegt wird: Rahmenbeschuß des Rates (2002/475/JAI) vom 13. Juni 2002; Gemeinsame Standpunkte 2001/930/PESC und 2001/931/PESC; und schließlich die Gemeinsame Aktion 98/733/JAI.

Das **Vierte Kapitel** befasst sich mit einer bedeutenden Frage, die nicht nur im Bereich des Tatbestandes der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung, sondern auch allgemein im Rahmen der Terrorismusdelikte von Bedeutung ist. Es handelt sich nämlich um eine ausführliche Analyse des Rechtsgutes, welches von diesem Deliktstypus geschützt wird. Dies erscheint insofern interessant, weil dieses Rechtsinstitut zur Zeit bei manchen Autoren in Verruf geraten ist. Bei dieser Analyse wird insbesondere der Besonderheit der Terrorismusdelikte Rechnung getragen. Ziel der Untersuchung werden sowohl die objektiven Theorien bzw. die Rechtsgutstheorien sowie die subjektiven Theorien bzw. Zwecktheorien, welche insgesamt den Zweck verfolgen, den Inhalt des von den verschiedenen Deliktstypen geschützten Rechtsgutes zu erklären.

Anschließend erfolgt eine detaillierte Analyse sämtlicher Rechtsgüter, die traditionell mit der strafrechtlichen Verfolgung des Terrorismus in Verbindung gebracht worden sind: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit und die Sicherheit der Bevölkerung. Die Analyse des ersten Rechtsgutes erfolgt unter Bezugnahme des Schrifttums, der historischen spanischen Gesetzgebung und seiner Vereinbarkeit mit der geltenden verfassungsmäßigen Ordnung. Darüber hinaus werden die Unterschiede zwischen dem erst genannten Rechtsgut und den zwei anderen Rechtsgütern – öffentliche Sicherheit und die Sicherheit der Bevölkerung – erläutert.

Das als Grundbegriff verstandene Rechtsgut der öffentlichen Ordnung wird ebenfalls bei Berücksichtigung seines strafrechtlichen Schutzcharakters in zahlreichen Delikten untersucht. In diesem Sinne wird seine Gestaltung aus der doppelten Perspektive des mittelbaren und unmittelbaren Schadens sowie aus seiner Implementierung im Titel XXII des spanischen Strafgesetzbuches ermittelt, wobei die spanische strafrechtliche Lehre sowie die Rechtsvergleichung ebenfalls mit berücksichtigt werden.

Schließlich erfolgt eine Analyse des von den terroristischen Tatbeständen vorrangig geschützten Rechtsgutes, nämlich die demokratisch-verfassungsmäßige Ordnung. In Bezug auf dieses konkrete Rechtsgut wird ebenfalls eine analogische Beziehung zwischen den im spanischen Strafgesetzbuch von 1995 geregelten Terrorismusdelikten und den Aufstandsdelikten gemacht.

Das **Fünfte Kapitel** stellt zweifellos den Kernbereich der Dissertation dar. Hier wird versucht, den objektiven Tatbestand der Unterstützungshandlungen bei terroristischen Vereinigungen zu systematisieren.

Innerhalb des objektiven Tatbestandes werden insbesondere die verschiedenen Täterkonstellationen untersucht, die im Bereich der Unterstützungshandlungen zugunsten terroristischer Vereinigungen in Frage kommen: der Täter einer Unterstützungshandlung, mit besonderer Berücksichtigung der Grundbegriffe „bewaffnete Banden, terroristische Organisationen oder Gruppen“, sowie die Begriffsbildung des Täters einer Unterstützungshandlung als ein *extraneus* der Organisation. Was das Opfer dieses Deliktstypus anbelangt, wird grundsätzlich eine kurze Analyse seiner kollektiven Natur durchgeführt, wobei eine Konkretisierung bezüglich der unmittelbaren Opfer der terroristischen Organisation erfolgt, mit der der Täter mitwirkt.

Ein wesentliches Element in der Begriffsbestimmung des objektiven Tatbestandes des Unterstützungsdelikttes stellt die Tathandlung dar. Diese besteht grundsätzlich aus der abstrakten Betrachtung des strafrechtlichen Begriffes der Unterstützung sowie aus seinem eigenen Unrechtsgehalt. Zu diesem Zweck werden die Hauptmerkmale des in Art. 576 CP geregelten

Unterstützungsdelikt erläutert. So wird die Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung als:

1. Autonomes bzw. Grunddelikt;
2. Rest- bzw. subsidiäres Delikt;
3. Mehraktiges und Dauerdelikt;
4. Schlichtes Tätigkeitsdelikt;
5. Abstraktes Gefährdungsdelikt.

Was die Grundlage der Tatbestandshandlung angeht, geht die Dissertation von einer Analyse dieser Handlung auf der Basis einer grammatikalischen Auslegung des Begriffes „Unterstützung“ aus. Darüber hinaus wird die soziale Natur der rechtmäßigen und der verbotenen Vereinigung sowie seinen Vergleich mit der geltenden Rechtslage in Spanien bezüglich der verbotenen Vereinigungen untersucht. Auf diese Weise lassen sich einige gemeinsame Elemente herleiten. Daraus folgt, dass dieser Abschnitt mit der Unterscheidung zweier Unterstützungskonstellationen abgeschlossen wird: die Beitragsunterstützung einerseits, und die authentische Unterstützung, andererseits. Diese Unterscheidung dient grundsätzlich dem Zweck, die Begriffsbestimmung des Terminus „Untertützung“ in den verschiedenen mit dem Terrorismus befassten Strafvorschriften des Código Penal zu unterscheiden.

Innerhalb der Tathandlung wird ebenfalls die Struktur des in Art. 576 CP vorgesehenen Tatbestandes überprüft, mit besonderer Berücksichtigung seines Unrechtsgehaltes. Dafür wird in erster Linie die Struktur des Tatbestandes analysiert, so dass eventuell eine mögliche strafprozessuale Auslegung des eben genannten Tatbestandes entnommen werden kann. Ferner werden die Hauptelemente des konkreten Unrechtsgehaltes des Tatbestandes skizziert.

Ein wesentliches Problem in dieser Materie stellt zweifellos die umstrittene Natur der Unterstützungshandlungen bei einer terroristischen Vereinigung dar. Diese Problematik, welche innerhalb der Strafrechtslehre weiterhin ungelöst bleibt, kann aus zwei verschiedenen Perspektiven angegangen werden:

1. Die Interpretation der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung als Vorbereitungshandlung, so dass das

Phänomen der Unterstützung aus der Betrachtung des *iter criminis* analysiert wird;

2. Die Gestaltung des Unterstützungsdeliktes als Teilnahmehandlung täterschaftlicher Natur. In diesem Fall wird die Unterstützungshandlung aus der Perspektive der strafrechtlichen Teilnahme überprüft. In der Arbeit wird für diese zweite Alternative plädiert. Dabei werden die einschlägigen Gründe angeführt.

Schließlich werden die verschiedenen Ausführungsmodalitäten der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung untersucht. Dafür wird zunächst ein kurzer historisch-gesetzgeberischer Überblick über die Tatbestandshandlungen des Unterstützungsdeliktes in den verschiedenen Gesetzestexten, welche am Anfang der Dissertation analysiert worden waren, unternommen. Anschließend wird die Studie solcher Handlungen ausgehend von den geltenden Rechtsvorschriften, dem Schrifttum und der Rechtsprechung angeschnitten. In diesem Abschnitt verdient die Umschreibung der Unterstützungshandlungen im Bereich des islamistischen Terrorismus eine besondere Bedeutung. Dafür wird versucht, die Komplexität der terroristischen Vereinigungen im Rahmen des Dschihadismus sowie die entsprechenden Unterstützungshandlungen bei terroristischen dschihadistischen Vereinigungen aufzuklären. In dem beschriebenen Kontext wird am Ende ein kurzer Exkurs über die Rekrutierungsaktivitäten im Bereich der islamistischen terroristischen Vereinigungen gemacht. Dafür werden einige Graphiken dargestellt, welche die von der Terrororganisation ETA gewöhnlich verübten Aktionen sowie solche der in Spanien in den letzten zehn Jahren zerschlagenen dschihadistischen Zellen zeigen.

Das **Sechste Kapitel** der Dissertation befasst sich mit dem zweiten Kernelement der Verbrechenslehre: das subjektive Element des Tatbestandes der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung. Innerhalb dieses Abschnittes wird der Betrachtung des Unterstützungstatbestandes als vorsätzliches Delikt logischerweise eine besondere Beachtung geschenkt. Dabei erlangt der sog. „Unterstützungsabsicht“ als subjektives

Tatbestandsmerkmal ein eigentümliches Interesse, wobei in diesem Kontext die Tatsache hervorzuheben ist, dass im konkreten Bereich der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung keine subjektiven Unrechtselemente zu finden sind. Schließlich wird der Unterschied zwischen der Konkurrenz einer Mehrheit von Tatmotiven sowie ihre Differenzierung vom Unterstützungsvorsatz berücksichtigt, wobei die Perspektive der Rechtsprechung in der Materie mit einbezogen wird.

Das **Siebte Kapitel** welches sich mit der Analyse der Gründe befasst, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Mitwirkers mit einer terroristischen Vereinigung entweder ausschließen oder modifizieren.

Was die Strafausschließungsgründe im Bereich der beschriebenen Unterstützungsdelikte angeht, werden insbesondere die Minderjährigkeit, die psychische Anomalie oder Störung, die vorübergehende Geistesstörung, die Vergiftung, die Veränderungen in der Wahrnehmung, die Notwehr, den Notfall, die unüberwindbare Angst und, letztendlich, die Pflichterfüllung oder die berechtigte Rechtsausübung untersucht. Diese Analyse wird mit spezieller Berücksichtigung konkreter Fallgruppen durchgeführt, die von der spanischen Rechtsprechung behandelt worden sind.

Anschließend folgt das **Achte Kapitel**, schneidet die Analyse des *iter criminis* sowie die Vorbereitungshandlungen bezüglich der Unterstützungsdelikte bei einer terroristischen Vereinigung. Inhalt der Untersuchung sind grundsätzlich die Vorbereitungshandlungen, die Theorien über die Zulässigkeit des Versuchs in solchen Delikten, die konkreten Fallgruppen der Vorbereitungshandlungen im Bereich der Unterstützung: die Aufforderung, die Verabredung und der Vorschlag; und schließlich, der Tatbestandirrum und der Verbotirrtum.

Das **Neunte Kapitel** behandelt die Problematik der Konkurrenz beim Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung. Dementsprechend erfolgt in diesem Kapitel die Unterscheidung dieses Deliktes von anderen Tatbeständen ähnlichen Charakters. Gegenstand der Analyse ist

zunächst die Normkonkurrenz, welche in folgenden Deliktssituationen auftauchen kann:

- a) Drohung mit terroristischen Aktivitäten (Art. 170.2 CP);
- b) Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen (Art. 515.2 u. 516 CP);
- c) Mitwirkende in den Fallkonstellationen der Art. 572-574 CP;
- d) Sog. Straßenterrorismus oder individueller Terrorismus (Art. 577 CP);
- e) Verherrlichung des Terrorismus und Verachtung der Opfer (Art. 578 CP und die in Art. 18.1 Abs. 2 CP enthaltene Apologie);
- f) Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung und Mittäterschaft bzw. Teilnahme an terroristischen Straftaten: die in Art. 576.2 Abs. 2, Ziff. II CP enthaltene Konkurrenzklausele;
- g) Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung sowie Vorbereitungshandlungen im Bereich der Unterstützung (Art. 579.1 CP).

Bezüglich der Verbrechenskongkurrenz – Ideal- oder Realkongkurrenz – geht die in dieser Dissertation vertretene Meinung davon aus, dass der Unterstützungstatbestand in Kongkurrenz mit folgenden Straftaten steht:

- a) Begünstigung (Art. 451 CP);
- b) Das in Art. 575 CP geregelte Delikt (Vermögensdelikte im Bereich des Terrorismus);
- c) Andere Kongkurrenzfälle geringerer Bedeutung.

Das **Zehnte Kapitel** beschäftigt sich damit, eine ziemlich brisante Problematik anzugehen, die ausgehend von der Rechtsprechung des spanischen Obersten Gerichtshofes sowie des Verfassungsgerichtes im Fall des Zentralvorstandes von Herri Batasuna mittlerweile an Aktualität gewonnen hat: die Strafbarkeit. Diese Problematik wird mit der Analyse der Vereinbarkeit der geltenden Rechtslage mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergänzt.

Im Bereich der Strafbarkeit wird zunächst die für das Delikt der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung im geltenden spanischen Strafgesetzbuch vorgesehene Strafe sowie das mildere Strafgesetz für Unterstützungshandlungen, die unter Geltung des alten spanischen Strafgesetzbuches begangen worden waren, untersucht. Damit im

Zusammenhang wird ein Vergleich zwischen den verschiedenen in der spanischen historischen Strafgesetzgebung geregelten Straftatbestände der Unterstützung gemacht. Schließlich wird der Vorschlag unterbreitet, die Strafe auf der Basis eines mathematischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzuwenden.

Anschließend wird die Problematik der Verhältnismäßigkeit angeschnitten. Dies erfolgt insbesondere unter Berücksichtigung der seitens des Schrifttums geübten Kritik aufgrund des Falles des Zentralvorstandes von Herri Batasuna, dessen Mitglieder wegen Unterstützung bei der terroristischen Organisation ETA durch Urteil des spanischen Obersten Gerichtshofes Nr. 2/1997 vom 29. November verurteilt worden waren. Dennoch wurde diese Entscheidung später durch das spanische Verfassungsgericht aufgehoben (Urteil Nr. 136/1999 vom 20. Juli). Im Zusammenhang damit wird eine detaillierte Analyse der legislativen Folgen durchgeführt, die das o.g. Urteil des spanischen Verfassungsgerichts mit sich brachte. Aufgrund dieser Entscheidung wurde nämlich ein Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuches im Bereich der Terrorismusdelikte von seiten der damaligen Regierung vorgelegt (Gesetzentwurf Nr. 121/000189).

Schließlich wird in diesem Kapitel ein kurzer Überblick über die Figur des „reueigen Täters“ im Bereich der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung gemacht. Dafür wird speziell auf die spanische Strafgesetzgebung (Art. 579.3 CP), sowie auf die von seiten des Schrifttums bezüglich dieses Rechtsinstitutes ausgeübte Kritik und auf mögliche Alternativen dieser Milderungsmöglichkeit Bezug genommen.

Bezüglich der Gründe, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Bereich der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung modifizieren, wird im **Elfte Kapitel** die Studie aus einer dreifachen Perspektive vorgenommen:

- a) Gründe, welche die Verantwortlichkeit des Täters mildern. Darunter fallen insbesondere die Strafmilderungsgründe, die schwere Abhängigkeit, das Handeln unter solchen übermächtigen Gründen oder Anreizen, die Jähzorn,

Verblendung oder einen ähnlichen Affektzustand hervorrufen. Darüber hinaus sind solche Verhaltensweise seitens des Täters als Milderungsgründe zu betrachten: wenn der Täter, bevor er Kenntnis von einem gegen ihn geführten Strafprozeß erlangt, den Behörden seine Straftat gesteht, oder wenn der Täter im Laufe des Ermittlungsverfahrens und vor Eröffnung der Hauptverhandlung den Schaden wiedergutmacht oder die Wirkungen der Straftat mildert. Darüber hinaus werden andere Strafmilderungsgründe ähnlichen Charakters berücksichtigt.

- b) Gründe, die die Verantwortlichkeit des Täters erschweren. Darunter werden insbesondere folgende analysiert: die Heimtücke, die Tarnung, das Handeln mit Überlegenheitsmißbrauch oder unter Mißbrauch der Raum-, Zeitumstände oder der Hilfeleistung zugunsten anderer Personen, welche alle die Gegenwehr des Opfers abschwächen oder die Straflosigkeit des Täters begünstigen; der Preis, die Belohnung oder das Versprechen; das Handeln aus rassistischen bzw. antisemitischen Gründen oder die Diskriminierung des Opfers aus religiösen, ideologischen Gründen oder aus anderen Glaubensüberzeugungen, sowie die Diskriminierung des Opfers wegen seiner Ethnie, Rasse, Staatsangehörigkeit, Geschlecht, sexueller Orientierung, Krankheit oder Behinderung; Grausamkeit; Vertrauensmißbrauch; Amtsmißbrauch von seiten des Täters und Rückfall.
- c) Andere Umstände spezifischen Charakters, wie zum Beispiel: die Verwandtschaft (Art. 23 CP); der Rücktritt (Art. 16.2 CP); die freiwillige Aufgabe der strafbaren Handlungen (Art. 579.3 CP) und der spezifische Straferschwerungsgrund der konkreten Gefahr (Art. 576.2 Abs. 2, Ziff. II CP).

Das **Zwölfte und letzte Kapitel** der Dissertation hat grundsätzlich das Ziel, die strafprozessualen sowie die strafvollzugsrechtlichen Besonderheiten des Tatbestandes der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung vorzustellen. Zunächst werden die Besonderheiten auf strafprozessualer Ebene analysiert, u.a.:

1. Die Verhaftung;
2. Die Kontaktsperre während der Verhaftung;
3. Die Abstufung der in Art. 18.2 und 18.3 des Grundgesetzes geregelten Rechte;
4. Das verkürzte Verfahren;
5. Die Einschränkung anderer Rechte;
6. Die isolierte Untersuchungshaft;
7. Die Homogenität der Unterstützungs- und Teilnahmedelikte;
8. Schließlich andere Problemfälle strafprozessualen Charakters, die in den zuvor aufgestellten Konstellationen nicht subsumierbar sind, wie z.B.:
 - a) Der zweifelhafte Wahrheitsgehalt der von den sog. reuigen Tätern gemachten Aussagen;
 - b) Die notwendige Reform des Art. 384bis der spanischen Strafprozeßordnung und seine Anpassung an das geltende Strafgesetzbuch;
 - c) Die zuletzt ausgeführten strafprozessrechtlichen Änderungen und ihre Bedeutung in Bezug auf das Urteil des spanischen Verfassungsgerichtes Nr. 136/1999 und die Vorschrift des Art. 576 CP;
 - d) Die „vermeintliche“ Einigung der Kollegialrichter der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofes, beschlossen am 15. Dezember 2000, über die Vollstreckung der vom spanischen Verfassungsgericht ergangenen Entscheidungen.

Was die Besonderheiten im Bereich des Strafvollzugsrechts angeht, wird eine ausführliche Analyse der Unterstützungshandlungen durchgezogen. Dafür wird als Einstufungsgesichtspunkt die Norm angewandt, die solche

Besonderheiten enthält. So kann zwischen den im Strafgesetzbuch geregelten strafvollzugsrechtlichen Besonderheiten unterschieden werden, darunter:

- a) Die sog. Sicherheitsperiode für die Einstufung in den dritten Grad des Strafvollzuges (Art. 36 CP);
- b) Die Ausnahmeregelung des Art. 78 CP: die Vollzugsvergünstigungen, die Ausgangsbewilligung, die Einstufung in den dritten Grad des Strafvollzuges und die Berechnung der Frist für die bedingte Haftentlassung werden immer auf alle in den Urteilen verhängten Strafen bezogen;
- c) Die bedingte Haftentlassung, Art. 90, 91 und 93 CP, mit Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Art. 90 CP und Art. 579.3 CP;
- d) Die aufschiebende Wirkung im Falle einer Rechtsmitteleinlegung gegen die Beschlüsse im Bereich der Einstufung der Strafgefangene oder der bedingten Haftentlassung: Ergänzungsbestimmung Nr. 5 LOPJ.

Darüber hinaus werden den anderen im spanischen Strafvollzugsgesetz geregelten Besonderheiten Rechnung getragen, u.a.:

- a) Die Aussetzung oder Überwachung der Kommunikation zwischen Gefangenen und Verteidigern oder Prozeßbevollmächtigern (Art. 51.3 LOGP);
- b) Die Einschränkungen für die Gewährung des dritten Grades (Art. 72 LOGP).

Schließlich werden die im Durchführungsgesetz des Strafvollzugsgesetzes vorgesehenen Besonderheiten untersucht, nämlich:

- a) Die Kommunikation des Gefangenen mit Verteidiger und Prozeßbevollmächtigter: gerichtliche Erteilung der Bescheinigung (Art. 48 RP).
- b) Die Einstufung in den Ersten Grad des Strafvollzuges (Art. 108 RP).

PARTE I.- CUESTIONES GENERALES

CAPITULO I. BREVE APROXIMACIÓN AL FENÓMENO TERRORISTA.

I.1.- Breve aproximación al fenómeno terrorista

I.1.A.- ¿Qué es el terrorismo?

Durante decenios, España ha estado constantemente acosada por el fenómeno terrorista proveniente de organizaciones como ETA, GRAPO, Terra Lliure... Desde hace unos años, cuando todo hacía parecer que este fenómeno tendía a desaparecer, se produjo el terrible atentado del 11 de marzo en Madrid. Sin embargo, este atentado ya no era obra de ETA, sino de un fenómeno relativamente novedoso en España: el terrorismo de base islamista. Con la comisión de esta masacre, el terrorismo en nuestro país cobra un nuevo relieve, y debe ser observado desde una perspectiva diferente, más global y menos localizada.

Referirse ahora a la dificultad que conlleva dar un concepto de terrorismo, podría resultar tópico, por lo que prescindiremos de la explicación relativa a la misma, que ha sido tratada ya extensamente por infinidad de autores. Por ello, centraremos nuestra atención en la caracterización que del terrorismo hace JORDÁN ENAMORADO¹, siguiendo y sistematizando a REINARES NESTARES. Así, en su opinión, el terrorismo:

1. Es un tipo de violencia que genera efectos psíquicos desproporcionados respecto a sus consecuencias materiales. Para CORDOBA RODA², la traducción criminológica de este carácter implica el hecho de que «el acto terrorista supere la lesión de los derechos de la víctima concreta para generar en los restantes ciudadanos la conciencia sobre su condición de hipotética víctima futura. La delincuencia terrorista lesiona efectivamente el sentimiento colectivo de seguridad, entendida como conjunto de condiciones que permiten el ejercicio libre e igualitario de derechos».

¹ JORDÁN ENAMORADO, Javier *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, Eunsa, 2004, p. 14, citando a REINARES NESTARES, Fernando, *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, 1998 pp. 15-19

² CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo II*, Madrid-Barcelona, 2004, Pág. 2604

2. Tiene la intención de que esos efectos sobre la población condicionen sus actitudes y dirijan sus comportamientos en una dirección determinada. Por tanto, es de naturaleza política. Aspecto que también se ve aludido en la reseña anterior.

3. Son además actos violentos que aparecen concatenados temporalmente.

4. Suelen tener un carácter imprevisible, y ello determina estados mentales generalizados de miedo.

5. Actúa principalmente contra blancos simbólicos.

6. Es un medio por el que se canaliza un determinado mensaje a la población y, por ende, la eficacia de dicha violencia depende de la amplitud y penetración de sus cauces de comunicación.

7. En un episodio terrorista, el objetivo no es tanto la víctima de la violencia cuanto los gobiernos y las sociedades, pretendiendo generar en ellos una reacción concreta (miedo, intimidación, concesión, radicalización, o una represión exagerada). Al respecto, JORDÁN ENAMORADO aporta un juicio esencial que será desarrollado a lo largo de todo nuestro trabajo y que determinará la identificación del bien jurídico protegido, esencialmente, en los delitos de colaboración con asociación terrorista; en efecto, el terrorismo «es particularmente ilegítimo en las democracias liberales ya que en ellas existen vías formales, e informales no violentas, que permiten gestionar los conflictos de intereses en el seno de la comunidad. Quienes optan por el terrorismo en una democracia lo hacen porque carecen del respaldo social necesario para lograr sus objetivos e intentan imponer su agenda política con las armas»³.

Precisamente en esta línea que se acaba de dibujar, encaja a la perfección la definición que de terrorismo hace GUNARATNA: «el terrorismo es

³ CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentario....* Pág. 15

la amenaza o el acto de violencia políticamente motivado dirigido, principalmente, contra civiles »⁴. Dicha definición viene a ser clarificada cuando el mencionado autor concluye que “los grupos terroristas son partidos políticos armados».

La trascendencia jurídico-penal que tiene el fenómeno terrorista pasa por reconocer la enorme importancia que tienen dichas acciones terroristas, no ya en el alcance puramente físico que puede desarrollar determinadas acciones violentas, por muy trágicas que éstas sean: la muerte de seres humanos, la privación de la libertad...sino en la medida en que el impacto psíquico que producen desequilibra la sociedad democrática. Por esta razón REINARES señala que «la intención de de suscitar reacciones emocionales tales como ansiedad, incertidumbre o amedrentamiento entre quienes forman parte de un determinado agregado de la población, de manera que resulte factible condicionar sus actitudes y dirigir sus comportamientos en una dirección determinada, prima en los actos terroristas sobre el deseo de causar daños tangibles a personas o cosas⁵». El terrorista, individuo o grupo, pretende con su actuación «incidir, a través de los métodos que le son propios, sobre la asignación de valores y recursos públicos, el proceso de toma de decisiones, la composición de la clase dirigente, el funcionamiento de las instituciones, la estabilidad de los arreglos entre legítimos interlocutores sociales, la afirmación de identidad colectivas o las actitudes de la población, tanto en el ámbito interno de cada politeya estatal como a escala más global⁶». De este modo, la acción terrorista busca, por encima de todo, afectar la manera en que se estructura y distribuye el poder en la sociedad democrática.

I.1.B.- Terrorismo y democracia

Terrorismo puede existir en cualquier tipo de sociedad o régimen político. Pero parece conveniente centrar el estudio del bien jurídico en el seno de las democracias liberales que caracterizan a Occidente. Y ello porque de la configuración específica de estos sistemas políticos se generan problemas concretos que deberán ser tratados más adelante y que ahora sólo se esbozan.

⁴ STEVEN, C.S. GRAEME, GUNARATNA, R. *Counterterrorism*, Contemporary world issues, Santa Barbara, California, ABC-CLIO, 2004

⁵ REINARES, Fernando, *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, 1998, Págs. 15-16

⁶ REINARES, Fernando, *Terrorismo...* Pág. 18

Las democracias occidentales se caracterizan por ser regímenes que garantizan los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, velando con mecanismos concretos por la participación política efectiva de los mismos. Así, dentro de dichos sistemas políticos existen instituciones representativas que reflejan la voluntad de los ciudadanos, convocándose periódicamente elecciones para garantizar el apoyo de la mayoría de los ciudadanos a dichos representantes. En dichas sociedades democráticas encuentran su mejor acomodo conocido la realidad que se ha venido a denominar “sociedad civil”, es decir: ese amplio elenco compuesto por asociaciones autónomas autoconstituidas. Dentro de dicha sociedad civil, al amparo del sistema de garantías y derechos propio de las sociedades democráticas occidentales, pueden surgir desviaciones o patologías sociopolíticas tan graves como el terrorismo.

De este modo, puede concluirse que el terrorismo político es un fenómeno, dentro de las democracias occidentales, “cancerígeno”, en tanto supone un aprovechamiento desordenado de los derechos fundamentales y las libertades públicas inherentes a las democracias liberales, provocando una grave perturbación de los mismos.

I.1.C.- Respuestas de los Estados democráticos al terrorismo

Examinado el terrorismo como una patología de las democracias liberales, se entiende la existencia de una reacción estatal ante el desafío terrorista que incluye habitualmente un elenco interrelacionado de medidas disuasivas o resueltamente coactivas, tanto de carácter jurídico como policial. Ante el problema del terrorismo en los regímenes democráticos, pueden producirse dos reacciones distintas con efectos contradictorios:

1. Por un lado, cabe una cierta tendencia a trivializar la significación del terrorismo, reduciéndolo al orden de lo meramente criminal, negando o minimizando así su vinculación a situaciones de conflictividad política y rechazando cualquier tratamiento singularizado del fenómeno que se distancie de los supuestos legales ordinarios. Su efecto más inmediato es el riesgo de incurrir en una peligrosa inoperancia.

2. De otra, existen actitudes inclinadas a exagerar las dimensiones del accionar terrorista y proclives a justificar un uso desproporcionado de la fuerza estatal en el control de dicha violencia, aun incluso cuando haya resultado de procesos políticos internos y sea practicada por organizaciones secretas de tamaño reducido. Dichas actitudes dan lugar a desmesuras, inaceptables desde una perspectiva democrática.

En el fondo, se trata de la constante dicotomía “libertad *versus* seguridad” que acompaña al funcionamiento del sistema democrático desde sus comienzos, y que tiene una enorme importancia en cuanto al tratamiento político-criminal del fenómeno terrorista.

GUNARATNA⁷ se pregunta, para diseñar un sistema legal antiterrorista propio de una sociedad democrática, si sería justificable la tortura de un individuo, responsable de la muerte de miles de seres humanos, si ello resultara una medida eficaz para prevenir más resultados lesivos. A tal efecto, considera que existen dos grupos de respuestas posibles:

1. Utilitaristas, considerando como tales las que sostienen, junto con MILL, que la felicidad del mayor número de individuos debe ser la base de cualquier acción política. Para los defensores de dicha opción, si de dicha tortura se deriva un beneficio para la mayoría de la sociedad, dicho acto estaría justificado.

Para quienes se orientan por esta concepción, pueden formularse tres preguntas:

a) Si se comienza justificando la tortura en estos supuestos ¿cuáles son los límites de dicho razonamiento?

b) ¿Quién decide la importancia de las situaciones que pueden consentir dicha actuación por parte del Estado o sus agentes?

c) ¿Puede el Estado ser acusado de terrorista?

⁷ STEVEN, C.S. GRAEME, GUNARATNA, R. *Counterterrorism...* Págs. 99-100

2. Universalistas. Por el contrario, para aquellos que creen en la existencia de ciertas verdades de carácter universal y no ambiguas, que implican su aplicación sin excepciones, este procedimiento sería inaceptable. En dicha clasificación incluye el autor a KANT.

A cada una de estos posicionamientos respecto del fenómeno terrorista corresponden sendos modelos antiterroristas:

1. Modelo CJM (Criminal Justice Model), que prioriza los principios democráticos, incluso si ello supone una reducción en la eficacia de la lucha contra el terror; identificándose con la escuela filosófica kantiana.

2. WM (War Model), que representa todo lo contrario y entronca con el utilitarismo más radical: prioriza la lucha contra el terror, aún a costa de los derechos y libertades salvaguardados por la democracia.

Ambos modelos, como puede comprobarse, son totalmente excluyentes. Pero muchas legislaciones adoptan un modelo híbrido, como el caso español, denominado ECJM (Expanded Criminal Justice Model), que trataría de cubrir las lagunas existentes en los modelos anteriores, si bien partiendo como base de la noción utilitarista. La selección de uno u otro modelo, o del híbrido que ya se ha señalado anteriormente, depende de dos factores esenciales: eficacia y aceptabilidad. Y ello porque las medidas más efectivas contra el terrorismo (también legales) pueden no ser aceptables. Por lo cual, la lucha antiterrorista debe encontrar una solución intermedia entre ambos factores: medidas que sean eficaces pero, a su vez, democráticamente aceptables.

Para GUNARATNA⁸, la lucha antiterrorista debe desarrollarse dentro de unos límites claros y precisos, evitando así el abuso de poder. La respuesta al terrorismo debe ser firme, pero debe respetar los principios constitucionales en la ampliación de medidas coercitivas por parte de los órganos judiciales. En todo caso, considera que la reacción estatal antiterrorista reunir los siguientes caracteres:

⁸ STEVEN, C.S. GRAEME, GUNARATNA, R. *Counterterrorism...* Pág. 130

1. Limitada, es decir, centrada en el individuo terrorista; sin que las medidas antiterroristas puedan dirigirse contra los familiares o quienes muestran simpatía por el fenómeno terrorista, pero no han desarrollado una acción propiamente violenta. Si bien, en este caso, debería hacerse una mención expresa a los problemas derivados de la apología del terrorismo y sus límites con la libertad de expresión. El autor, el claro, no pretende con esta consideración justificar a quienes ensalzan públicamente a los terroristas.

2. Creíble, con una firmeza y una eficacia que sea advertida a simple vista por la ciudadanía.

3. Medurable, desde el punto de vista legislativo y judicial, evitando todo abuso de poder o trasgresión de los más elementales derechos humanos.

De la conjunción de los tres elementos (limitación, credibilidad y medida) se obtiene una respuesta estatal al fenómeno terrorista bien definida, controlada y respetuosa con los imperativos derivados de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas en la Constitución.

I.2.- La legislación material antiterrorista vigente: la Sección 2ª del capítulo V del Título XXII del Libro II

La regulación del fenómeno terrorista en la actualidad se encuentra en el Código Penal, concretamente, en la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II, en los artículos 571 a 580. Baste hacer ahora una sucinta referencia a los tipos contenidos en dicho articulado. Siguiendo a LUZÓN CUESTA⁹, pueden distinguirse los siguientes grupos en la regulación de los delitos de terrorismo:

- a) Delitos de lesión o resultado en relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: Artículos 571, 572 y 574 CP
- b) Delitos patrimoniales en beneficio de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: Artículo 575 CP

⁹ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2005, Págs. 388 y SS.

- c) Delitos de simple conducta o peligro en relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: Artículos 573 y 576 CP
- d) Delitos de lesión o resultado sin relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas: Artículo 577 CP
- e) Exaltación del terrorismo: Artículo 578 CP
- f) Preceptos de contenido no material: artículos 579 y 580 CP

CAPÍTULO II. MARCO POLÍTICO Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVO-PUNITIVA DE LA COLABORACIÓN CON ORGANIZACIÓN TERRORISTA.

¿Cuándo surge el delito de colaboración con organización terrorista? ¿Por qué razón se punen tales acciones? Son preguntas cuya respuesta exige un examen conjunto e integral de la normativa antiterrorista en materia de colaboración con asociaciones de tal jaez, puesto en directa relación con la política antiterrorista que ha desarrollado, en cada momento histórico, los distintos partidos políticos que han sido responsables de la política legislativa nacional. Por esta razón, resulta interesante la genealogía normativa del tipo de colaboración con asociación terrorista y la política antiterrorista seguida por los diferentes ejecutivos desde la ya lejana fecha de 1975. A dicho examen conjunto se dedica el siguiente epígrafe.

Para JAIME JIMÉNEZ¹⁰, la lucha antiterrorista puede dividirse en cuatro etapas: desde 1976 a mitad de 1980; desde mitad de 1980 hasta finales de 1982; desde 1983 hasta 1989; y desde 1989 hasta 1996. Unas etapas que se examinan a continuación pormenorizadamente.

II.1.-Etapa preliminar: marco normativo en 1975 y Decreto-Ley 10/1975

II.1.A.- El marco normativo en 1975: Código Penal de 1973 y Código de Justicia Militar (modificado por Ley 42/1971, de 15 de noviembre).

Se elige la fecha de 1975 porque es en este año, y como a continuación se examinará, cuando aparece en España la punición concreta de aquellos delitos que suponen lo que en la actualidad se conoce como colaboración con asociación terrorista. Y surge, precisamente para dar respuesta a un vacío normativo existente en la legislación del momento.

¹⁰ JAIME JIMÉNEZ, Óscar *Política, terrorismo y cambio político en España, 1976/1996*, Valencia, 2002

En efecto, en 1975 el terrorismo como fenómeno criminal sustantivo, se encontraba castigado en dos órdenes distintos: el penal y el militar, con sus problemáticas interrelaciones y peculiares jurisdicciones:

a) De un lado, el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, del Código Penal sancionaba los delitos de terrorismo en la Sección 2ª, rubricada *De los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*, dentro del Capítulo XII *De la tenencia y depósito de armas o municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos*, en el Título II, denominado *Delitos contra la seguridad interior del Estado*, se refería al terrorismo en sus artículos 260 a 264:

Artículo 260

El que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público, ejecutare actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías o medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos, será castigado:

1º Con la pena de reclusión mayor a muerte cuando resultare alguna persona muerta o con lesiones graves.

2º Con la de reclusión mayor si de resultas del hecho sufre alguna persona lesiones menos graves o hubiere riesgo inminente de que sufrieran lesiones varias personas reunidas en el sitio en que el estrago se produzca.

3º Con la reclusión menor, cuando fuera cualquier otro el efecto producido por el delito o no llegara a producirse efecto alguno.

Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el hecho o en el culpable y la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito, podrán imponer la pena inferior a la señalada en uno o dos grados.

Artículo 261

Las mismas penas del artículo 260 se aplicarán, en sus respectivos casos, al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político, utilizare sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro

medio o artificio para producir graves daños u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación.

Artículo 262

Los que con alguno de los fines señalados en el artículo 260 ejerciesen coacción o amenaza contra alguna persona, serán castigados con al pena de prisión menor.

Artículo 263

Serán castigados con al pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejaciones a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código.

Artículo 264

El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte, o suministro de cualquier forma y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados con los propósitos a que se refieren los artículo 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor.

Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.

Del tenor literal de los preceptos puede comprobarse cómo la punición se centraba en los tradicionales delitos de terrorismo, exigiendo en ellos el elemento teleológico de la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad del territorio, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público. Delitos todos ellos en los que la lesión del bien jurídico se produce físicamente, obteniéndose un resultado (salvo en el caso de la tentativa, si la hubiera): la muerte, lesiones, otros efectos menos graves, amenazas, la alteración del orden, el depósito de armas, etc. Delitos, por tanto, de resultado, en los que se exige la lesión del bien jurídico protegido.

b) Por su parte, el Código de Justicia Militar, modificado por la Ley 42/1971, de 15 de noviembre, castigaba los delitos de terrorismo en el Capítulo I bis, introducido por dicha Ley en el cuerpo legal militar, titulado *Terrorismo*, dentro

del Título IX del Tratado Segundo *Delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos*, en su artículo 294 bis a), b) y c):

294 bis a)

Los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos, serán castigados:

Primero.- Con la pena de treinta años de reclusión a muerte, si resultare la muerte, mutilación o lesiones graves de alguna persona.

Segundo.- Con la pena de reclusión en los demás casos.

294 bis b)

Los que, perteneciendo o actuando al servicio de las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo anterior que, con los mismos fines o con propósitos intimidativos o de represalia para favorecerlos, atentaren contra las personas incurrirán:

Primero.- En la pena de treinta años de reclusión a muerte, si causaren la muerte, violación o secuestro de alguna persona.

Segundo.- En la pena de reclusión, en los demás casos.

294 bis c)

Los que con la finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes o con el propósito de favorecer sus fines, atentaren contra la propiedad, serán castigados:

Primero.- Con la pena de treinta años de reclusión a muerte, si se produjera la muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves de alguna persona.

Segundo.- Con la de reclusión, en los demás casos.

Dejando a un lado las cuestiones procesales, y los problemas derivados de la duplicidad y solapamiento de jurisdicciones, que ya han sido estudiadas por la doctrina del momento, puede comprobarse la similitud de ambos cuerpos normativos: tanto el del Código Penal como el de Justicia Militar, la incidencia de los tipos de terrorismo recaen en el resultado de los mismos. Son, por tanto,

en ambos casos, delitos de resultado que supone la lesión (salvo en el caso de la tentativa) del bien jurídico protegido por los mismo.

Nótese, sin embargo, que el texto jurídico-militar recoge una mención que no lo hace el Código Penal, aún siendo éste posterior: la cualidad del sujeto activo del delito como integrante o partícipe de las actividades delictivas desarrolladas por organizaciones o grupos cuyo objetivo fundamental fuera la lesión de los bienes jurídicos específicos que se señalan en el artículo 294 bis a) CP1973.

En ambos casos, la regulación punitiva del terrorismo hasta el año 1975 se caracterizaba, esencialmente, por una regulación tradicional, basada en la lesión de los bienes jurídicos que protegía cada uno de los tipos penales señalados. Este contexto tradicional se verá alterado por la entrada en vigor de una nueva normativa antiterrorista que se examina en el siguiente apartado.

II.1.B.- Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.

Este Decreto, también llamado popularmente como “Decreto-ley Antiterrorista”, supone la irrupción de una novedad legislativa sin precedentes en la represión del terrorismo y que explica el nacimiento en esta fecha de la colaboración con organización terrorista, como delito independiente¹¹.

Ya desde el mismo título del Decreto puede vislumbrarse el sentido de la innovación que se introduce y su relación con la regulación que, hasta el momento, constituía todo el arsenal normativo dirigido a la punición del fenómeno terrorista: la prevención. Una normativa preventiva que se orienta al

¹¹ Así lo entiende GARCÍA SAN PEDRO, cuando señala que «En lo que aquí interesa, y por lo que respecta al resto de las figuras, se tipifican por primera vez una serie de actos, alguno de los cuales son denominados por un sector de la doctrina –probablemente desde la perspectiva de la legislación actual– como actos de colaboración y que ya desde ahora, vamos a definir como actos de soporte a la organización; de ellos, los realizados desde fuera de estos grupos –por el núcleo de apoyo– podrán ser denominados como actos de colaboración (...)». En GARCÍA SAN PEDRO, José *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993. Págs. 215-216. El mismo autor señala que a tales delitos de refieren otros autores con nomenclaturas similares: para BUENO ARÚS son delitos de colaboración con banda armada; para MESTRE DELGADO, delitos funcionalmente terroristas; y para EBILE, siguiendo a ROUX, infracciones satélite.

castigo de comportamientos que hasta el momento en que entra en vigor, no podían ser castigados y que van a contribuir a adelantar las barreras de lo punible para evitar la comisión de los delitos terroristas más graves. En lo que al presente estudio interesa, son los artículos sexto a noveno, ambos inclusive, los que merecen una mayor atención.

Artículo sexto

Uno. Serán castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas.

Dos. Quienes conociendo la existencia de alguno de estos locales no lo pusieren en conocimiento de la autoridad incurrirán en la pena de prisión menor.

Tres. La autoridad judicial dispondrá inmediatamente la clausura y precinto de la dependencia a la que dieren acceso los referidos locales y, en su momento, ordenará la destrucción de la instalación y aparato de disimulo, que se ejecutará por los servicios municipales competentes.

Artículo séptimo

Serán castigados con la pena de prisión mayor:

Uno. Los que alojaren o dieren albergue a persona o personas implicadas en organizaciones o actividades incluidas en este Decreto-ley, facilitaren sus desplazamientos, ocultaren o transportaren cosas o efectos a ellos pertenecientes o les prestaren cualquier género de ayuda para realizar sus propósitos.

Dos. Los que, implicados en organizaciones o grupos a que se refiere el artículo cuarto, o en actividades terroristas, entren o salieren clandestinamente del territorio nacional, y quienes a tales fines les facilitaren guía, documentación, medio de transporte o cualquier otro auxilio.

Tres. Los que transmitieren mensajes entre personas implicadas en las aludidas organizaciones o actividades terroristas o les suministraren datos o informaciones que pudieren favorecer sus designios.

Cuatro. Los que, sin estar legalmente autorizados, tuvieren en su poder sustancias, instrumentos o efectos para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos, elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos.

Cinco. Los que tuvieren en su poder, sin razonable justificación, manuales o instrucciones de cualquier clase para la elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios, manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana u otros análogos.

Seis. Los que cometieren el delito previsto en el artículo trescientos treinta y ocho bis del Código Penal en relación con los hechos a que se refiere este Decreto-ley.

Siete. Los que, con propósito de causar infundada alarma, anunciaren la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquiera otro atentado terrorista.

Artículo octavo.

En los casos comprendidos en los dos artículos precedentes los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho y la gravedad de éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la señalada.

Artículo noveno.

No serán de aplicación los artículos sexto y séptimo si las conductas que en los mismos se definen resultaran más gravemente penadas como constitutivas de algún grado de ejecución o de alguna forma de participación en otro delito.

En la medida en que se hace referencia constante a las organizaciones previstas en el artículo cuarto de dicho Decreto, el mismo indica que quedan « Declarados fuera de la Ley los grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas, y aquéllos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social (...)». Sin embargo, la comprensión del articulado transcrito no sería completa sin la obligada mención del artículo primero, apartado uno, cuando señala en relación con el ámbito de aplicación propio del Decreto-ley 10/1975 que « Las disposiciones del presente Decreto-ley serán de aplicación a la prevención y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo definidos en los artículos doscientos sesenta a doscientos sesenta y cuatro del Código Penal y doscientos noventa y cuatro bis del Código de Justicia Militar, así como a las figuras de delito e infracciones administrativas, especialmente previstas en esta última disposición».

La palabra clave es, como se decía, “prevención”; que se repite tanto en el título de la propia norma como en el primero de sus artículos. Y es que, pese al contenido más amplio del Decreto-ley que se examina, el núcleo preventivo real de los delitos de terrorismo es el contenido en los artículos descritos. Prevención que no es otra cosa que la punición de conductas desligadas del resultado de la lesión del bien jurídico, pero que la experiencia policial determina como antecedentes necesarios para la realización de los resultados lesivos. Para prevenir el resultado la solución más efectiva es el

adelantamiento de las barreras de protección punitiva, utilizando para dicha finalidad estos tipos; supuestos que pueden calificarse como los primeros de peligro abstracto, en materia de terrorismo y que, a pesar de su variedad, dan vida al conglomerado de conductas que se aglutinan bajo la denominación de “colaboración con asociación terrorista”.

La exposición de motivos que precede al texto normativo tan sólo dedica un párrafo a la consideración de estos nuevos delitos de peligro abstracto, proclamando su novedad en el sistema legal español, cuando señala que « se introduce la novedad de incriminar determinadas conductas que, o bien no tenían sustantividad propia independiente de los diversos supuestos de participación en otros delitos, o bien constituían lagunas u omisiones».

La misma Exposición de Motivos contiene, además, la ponderación del principal ataque a la sociedad que el terrorismo implica, en la medida en que trata de detener o impedir «la evolución de las instituciones políticas hacia posiciones de una más amplia y libre participación del pueblo». Y es que, en efecto, «la justa irritación que los atentados terroristas provocan en la comunidad pueden incitar a la propia sociedad a apetecer normativas legales y actitudes del gobierno que impliquen un freno natural al desarrollo político del Estado de Derecho. De ahí la necesidad de impedir la realización de aquellos insidiosos objetivos terroristas mediante la adopción de medidas legales, que con la mayor eficacia y seguridad combatan las agresiones de tan peligrosa epidemia antisocial. Sin embargo, estas medidas no deben perturbar la marcha de una sociedad hacia su continuo perfeccionamiento político». Y culmina su razonamiento con una frase que merece destacarse de las restantes:

Cuanto más libre, democrática y jurídica sea la organización institucional de la comunidad nacional, tanto más severa y eficiente tiene que ser la normativa sancionadora de las conductas terroristas.

Debe pensarse que dicho texto está escrito en 1975, meses antes de la agonía del General Franco, aunque todavía dentro de un régimen político dictatorial. A pesar de ello, la armonización e interrelación que señala es

evidente todavía hoy, y quizá más, si cabe: cuanto más democrática es una sociedad, más inadmisibles son los actos terroristas, lo que debe traducirse necesariamente en una normativa penal severa y eficiente.

Respecto de la ilegalidad de grupos que se propugna en el Decreto-ley, que no es sino la reiteración de otra normativa anterior y todavía vigente en aquél momento, nos interesa destacar la razón de su ilegalidad, que «se incluyen en el Decreto-ley por tratarse de organizaciones cuyas ideologías propugnan la utilización de la violencia y del terrorismo como instrumento de acción política»

Es sorprendente cómo en la exposición de motivos se vislumbra la satisfacción de las dos sensibilidades políticas de la Transición: inmovilismo y cambio. Si los primeros párrafos examinados respondían al espíritu de apertura a la democracia; se puede advertir la primera corriente señalada en éste otro párrafo:

Ningún ciudadano honrado y patriota va a sentirse afectado por la circunstancial disminución de sus garantías constitucionales que los preceptos del presente Decreto-ley implican. En cualquier caso, ese pequeño sacrificio está suficientemente compensado por la tranquilidad y la seguridad que ha de proporcionar a toda la comunidad nacional el propósito sereno, firme y jurídicamente controlado de no consentir en nuestra Patria la invasión del azote terrorista que hoy amenaza a la paz social en una gran mayoría de países del mundo.

Este doble fundamento de la regulación antiterrorista sirve de explicación a partir de la cual deducir por qué en el momento de regular el fenómeno terrorista en España de una forma más específica, se contempla la doble opción que afectará al bien jurídico protegido:

a) De una parte, la paz social, la seguridad pública, la tranquilidad... conceptos todos que se relacionan, a grandes rasgos, un cierto inmovilismo e lo político y que se veían atacados como consecuencia de las acciones terroristas.

b) De otra, la propia democracia, todavía embrionaria, a la que se hace constante referencia en el párrafo señalado. En efecto, lo perverso del terrorismo y lo que motiva la punición de tales conductas no es la intranquilidad

social que generan (que también) sino, sobre todo, la perversidad intrínseca del uso de la violencia para la imposición de unos determinados postulados políticos, cuando la democracia, por esencia, no ciega los cauces participativos a todo tipo de ideología y consideración política.

Respecto de la disposición derogatoria del presente Decreto-ley, no se recoge ninguna derogación expresa, sino que se acude a la genérica mención (derogación tácita) de que toda norma que se oponga a lo previsto en la misma queda derogada.

II.2.-Primera etapa: desde 1976 a mediados de 1980

II.2.A.- Marco político general

Este primer momento se caracteriza según JAIME JIMÉNEZ por la indefinición de estrategias y objetivos, en relación con las fuerzas policiales. De dicha indefinición se colige la ineficacia policial que domina esta etapa y que venía motivada, según el autor citado, «de la pervivencia de percepciones y actitudes propias de una perspectiva militarizada» cual era la que había la nota predominante durante la dictadura del General Franco, amparada en una legislación con principios incompatibles con la nueva realidad social y política de España.

No obstante lo cual, refiere el autor que es a principios del año 1978 cuando el Gobierno intensifica su política antiterroristas, aunque a su juicio de forma «inconexa», en la medida en que el Estado Español carecía de una Ley antiterrorista de carácter específico. No obstante lo cual, sí que debería señalarse que la primera Ley antiterrorista española, el Decreto Ley 10/1975 seguía vigente, durante la mayor parte de esta etapa, al menos en lo que se refería al ámbito de los delitos de colaboración. De esta forma, si bien no existía dicha Ley específica, lo cierto es que en materia de colaboración con bandas armadas, sí que existía una regulación clara y concisa. Un hito que debe contemplarse desde el punto político y que marca el devenir del curso histórico posterior lo constituye la celebración de las primeras elecciones

generales democráticas celebradas el mes de junio de 1977 y la posterior Ley General de Amnistía que se promulgó unos meses después, en octubre de 1977.

Dentro de esta etapa, el autor citado la divide en dos, atendiendo a la dureza de la respuesta estatal a la violencia terrorista, constituyendo el punto de inflexión el asesinato del periodista José María Portell el 28 de junio de 1978. Hasta ese momento, el autor considera que «las políticas antiterroristas puestas en práctica durante la primera parte de este período se caracterizaron por un relajamiento de la presión estatal en contra de este tipo de actividad violenta en comparación con la inmediata etapa franquista anterior». Sin embargo, tras la fecha del asesinato indicado, se produce un incremento de las acciones armadas por parte de ETA, lo que motivó «que el Gobierno se viera sometido a intensas presiones para incrementar las medidas antiterroristas». Dentro de este entorno hostil debe situarse la visita que en septiembre de 1978 realiza el Ministro de Interior, a la sazón, el Sr. Martín Villa, «para recabar información de expertos alemanes en materia antiterrorista, retornando a España con un programa de acción antiterrorista».

II.2.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo.

II.2.B a) Decreto-ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975 de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos.

Este Decreto supone, a los efectos estudiados en este trabajo, una disposición de singular importancia por cuanto está destinada a la revisión de las previsiones hechas en la norma antes comentada. Su relevancia se centra en dos apreciaciones:

1.- De una parte, la previsión del artículo tercero, en la medida en que modifica el artículo siete del Decreto-ley 1975, en su párrafo segundo, pasando éste a tener el siguiente tenor literal: «los que implicados en organizaciones, grupos o

actividades terroristas entraren o salieren clandestinamente del territorio nacional, y quienes a tales fines, facilitaren guía, documentación, medios de transporte o cualquier otro auxilio». Se suprime, como puede comprobarse, la mención expresa que respecto de las organizaciones o grupos se hacía al artículo 4 del Decreto-ley 10/1975. Esta modificación viene impuesta por el hecho de que, a partir de la entrada en vigor de la norma comentada, el artículo 4 dejaba de estar vigente, luego era obligado reformar el precepto que haría mención a un precepto derogado. Contribuye, además, a la purificación del tipo, en la medida en que se refiere con mayor claridad al terrorismo como elemento común que une a los implicados en una organización, un grupo o simplemente en actividades de dicho cariz.

2.- De otra parte, como ya se adelantaba previamente, el Decreto-ley 2/1976 deroga expresamente la mayor parte del articulado del Decreto-ley 10/1975. Pero, no obstante, subsisten y no quedan derogados aquellos preceptos que se refieren a las conductas de colaboración con organización terrorista, contribuyendo así a la consolidación de estos tipos específicos. En efecto, la disposición derogatoria señala: « Quedan derogados los artículos uno, dos, tres, cuatro, cinco, diez, once, doce, quince, dieciséis, diecisiete, dieciocho, diecinueve, veinte disposición final segunda del Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y cinco, de veintiséis de agosto, y cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en este Decreto-ley». De ahí que permanecieran en vigor los artículos seis, siete, ocho y nueve; precisamente los que recogen los tipos de colaboración con asociación terrorista. Junto con los ya señalados preceptos, también conservaron su vigor los artículos trece y catorce, relativos a las facultades excepcionales conferidas a la autoridad gubernativa, reduciendo, eso sí, su plazo de vigencia.

Es destacable la mención que se hace en su corta Exposición de Motivos al mencionar la derogación antes examinada, cuando indica que «se derogan todas las demás normas que fueron establecidas ante las circunstancias extraordinarias existentes en el momento de la promulgación del Decreto-ley que ahora se revisa [Decreto-ley 10/1975]». De donde se deduce que, efectivamente, los tipos relativos a la colaboración con organización

terrorista fueron introducidos de forma reflexiva y calmada, en modo alguno motivados por las circunstancias extraordinarias que justificaron la adopción de los artículos que se derogan. Y por ello, sólo de forma tácita y sin ninguna referencia expresa, se dejan en vigor estos tipos que constituyen la primera manifestación de los delitos de colaboración con asociación terrorista en la legislación española.

II.2.B b) Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo.

La norma que ahora se examina supuso un antes y un después en la legislación antiterrorista española, en tanto que supone el inicio de lo que LAMARCA PÉREZ denomina “proceso de destipificación del terrorismo” como consecuencia de los denominados Acuerdos Políticos de la Moncloa de octubre de 1977¹², que suponen la conversión de los delitos de terrorismo en delitos comunes¹³. Buen resumen del espíritu de la norma que ahora se comenta lo constituye el artículo 13 de la Ley, cuando suprime la expresión «*delitos de terrorismo*» del artículo 1º del Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, y la sustituye por esta otra más “políticamente correcta” y compleja de «*delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados*».

Por lo que respecta a la conversión operada en los términos antes descrito, la misma se lleva a cabo de la forma siguiente:

¹² Respecto de la trascendencia de este proceso y los Pactos de la Moncloa, vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Págs. 161 y SS.

¹³ Concretamente se introdujo dicho acuerdo en el documento firmado el 27 de octubre de 1977, dentro del apartado VIII del Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política, cuyo tenor literal es el siguiente: « El orden público tendrá una proyección concreta y actual en cuanto protección del avance en la consolidación de la democracia y defensa frente a las agresiones de todo orden y especialmente las terroristas. La tipificación del terrorismo figurará en el Código Penal común, con eliminación de lo que al respecto figure en leyes especiales y se operará con los criterios generalmente aceptados en los Convenios internacionales y en los países de Occidente».

1.- La derogación expresa de los artículos 260, 261 y 262 CP1973, que veíamos más arriba (Disposición derogatoria).

2.- El traslado del contenido del Art. 263 del CP1973 al artículo 246, sin variación en su contenido. El artículo 263, por tanto, se deja sin contenido (Artículo 4).

3.- Modificación de los artículos 264 CP1973, de cuyo texto se elimina la referencia a los artículos 260 y 261 de dicho texto legal, en coherencia con su derogación. Referencia que aludía a los fines de las organizaciones que cometían los delitos en ellos definidos (artículo 5).

La regulación jurídica de la colaboración con asociación terrorista, no obstante lo visto con anterioridad, plantea dos fenómenos interesantes:

a) De un lado, la presente Ley 82/1978 no deroga, ni expresa ni tácitamente, los tipos previstos en los artículos seis, siete, ocho y nueve del Decreto-ley 10/1975 que se refieren a las conductas de colaboración con las bandas armadas, y cuya vigencia consagró el Decreto-ley 2/1976, en tanto que no fueron derogados junto con el resto del articulado de aquél.

De esta forma, sigue vigente la regulación relativa a los tipos de colaboración primigenios de nuestra legislación histórica, con la curiosa consecuencia de que, si bien, con la Ley ahora comentada, se produce la eliminación del término terrorismo de los tipos principales del Código Penal, acontece la llamativa consecuencia de que dicho término y su elemento teleológico permanecen incólumes en la regulación de los tipos de colaboración.

b) Pero, por otro lado, la Ley 82/1978 introduce un nuevo tipo que supone, en relación con los tipos del Decreto-ley 10/1975, otra nueva paradoja legislativa. Se trata del nuevo artículo 481 bis CP1973 introducido por el artículo 9 de la Ley 82/1978, cuyo tenor literal es el siguiente:

«El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito al que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor

Igualmente será castigado con la pena de prisión menor el que construyere, acondicionare lugares con el propósito de proporcionarlos a otras para la comisión del delito a que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta.

El que por cualquier título tuviere a su disposición los lugares a que se refieren los párrafos anteriores, si no lo pusieren en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición, será castigado con la pena de arresto mayor»

Precepto que sorprende cuando se compara su texto con el ya examinado más arriba del artículo sexto del Decreto-ley 10/1975, que vale la pena volver a traer a colación para realizar una comparación directa de ambos textos:

Artículo sexto

Uno. Serán castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas.

Dos. Quienes conociendo la existencia de alguno de estos locales no lo pusieren en conocimiento de la autoridad incurrirán en la pena de prisión menor.

Tres. La autoridad judicial dispondrá inmediatamente la clausura y precinto de la dependencia a la que dieren acceso los referidos locales y, en su momento, ordenará la destrucción de la instalación y aparato de disimulo, que se ejecutará por los servicios municipales competentes.

Como puede comprobarse a simple vista, se produce una duplicidad de tipos para el castigo de una misma conducta: la construcción de los denominados “zulos” o “cárceles del pueblo”. Puesto que ya se indicaba que la presente norma no se refería a la derogación expresa de los artículos seis a nueve del Decreto-ley 10/1975, nos encontraríamos ante un supuesto de derogación tácita para el supuesto específico señalado. De forma que el resto de los tipos de colaboración permanecerían vigentes, salvo lo previsto para la

construcción de “zulos” que sería suplido por el nuevo precepto del artículo 481 bis CP1973.

II.2.B c) Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

El nuevo Decreto-Ley, más conocido como “Ley de Seguridad Ciudadana”, tiene una importancia relevante en un sentido más bien negativo en el sentido de la crítica apuntada por MESTRE DELGADO, cuando señalaba la inconcreción con la que se incorpora el delito examinado dentro del marco constitucional.¹⁴ Negativo, además, en tanto que la influencia que desarrolla sobre los tipos de colaboración con organización terrorista se produce por vía de su disposición derogatoria, ya que deroga expresamente y con una curiosa mención el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto. En efecto, se dice en la misma que «queda derogado *en su integridad*» el Decreto-ley aludido. Mención sorprendente en tanto que sólo se procede a la derogación de los preceptos relativos a la colaboración con organización terrorista: siete, ocho y nueve.

Sin embargo, ¿supone este Real Decreto-Ley la eliminación de toda referencia a los delitos de colaboración con organización terrorista en nuestra legislación? La respuesta debe ser negativa porque, como se verá, lo que se produce es una sucesión en tales tipos. Con la nueva norma, entran en vigor o se mantiene, de alguna forma, la esencia de todos los tipos derogados. En estos términos, es oportuno hablar de sucesión de normas en la punición de un mismo fenómeno que, no por eso, deja de ser una conducta punible y reprochable jurídico-penalmente. Y así lo consigna la propia exposición de

¹⁴ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, Pág. 196 «Efectivamente, este delito, que ya había sido recogido en el artículo 7 del Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, ha sido tipificado en el Estado constitucional con una notable inconcreción. En un primer momento, el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en su artículo segundo, castigaba a quien recabare o facilitare de cualquier modo informaciones o realizare “cualesquiera otros actos de colaboración” que favoreciesen la comisión de los delitos ejecutados por persona o personas integrados en bandas y organizaciones armadas.

La indefinición normativa es, evidentemente, amplia, quedando al arbitrio del juzgador determinar qué sea en concreto “actos de colaboración” y, además, cuál de esos actos de colaboración favorece la comisión de los delitos de las bandas organizadas y armadas, único supuesto que en virtud de tal artículo resultaba punible».

motivos cuando indica que «las presentes normas llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de actos terroristas, refundiendo y actualizando otras anteriores» Así, podemos considerar a la norma ahora comentada como un punto de inflexión desde que se recogiera por primera vez los tipos de colaboración con organización terrorista en nuestra legislación en el Decreto-ley 10/1975.

La refundición y actualización de aquellos primitivos artículos siete, ocho y nueve se lleva a cabo en un solo precepto, el **artículo 2** del Real Decreto-Ley que se comenta, cuyo tenor es el que sigue:

El que recabe o facilite de cualquier modo informaciones o realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de los delitos previstos en el número 1 del artículo 3º de este Real Decreto-Ley será castigado con la pena de prisión menor, salvo cuando correspondiere la imposición de pena más grave por aplicación de cualquier otra norma penal.

Mención obligada merece, porque así lo exige el precepto transcrito, el número 1 del artículo 3 del Real Decreto-Ley 3/1979, cuando se refiere a los delitos cometidos por «persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos».

Se produce, así, la reducción de todos los preceptos refundidos a la consideración genérica de los mismos, atravesados por la idea fundamental que ahora se pone de manifiesto en el precepto citado: la realización de actos de colaboración que favorezcan la comisión de los delitos terroristas cometidos por los miembros o integrantes de las bandas o grupos organizados y armados. Junto con la importante novedad que supone dicha refundición, se pone de manifiesto un defecto que acompañará a los tipos de colaboración en las sucesivas críticas doctrinales: la necesaria generalización o utilización de conceptos poco precisos, destinados a abarcar una gran variedad de conductas, que de otro modo, implicaría un casuismo exagerado, como de hecho puede apreciarse en los preceptos que ahora se derogan con la norma comentada. Se introduce en este momento la tan denostada por la doctrina

expresión de “cualesquiera otros actos”, que posteriormente se examinará en relación con la tipificación actual de las conductas de terrorismo.

Por lo que respecta al artículo 481bis CP1973, el mismo sigue vigente regulando la conducta típica (construcción de “zulos”) sustraída de la legislación especial antiterrorista como ya se examinó. Precepto que convivirá hasta su derogación con la normativa prevista en el ya examinado Art. 2. En efecto, el precepto en cuestión no vendría a ser más que una conducta de colaboración, suponiendo una concreción de la genérica mención prevista en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979. En efecto, mientras que el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979 obedece a la lógica tradicional de asociación de los delitos de colaboración con asociación terrorista, como actos punibles conectados con los delitos cometidos por los integrantes de las bandas armadas, asumiendo por ello autonomía propia; el artículo 481 bis CP1973 obedece a la lógica que emana de los Pactos de la Moncloa: eliminación de toda referencia a los delitos de terrorismo.

Se produce, por tanto, la coexistencia de dos preceptos en el seno de la legislación antiterrorista española, obedientes a lógicas sistemáticas diferentes y que suponen una notable paradoja. Así se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1985 [RJ 1985\2070], que resuelve en sentido negativo los recursos de casación planteados por sendos condenados por la Audiencia Nacional como autores de un delito de colaboración con organización terrorista, en aplicación del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, en tanto que «siete de los recurrentes facilitaron alojamiento y la salida clandestina de España de miembros de la Organización Terrorista ETA; otros dos proporcionaron local para el “zulo”; y los tres restantes les dieron alojamiento en sus propios domicilios». En su tercer considerando, cuando se refiere a los colaboradores de ETA que proporcionaron un local para el “zulo”. Como ya se decía más arriba, ante una misma conducta delictiva se produce un concurso de normas, que resuelve el Tribunal acudiendo al artículo 68 del Código Penal de 1973. Entiende que, en su virtud, debe resolverse el concurso a favor del delito más gravemente penado; correspondiendo dicha cualidad al artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979. frente al criterio de uno de los recurrentes que entendió que su

conducta debería calificarse de como constitutiva, no de un supuesto del artículo 2 del mencionado Real Decreto-Ley, sino como constitutiva del delito previsto en el artículo 481 bis apartado 3º, con al esperanza de recibir una condena más atenuada. Motivo que se desestima por la argumentación antes señalada.

De dicha Sentencia puede extraerse la consecuencia práctica de la convivencia de preceptos con lógicas sistemáticas diferentes: su radical incompatibilidad. Y ello porque, si bien el artículo 481 bis CP1973 se introdujo en dicho cuerpo normativo para absolver las conductas típicas de grupos y organizaciones terroristas mediante su ligamen al tipo de detenciones ilegales; el resultado no puede ser más contradictorio: sólo se aplicará este último precepto citado cuando no tenga nada que ver con conductas relacionadas con el terrorismo, y ello como consecuencia de la aplicación del principio de mayor gravedad punitiva que resuelve el concurso de normas generado a favor del artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979.

II.3.-Segunda etapa: desde mediados de 1980 hasta finales de 1982

II.3.A.- Marco político general

Se caracteriza por «el diseño y aplicación de una estrategia antiterrorista muy diferente a la de los años precedentes, insertándose, no sin problemas, en el nuevo entorno sociopolítico de una democracia». Cambios que deberá emprender el Ministro de Interior nombrado en 1980, Sr. Rosón Pérez, y que podemos resumir en los siguientes:

- a) La coordinación a todos los niveles de las fuerzas encargadas del terrorismo.
- b) El esfuerzo por reconducir toda actividad antiterrorista a los estrictos cauces legales.

c) La iniciación de un proceso de reinserción de ex-activistas de ETA, previa renuncia al empleo de la violencia, señalándose en especial el abandono de las armas por parte de la facción ETA (pm) en 1981.

d) Mayor control de la frontera francesa, primero por unidades del Ejército y después por miembros de la Guardia Civil.

Debe destacarse, también, por su relevancia histórica, la victoria del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) en las elecciones de 1982 que, si bien no alteró sustancialmente la política de esta etapa, sí que puede señalarse que con el impulso del nuevo Ministro del Interior, Sr. Barrionuevo Peña, se comenzó a ejercer de forma decidida presión directa sobre los activistas de ETA y su entorno.

II.3.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo: la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos al Código Penal y al de Justicia Militar.

La norma que ahora comentamos, denominada “Ley de defensa de la democracia”, en tanto que responde al intento de golpe de estado de 23 de febrero de 1981. Supone también un hito fundamental en el desarrollo de los delitos de colaboración con organización terrorista, por cuanto deroga el artículo 2º del Real Decreto-Ley 3/1979. De este modo, las conductas de colaboración con organización terrorista que dicho artículo describían pasan de la legislación penal especial a introducirse en el Código Penal de 1973, dentro del artículo 174 bis b) de dicho texto punitivo. Se pone fin, de esta forma, a la regulación de la colaboración con organización terrorista, en sus términos más precisos, mediante la técnica de leyes especiales, o mejor dicho, de fuentes reglamentarias con rango de ley, que han sido las más utilizadas para la regulación del fenómeno en atención a su gravedad y extraordinaria urgencia. Dejando a salvo lo relacionado con el artículo 481 bis CP1973, cuyas peculiaridades ya han sido puestas de manifiesto. Para MESTRE DELGADO,

supone la introducción de una mayor claridad conceptual en la consideración de las conductas típicas¹⁵.

El nuevo artículo 174 bis b) del Código Penal de 1973 tiene la siguiente redacción:

Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan:

a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.

b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas, la pena se elevará a reclusión mayor.

Obligada mención debe hacerse, por remisión directa del texto señalado, al artículo 1º de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, cuando se refiere, como sujetos afectados por las restricciones previstas en el artículo 55.2 de la Constitución, a aquellas que estén «presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana» cuya actividad se traduzca en una serie de delitos que el citado precepto describe en su apartado 2º. Especial interés merecerá la distinción introducida por el nuevo Art. 174 bis b) CP1973 entre elementos terroristas y bandas armadas, en cuanto que se relaciona la

¹⁵ «El artículo 174 bis b) introducido en el Código penal por la LO 2/1981, de 4 de mayo, perfiló con mayor precisión la figura, al considerar punibles las conductas de obtener, recabar o facilitar de cualquier modo información, vehículos, alojamientos, locales, armas, o explosivos, u otros medios materiales, cooperar económicamente o realizar “cualquiera otros actos de colaboración” que favoreciesen bien la fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados, o la organización, planificación o realización de sus actividades, bien la comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en esas bandas “en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos”». En MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...* Pág. 196

seguridad ciudadana como bien jurídico protegido respecto de las actuaciones de las segundas y no tanto de las primeras. Dicha diferenciación será estudiada más adelante en el capítulo relativo al bien jurídico protegido. Volviendo a la remisión, ésta sigue la misma sistemática que observó el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, en tanto que ésta se remitía a los integrantes del artículo 3 1º del mismo texto. Con buena lógica, en el caso presente, la norma se encomienda a otra Ley Orgánica, que se refiere a los elementos terroristas o bandas armadas como sujetos por antonomasia de la previsión contenida por el artículo 55.2 de la Carta Magna y a cuyo desarrollo se dirige la Ley Orgánica 11/1980.

Como sucesor del tipo previsto en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, el nuevo artículo 174 bis b) mantiene las líneas maestras de aquél, manifestada en expresiones genéricas (en especial, la ya mencionada de «cualesquiera otros actos de colaboración») a la que cabe añadir ahora la prevista en su letra b) «cualquier clase de delito». Sin embargo, fuera de tales apreciaciones, no se distinguen cambios sistemáticos ni textuales en la sucesión de las normas analizadas. El único gran cambio lo constituye la introducción en el Código Penal de los delitos de terrorismo, desde la derogación de los delitos de terrorismo operada por Ley 82/1978. En efecto, si bien es cierto que los delitos terroristas sí estuvieron previstos en el Código Penal, es la primera vez que tienen acceso al Código los tipos dirigidos a la punición de conductas de colaboración con los integrantes de las asociaciones terroristas. Como se recordará, los artículos 260 a 264 CP1973 castigaban conductas terroristas sustanciales; pero es ahora, en 1981, cuando tienen acceso definitivo al texto punitivo por excelencia las conductas de colaboración con organización terrorista.

Por último, debe dejarse constancia de que el tipo previsto en el artículo 481 bis del Código Penal de 1973 seguirá vigente, y no será derogado hasta la promulgación del nuevo Código en 1995. Pero dada su sistemática contraria a la que sostiene la nueva tipificación del delito de colaboración con organización terrorista, el tipo en cuestión es arrinconado y, en la práctica, derogado por *desuetudo*.

II.4.-Tercera Etapa: desde 1983 a 1989

II.4.A.- Marco político general

Se inaugura una nueva etapa al mismo tiempo que se acrisola la decisión del Ministro Sr. Barrionuevo Peña, dando como fruto una nueva reordenación de la estrategia operativa antiterrorista. La nueva planificación antiterrorista se caracterizó por:

- a) La elaboración de un nuevo Plan de Acción denominado “Zona Especial Norte”, denominado Plan ZEN.
- b) El intento de aislar a ETA dentro de la propia sociedad vasca.
- c) La coordinación e incremento de los servicios de inteligencia, con la creación de la Mesa de Coordinación Informativa
- d) La denominada “lucha sucia” contra ETA por parte de los GAL.

JAIME JIMÉNEZ señala que «a partir de diciembre de 1984 se incrementa sensiblemente la dureza de las medidas antiterroristas aplicadas por el Estado español», culminando con la promulgación de la Ley Orgánica 9/1984. Si bien, a partir de febrero de 1987 el autor en cita considera que la dureza de la política antiterrorista fue relajándose a la par que lo hacía la actividad terrorista. Así se entiende en tal marco, la pérdida de vigor de determinados artículos de la LO 9/1984, en tanto que su duración estaba acotada en el tiempo. Sin embargo, frente a la opinión del autor citado, la normativa fundamental de la LO 9/1984 no fue derogada en noviembre de 1987, sino que siguió en vigor hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 3/1988, que la derogó expresamente en su disposición final, como luego se verá.

Dentro de esta etapa es donde se sitúa la referencia más importante, a los efectos estudiando en el presente trabajo; esto es, en relación con la represión de aquellas conductas realizadas por sujetos no integrantes de asociaciones terroristas. JAIME JIMÉNEZ señala el mes de diciembre de 1984

como el momento en el que el Ministro de Interior, Sr. Barrionuevo Peña, «anuncia sus intenciones de realizar una profunda revisión de la estrategia antiterrorista desarrollada hasta el momento, centrando su atención en la represión de aquellos individuos que no se pudieran considerar integrantes de banda armada pero que sí prestaran asistencia pública y/o privada de distinto tipo a la actividad terrorista».

También en esta etapa se encuadran los conocidos como Pacto de Madrid y Pacto de Ajuria Enea, en los que los diferentes partidos políticos presentes en el arco parlamentario de Madrid y Vitoria (respectivamente) «garantizaban que la lucha antiterrorista no constituiría un tema de disputa entre los partidos y que en todo momento se mantendría informado al resto de las fuerzas políticas sobre el estado de la lucha antiterrorista». Intento que siempre ha estado presente en la política nacional, pero que nunca ha cuajado realmente.

II.4.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo.

II.4.B. a) Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

En lo primero que debe repararse al examen la norma que nos ocupa es el descuido de legislador (o falta de diligencia, si se quiere), en relación con la disposición derogatoria de dicha Ley Orgánica, en la que se procede a derogar “por segunda vez” el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero. Y es que dicho precepto estaba ya derogado desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/1981 antes mencionada, esto es, desde el 6 de mayo de 1981. Así, el legislador de 1984 deroga un precepto que ya llevaba más de tres años derogado.

Aparte de este defecto, la disposición derogatoria nos indica la relevancia de la presente Ley, ya que deroga el artículo 174 bis b) del Código Penal de 1973, antes estudiado. Se vuelve a repetir un nuevo episodio de

sucesión de normas, pero con un detalle de relevancia: la vuelta a la sistemática de leyes especiales. Si la Ley Orgánica 2/1981 creaba el artículo 174 bis b) en el Código Penal de 1973, la norma que ahora se examina suprime dicho artículo y reconduce su contenido al artículo 9 de esta misma Ley, extrayendo la punición del terrorismo del Código Penal y volviendo a situarla en una ley penal especial. MESTRE DELGADO considera que la norma relativa a la colaboración no constituye ningún “alarde de técnica jurídica”¹⁶. El precepto en cuestión dispone lo siguiente:

Artículo 9. Delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes.

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la comisión de delitos comprendidos en esta Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista o banda armada o rebelde.

2. En todo caso, son actos de colaboración los siguientes:

a) Información sobre personas o patrimonios, instalaciones, edificios públicos y privados, centros urbanos y cualesquiera otras que sean significativas para las actividades del grupo o banda armada o rebelde.

b) Construcción, cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento u otro elemento susceptible de ser destinado a ocultación de personas, depósito de armas o explosivos, víveres, dinero u otras pertenencias relacionadas con los grupos o bandas armadas, terrorista o rebeldes, o vinculadas con sus actividades delictivas y la prestación de cualquier tipo de ayudas que favorezcan la fuga de aquéllas.

[*En el BOE no figura apartado c)*]

d) Organización o asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los grupos o bandas armadas, terroristas o rebeldes y el mantenimiento de relaciones de cooperación con organizaciones extranjeras del mismo carácter.

e) Cualquier forma de cooperación económica o de ayuda o mediación hecha con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas, rebeldes y bandas armadas.

¹⁶ El «artículo 9 de la LO 9/1984 tampoco constituye un alarde de técnica jurídica, en la medida en que, aun reconociendo un amplio repertorio ejemplificador de lo que se entiende por “actos de colaboración”, no define correctamente la colaboración con banda armada como categoría delictiva específica», en MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...* Pág. 196

3. Cuando los hechos relacionados en los apartados anteriores sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro u otros preceptos se aplicará el que señale pena de mayor gravedad.

Si se examina de forma conjunta el precepto transcrito y el sucedido, esto es, el artículo 174 bis b) CP1973, se aprecian cambios en la sistemática pero que no afectan al contenido esencial: la punición de conductas que suponen actos de participación elevados al grado de delito autónomo. Cabe destacar lo siguiente:

1. El artículo 174 bis b) CP1973 contienen en un primer párrafo una pequeña lista de conductas que suponen, en todo caso, colaboración con organización terrorista o grupo terrorista, cerrándose dicha lista con la consabida expresión “y cualesquiera otras” que dejan abierta la posibilidad de considerar como tales, otras conductas no incluidas en dicho precepto. Se puntualiza, a continuación, que dichos actos deben favorecer los fines de las bandas o grupos o la comisión de delitos por los mismos.

Por el contrario, en el nuevo artículo 9 de la Ley Orgánica 9/1984 opta por realizar en su primer párrafo una definición genérica, cerrada por la cláusula abierta ya apuntada previamente, para desarrollar una lista de conductas, mucho más perfiladas y precisas, que constituyen en todo caso actos de colaboración.

2. Un cambio sustancialmente irrelevante, pero llamativo, es la desaparición, por primera vez en la historia de la punición de las conductas de colaboración, de toda mención relacionada con el transporte de terroristas en vehículos propios. Carente de relevancia material, toda vez que es claro que transportar terroristas en un vehículo privado es una conducta de colaboración que puede incluirse sin mayor dificultad gracias a la cláusula abierta que corona todo tipo de colaboración. Pero es que, además, no podía haber sido de otra forma en tanto que existía una jurisprudencia, ya muy asentada, que consideraban -de acuerdo con los tipos que precedieron al artículo 9- como un acto de colaboración con grupos terroristas, el transporte en vehículos de sus integrantes.

3. Por último, debe destacarse la norma de resolución de concursos normativos prevista en el apartado 3 del artículo 9. Mientras que en la anterior regulación, dicha norma aparecía dentro del primer párrafo del artículo 174 bis b) CP1973, el legislador toma conciencia de la importancia de semejante norma y considera oportuno materializar su relevancia aislándola del resto de apartados y constituyendo el cierre del tipo. Tal modificación puede explicarse dada la trascendencia práctica que dicho principio reviste en la resolución de los concursos de normas, tan habituales en esta materia.

Mención aparte merece, como ya hiciéramos previamente, la vigencia del artículo 481 bis del Código Penal de 1973. Valen ahora los mismo comentarios señalados previamente, insistiendo en una presencia que causa cierta distorsión por obedecer a un tratamiento legislativo diferente del terrorismo. Cuestión que continúa, en la práctica, obviada.

II.4.B. b) Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.

La última reforma de los delitos de terrorismo, en lo que a las conductas de colaboración se refiere, es la operada por la Ley que ahora se examina. Después de esta norma, sólo se producirá una nueva alteración, operada a raíz de la promulgación y entrada en vigor del nuevo y definitivo artículo 576 del Código Penal de 1995.

La norma que ahora se comenta deroga la Ley Orgánica 9/1984 y supone, de nuevo, la vuelta de los tipos de terrorismo al seno de la protección penal ordinaria, o sea, la vuelta al articulado del Código Penal de 1973. En este caso, el precepto sucesor del artículo 9 de la Ley Orgánica 9/1984 es un nuevo artículo 174 bis a), que dispone:

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Lo primero que debe reseñarse es una cuestión ajena al propio articulado y sistemática de la punición del terrorismo: el tiempo. En efecto, si como hemos comprobado previamente, las normas sobre terrorismo se sucedían unas a otras a una velocidad vertiginosa, esta es la primera vez que una norma sobre colaboración en actividades terroristas se mantiene en vigor más de tres años sin que se produzca alteración alguna en el texto normativo. Respecto de la normativa anterior, se producen ciertas alteraciones, aunque ello no impide que se asiente y acrisole la definitiva forma de punición que, desde entonces, caracteriza a los tipos de colaboración con asociaciones terroristas. Ello no obstante, pueden destacarse los siguientes cambios:

1. La supresión de toda referencia a la norma de resolución de concursos de normas, que de ahora en adelante se regirá por la normativa común prevista por el Código Penal en su parte general.

2. La punición expresa de conductas consistentes en el traslado de miembros de organizaciones terroristas, que en el precepto sucedido no se contemplaba en su correspondiente texto normativo.

3. La reducción del casuismo del apartado 2º del artículo 9 anterior, resumiendo todas las conductas previstas en éste de forma general, aglutinándose en todas ellas en el párrafo 2º del nuevo artículo 174 bis a).

4. Por último, es interesante mencionar la alteración del orden existente entre los tipos dirigidos a castigar la comisión de delitos por parte de los miembros de organizaciones terroristas y las propias de colaboración. Y ello porque, si bien en el texto precedente, las conductas de colaboración se recogían **después** de la punición de los delitos cometidos por los miembros (artículo 8 para éstos últimos; artículo 9 para aquéllos); la normativa actual recoge un

cambio sorprendente, puniendo en primer lugar (apartado a del artículo 174 bis) a) los delitos de colaboración; para después castigarlos delitos cometidos por los miembros (apartado b) del artículo 174 bis).

Como ya se indicó, este precepto constituyó la normativa penal vigente en materia de colaboración con asociación terrorista hasta la entrada en vigor del actual Código Penal de 1995, transcurriendo más de siete años en los que dicho texto permanece inalterado.

II.5.- Cuarta etapa: desde 1989 hasta 1996

II.5.A.- Marco político general

Esta última etapa, según JAIME JIMÉNEZ, se inicia en 1989 prolongándose hasta 1996. Etapa marcada por la medida adoptada desde Instituciones Penitenciarias de dispersar por el territorio nacional a los presos de ETA, intentando así quebrar la homogeneidad del sector de presos de la organización terrorista. Junto con la dispersión, se sitúa como acontecimiento clave en este momento histórico la celebración de negociaciones entre el Gobierno español y ETA celebradas en Argel en 1989 y que supusieron un sonoro fracaso. Etapa que también viene marcada por los sucesivos cambios en la cartera de Interior: primero el Sr. Corcuera Peña; después el Sr. Asunción Hernández y, por último, el Sr. Belloch Julbe, unificándose en su persona las carteras de Interior y Justicia, momento en el que se aprueba el nuevo Código Penal de 1995, hoy vigente.

II.5.B.- Legislación antiterrorista en materia de colaboración con organización terrorista surgida durante este periodo: el artículo 576 del Código Penal de 1995

Tal y como se indicaba en el punto anterior, la normativa de la Ley Orgánica 3/1988 se mantuvo incólume hasta la publicación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se aprueba el Código Penal. En el

mismo, el tipo que sucede al artículo 174 bis a) CP1973 es el artículo 576, que centrará el estudio que ahora se comienza y cuyo tenor es el siguiente:

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO, INTERNACIONAL Y COMUNITARIO EN MATERIA DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIONES TERRORISTAS.

III.1.- Las conductas de colaboración en el derecho positivo extranjero.

III.1.A) Alemania: parágrafos § 129 y § 129a StGB

La tradición jurídico-penal española es, en gran medida, deudora de la doctrina y dogmática penal alemana. Por lo que parece conveniente comenzar el análisis del derecho extranjero precisamente en Alemania. El Código Penal alemán sanciona los delitos terroristas dentro de los supuestos de las asociaciones delictivas. Así, en general, el parágrafo § 129 StGB (*Bildung krimineller Vereinigungen*) sanciona la formación de asociaciones de tipo criminal, sin hacer referencia explícita a la tipología de dichas asociaciones. En dicho precepto no sólo se castiga a los fundadores (*Gründer*) de tales asociaciones o los miembros (*Mitglieder*), sino también a aquellos individuos que colaboran con las mismas sin formar parte de la asociación (*Unterstützung*). O como ya señalara SCHMIDHÄUSER, el tipo castiga la fundación, participación, propaganda y colaboración relacionadas todas ellas con las asociaciones de tipo criminal¹⁷. Estas conductas de colaboración, abstractas, se distinguen de la concreta labor de propaganda que de las asociaciones se realiza, bien sea por miembros de la asociación o por quienes la ayudan como colaboradores.

Esta misma dinámica considerada en el parágrafo § 129 StGB se transmite al tipo concreto que sanciona la formación de asociaciones terroristas en el parágrafo § 129a, (*Bildung Terroristischer Vereinigungen*)¹⁸. Una sistemática idéntica en tanto que el tipo previsto en parágrafo § 129 castiga la

¹⁷ «Die **Bildung Krimineller Vereinigungen** (§ 129) umfaßt die Grundung, die Mitgliedschaft, die Werbung und Unterstützung, wenn gesetzlicher Zweck oder ausgeübte Tätigkeit, Straftaten zu begehen, nicht von untergeordneter Bedeutung bleiben», en SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1983, Pág. 153

¹⁸ Así lo entiende, por ejemplo, BENFER: «Unterstützen einer kriminellen (wie auch terroristischen) Vereinigung ist ein zur Täterschaft verselbständigte Beihilfedelikt», en BENFER, Jost, *Besonderes Strafrecht II „Straftaten gegen die Allgemeinheit“*, Köln, 1986, Pág. 18

formación de asociaciones criminales, como género; mientras que las asociaciones terroristas no son más que una concreta especie dentro de las asociaciones criminales. Dentro del párrafo § 129a es su apartado (5) el que sanciona a los colaboradores con asociaciones terroristas, en los siguientes términos:

(5) Quien colabora con una de las asociaciones descritas en los párrafos 1, 2 ó 3 será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses a 10 años en los supuestos de los párrafos 1y 2; y con la pena de privación de libertad de hasta 5 años o con multa en los supuestos del párrafo 3. Quien haga propaganda de una asociación de las descritas en los párrafos 1 ó 2, como miembro o colaboradora de la misma, será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 5 años.

A tenor del citado precepto, la colaboración difiere en función del tipo de asociación terrorista con la que se colabora. Tipos de asociaciones terroristas que definen los párrafos 1, 2 y 3 del § 129a en función de las finalidades que las mismas tengan, concretadas en la comisión de según que delitos de la parte especial del Código Penal alemán. Tales tipos son los siguientes:

a) Asociaciones terroristas incluidas en el párrafo 1.

Son todas aquellas asociaciones cuyos objetivos o actividades están dirigidas a la comisión de los siguientes delitos:

- Asesinato (§ 211)
- Homicidio (§ 212)
- Genocidio (§ 6 *Völkerstrafgesetzbuches*)
- Crímenes contra la humanidad (§ 7 *Völkerstrafgesetzbuches*)
- Crímenes de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 ó § 12 *Völkerstrafgesetzbuches*)
- Delitos contra la libertad personal en los supuestos previstos en los supuestos de los párrafos § 239a ó § 239b.

b) Asociaciones terroristas incluidas en el párrafo 2.

Son todas aquellas asociaciones cuyos objetivos o actividades están dirigidos a la comisión de los siguientes delitos:

- Infligir a otra persona padecimientos físicos o morales graves, en especial los previsto en el párrafo § 226.
- Delitos previstos en los párrafos §§ 303b, 305, 305a
- Delitos de peligro general en los supuestos de los párrafos §§ 306 a 306c o 307 párrafos 1 a 3; del párrafo § 308 párrafos 1 a 4; del párrafo § 309 párrafos 1 a 5; de los párrafos §§ 313, 314 o 315 párrafos 1, 3 o 4; del párrafo § 316b párrafos 1 o 3; del párrafo § 316c párrafos 1 a 3; o del párrafo § 317 párrafo 1.
- Delitos contra el Medio Ambiente en sus supuestos previstos por el párrafo § 330a párrafos 1 a 3.
- Delitos previstos en la *Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen* (Ley sobre el control de armas de guerra), en relación con el párrafo § 21 o § 22a párrafos 1 a 3 :
 - § 19 párrafos 1 a 3
 - § 20 párrafos 1 o 2
 - § 20a párrafos 1 a 3
 - § 19 párrafos 2 n° 2 o párrafo 3 n° 2
 - § 20 párrafos 1 o 2 o § 20a párrafos 1 a 3
- Por último, delitos previsto en el párrafo § 51 párrafos 1 a 3 de la Ley de armas (*Waffengesetz*).

c) Asociaciones terroristas incluidas en el párrafo 3

Son todas aquellas asociaciones cuyos objetivos o actividades están dirigidas a amenazar con la comisión de los delitos antes examinados para las asociaciones terroristas de los párrafos 1 y 2 § 129a.

Por lo que se refiere a los elementos en común con la legislación española, pueden destacarse las siguientes coincidencias:

a) La propia ubicación de los §§ 129 y 129a StGB dentro del Capítulo relativo a la defensa del Orden Público, como en el caso español. Basta

contemplar la ubicación de los tipos en cuestión en el Código Penal Alemán para advertir tal cuestión¹⁹.

b) La punición del fenómeno terrorista se distingue en función de que el sujeto activo esté integrado en la asociación terrorista o que dicho sujeto preste su auxilio en tanto que sujeto ajeno a la estructura orgánica de aquella. La “*Unterstützung*”, de los §§ 129 y 129a StGB se refiere, en todo caso, a sujetos que no forman parte de la asociación terrorista, sino que son personas que ayudan a la misma sin pertenecer a ella (“*nicht Mitglieder*”)²⁰.

c) El acto de colaboración no queda integrado por la mera intención de colaborar del sujeto activo. Se requiere, por tanto, una actividad material que de lugar físico a la mera intención de colaborar²¹.

d) El acto de colaboración no queda sujeto, para integrar el tipo en cuestión, al éxito del mismo. Basta con la potencial eficacia del mismo, sin que sea necesario que la colaboración arroje un fruto específico para las finalidades o actividades de la asociación terrorista²².

¹⁹ 7. Abschnitt. Straftaten gegen die öffentliche Ordnung.

²⁰ Así LENCKNER: «Ein Unterstützen der Vereinigung ist das Fördern ihres Fortbestand oder der Verwirklichung ihrer Ziele **durch ein Nichtmitglied** (...) Was den Täterkreis dieser Tatbestandalternative betrifft, so soll es sich dabei nach h. M. um eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe eines **Nichtmitglieds** handeln» En LENCKNER, Theodor, “Bildung krimineller Vereinigungen”, en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27 Auflage, München, 2006 Pág. 1207. En le mismo sentido se muestran TRÖNDLE y FISCHER: «Unterstützen ist nach hM zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe eines **Nichtmitglieds** handeln», en TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas, „BT Siebenter Abschnitt: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“, en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54 Auflage, München, 2007, Pág. 885. También KÜHL señala dicho carácter: «Unterstützen is zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe eines **Nichtmitglieds**» Éste mismo autor ofrece una definición de lo que supone la colaboración de una asociación criminal: «Eine Vereinigung unterstützt, wer durch **organisationesbezogene Betätigung** ihren Fortbestand oder die Verwirklichung ihrer Ziele fördert, wenn sein Tun ihren Bestrebungen oder ihrer Tätigkeit irgendwie vorteilhaft ist oder ihre Mitglieder in dem Entschluß bestärkt, die geplanten Taten zu begehen», KÜHL, Kristian, „BT.7. Abschnitt. Öffentliche Ordnung“, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2001, Pág. 553

²¹ «Es reicht nicht schon jede als Förderung gemeinte Handlung», en TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch...* Pág. 885 En el mismo sentido LENCKNER, Theodor, „Bildung ...“Pág. 1207

²² «(...) ist nicht vorausgesetzt, dass der von dem Unterstützungstäter beabsichtigte Erfolg eintritt», en TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch...* Pág. 885. Lo cual se corresponde bien con la falta de exigencia para los autores citados de que la colaboración favorezca la estructura de la asociación terrorista, sino que debe dirigirse al favorecimiento, fortalecimiento o aseguramiento del potencial peligro que desarrollan dichas asociaciones en cuanto a sus actividades o finalidades. También LENCKNER, Theodor, „Bildung ...“Pág. 1207

Aunque también es cierto que pueden examinarse algunos hechos diferenciales:

a) En primer lugar, el Código Penal alemán, al contrario que el español, omite cualquier referencia expresa a supuestos concretos de colaboración; es decir, renuncia a la configuración de un catálogo de conductas que en todo caso son supuestos de colaboración. Opta, como se ha visto, por el recurso a una exhaustiva y casuística relación de delitos a cuya comisión se dirigirá la asociación terrorista en concreto.

b) Derivado de lo anterior, la interpretación de qué conductas puedan integrar el tipo de colaboración queda a la discreción judicial. Y así se considera que no son conductas de colaboración la compra de alimentos u otros elementos básicos para la subsistencia de un miembro de la asociación²³. Cuestión nada clara en relación con la regulación jurídica de la colaboración en España.

c) Una cuestión que merece la atención de la doctrina alemana es la colaboración con la asociación terrorista que supone la defensa jurídica de los miembros de la asociación terrorista que son juzgados por los delitos cometidos. Evidentemente, el derecho a una justa defensa jurídica impide la consideración de tal conducta ni siquiera como típica, aunque esta apreciación no está exenta de polémica²⁴. En España, la doctrina se refiere a tales conductas como encuadradas dentro de un supuesto de exclusión de la antijuridicidad por el cumplimiento de un deber oficio o cargo del abogado que lleva a cabo la defensa en juicio del miembro de una asociación terrorista.

²³ Así, por ejemplo, TRÖNDLE/FISCHER: «Keine Unterstützung ist zB (...) eine social übliche Förderung des bloßen Lebensunterhalts für einzelne Mitglieder» en Förderung gemeinte Handlung», en TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch...* Pág. 886

²⁴ También de los mismos autores anteriores: «Nicht Tatbestandmäßig ist auch ein Verteidigerhandeln im Rahmen prozessual zulässiger Verteidigungstätigkeit». Aunque también discute la doctrina si se trata de un supuesto de exclusión de la tipicidad o de la concurrencia de una causa de justificación. Así MIEBER/SCHÄFER: «Für das einer Vereinigung förderliche Handeln eines Verteidigers, das sich innerhalb der Grenzen strafprozessual zulässiger Verteidigertätigkeit bewegt, ist dabei dogmatisch umstritten, ob bereits der Tatbestand des § 129 ausgeschlossen ist oder erst die Rechtswidrigkeit entfällt.», en MIEBACH/SCHÄFER, „BT.7 Abschn. Straftaten gegen die öffentliche Ordnung. Bildung krimineller Vereinigungen“ *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* Band 2/2, München, 2005, Pág. 487. También OSTENDORF en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans Ullrich (Hrsg.) *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2005, Pág. 2740

d) También resulta acertada la distinción entre las conductas subsumibles en el tipo de colaboración según la normativa alemana y las meras muestras de simpatía o solidaridad con la asociación terrorista o sus miembros. Efectivamente, para que el tipo se cumpla es absolutamente necesario que se produzca un objetivo fortalecimiento del potencial criminógeno que, de por sí, tiene la asociación terrorista. Cuestión que difícilmente se verá cumplida por la mera muestra de simpatía²⁵. Con todo, no es más que la lógica consecuencia de la necesaria cualidad del acto de colaboración para su tipicidad: la elevación del específico peligro potencia de la asociación²⁶.

De la legislación alemana se toma la consideración del tipo examinado en este trabajo como delito de colaboración con asociación terrorista. En efecto, el parágrafo 129 StGB (y el 129a, por remisión al anterior) configura el tipo como de colaboración con asociación terrorista (*Unterstützung bei einer Terroristischer Vereinigung*). Y de tal regulación se adopta, como se indicará oportunamente, el título de esta tesis doctoral: El delito de colaboración con asociación terrorista.

III.1.B) Italia

A pesar de que en Italia rige el sistema monista en materia de participación, sin que exista una específica distinción entre autores y partícipes, dejando a un lado los supuesto se *concorso esterno* (en relación con el tipo previsto en el artículo 270 bis)²⁷, el Código Penal italiano (*Testo coordinato ed*

²⁵ Así opina OSTENDORF: «Solidaritätsaktionen wie Sympathiehungerstriks fallen nicht hierunter», en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans Ullrich (Hrsg.) *Strafgesetzbuch.....*, Pág. 2740

²⁶ Así, RUDOLPHI/STEIN: «Unterstützen ist die Aufrechterhaltung oder Erhöhung des spezifischen Gefährdungspotenzials der Vereinigung, und zwar auf grundsätzlich beliebigem Wege», en RUDOLPHI, Hans-Joachim et al. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Münche, 2007, Pág. 19

²⁷ El Art. 270-bis del Código Penal Italiano, rubricado “*Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico*” es del siguiente tenor: «Chiunque promuove, costituisce, organizza, dirige o finanzia associazioni che si propongono il compimento di atti di violenza con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è punito con la reclusione da sette a quindici anni.

aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n.1398) castiga unas determinadas conductas que se configuran como auténticos tipos de colaboración con organizaciones terroristas desarrolladas por personas ajenas a la asociación. Dichos tipos específicos de colaboración se contienen en los siguientes artículos:

- 1.- 270-ter: asistencia a los asociados.
- 2.- 270-quater: reclutamiento con la finalidad de terrorismo.
- 3.- 270-quinques: entrenamiento para actividades con finalidad de terrorismo.

III.1.B. a) 270-ter: Asistencia a los asociados.

El precepto en cuestión fue introducido por el *Decreto Legge 18 ottobre 2001, N. 374, (Legge di conversione 15 Dicembre 2001, N. 438)*. En el mismo se contienen las conductas de colaboración con asociación terrorista, de lo que da fe su propio título, cuando proclama que se trata de conductas de “asistencia a los asociados”. De ahí que pueda establecerse una línea de analogía con el artículo 576 del Código Penal español, en la medida en que toma como referencia las actividades de aquellos sujetos no asociados que colaboran con la asociación terrorista. FIANDACA/MUSCO señalan en relación con dicho artículo que el tipo en cuestión se dirige precisamente a castigar a aquellos sujetos no miembros de la asociación, pero que desarrollan conductas de sostenimiento externo, concretadas en el apoyo prestado a los miembros de la asociación terrorista²⁸.

El tipo castiga a quien, fuera de los supuestos de concurso de delito o de favorecimiento, da refugio o proporcional alojamiento, hospitalidad, medios de transporte, instrumentos de comunicación a alguna de las personas que participan en las asociaciones indicadas en los artículos 270 y 270-bis. El

Chiunque partecipa a tali associazioni è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.

Ai fini della legge penale, la finalità di terrorismo ricorre anche quando gli atti di violenza sono rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale.

Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego».

²⁸ «l'obiettivo politico-criminale perseguito è quello di neutralizzare le organizzazioni terroristiche incriminando anche quei soggetti che, pur estranei alla struttura organizzativa, realizzando condotte di sostegno esterno nei confronti dei componenti delle organizzazioni medesime», en FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Speciale. Volume I* Quarta Ed. Bologna, 2007, Pág. 51

primero de ellos se refiere a las asociaciones subversivas, mientras que el segundo se refiere, concretamente, a las asociaciones con finalidad de terrorismo, también internacional o de eversión del orden democrático. En uno y otro caso, los sujetos de referencia son las personas relacionadas con ambos tipos de asociaciones. Si bien tales sujetos no se identifican plenamente, sino que difieren de uno a otro tipo: el artículo 270 castiga a quien promueve, constituye, organiza, dirige o participa en dichas asociaciones. Mientras que, por su parte, el artículo 270-bis castiga también a quien promueve, constituye, organiza, dirige o participa, añadiendo además como sujeto activo de este delito a quien financia la asociación terrorista. Este término más amplio es el que ahora interesa y da como primer resultado (nada desdeñable) que las conductas de colaboración-financiación constituyen en Italia conductas castigadas al máximo nivel, al contrario de lo que ocurre en España, que también son consideradas como conductas de colaboración cuando las comete un *extraneus* a la asociación.

Al respecto, VIGANÒ²⁹ entiende que realmente, «fuera de la pertenencia, y de los roles calificados descritos en el Art. 270 bis c.p., el derecho penal italiano no conoce un tipo penal general que incrimine la colaboración de un externo con la asociación criminal (terrorista o de cualquier otra naturaleza)». Por el contrario, considera que el artículo 270-ter examinado ampara únicamente «figuras de asistencia a los partícipes de la asociación, individualmente considerados, a través de la provisión de víveres, alojamiento, medios de transporte o instrumentos de comunicación». Si bien tales conductas de asistencia son precisamente las mismas que las consideradas en España como colaboración ex Art. 576 CP.

¿Qué quiere decir VIGANÒ³⁰ con que no existe un tipo general que incrimine la colaboración? La reflexión podría partir de dos consideraciones principales para responder a tal duda:

²⁹ VIGANÒ, Francesco. La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana, *Política Criminal*, nº 3, 2007, A3, Págs. 1-27, accesible en <http://www.politicacriminal.cl>; vid. también al respecto MELCHIONDA, Alessandro, *La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance*, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006

³⁰ Cfr. VIGANÒ, Francesco. La lucha...

a) En primer lugar, no se debe perder de vista que el sistema italiano, en relación con la autoría, sigue una sistemática monista, por lo que no distingue a la hora de punir a los autores de los cómplices, castigando a ambos con idéntica pena. De ahí que, para el autor, tales conductas son propias de asistencia y no de colaboración; cuestión que contrasta con la legislación española que a tales conductas sí que las considera como conductas de colaboración, ya que el sistema español si considera la distinción existente entre autores y partícipes. Es más, sucede que la conducta prevista en el artículo 576 CP (de asistencia, desde el punto de vista del Código Penal italiano) constituye un tipo de colaboración porque, al mismo, tiempo posee la naturaleza de acto de participación en los delitos previstos en los artículos 515 2º y 516 CP. De ahí que, aunque las conductas sean prácticamente idénticas en ambos supuestos, el Código Penal italiano las considere un supuesto de asistencia y el Código Penal español haga lo propio como conductas de colaboración.

b) Por otra parte, el artículo 576 CP concibe las conductas de colaboración por relación a la asociación terrorista que resulta auxiliada, ya que recoge supuestos de ayuda genéricos con la organización por parte de un *extraneus* a la misma. Mientras que la referencia a la asociación en el correspondiente tipo del Código Penal italiano es menos precisa, ya que éste se refiere a las conductas de auxilio con las personas concretas a las que se refiere el artículo 270-bis. Al contrario que el Código Penal español, el italiano no busca ubicar al sujeto activo colaborador con dicha referencia, sino identificar al sujeto respecto del cual la realización de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 270-ter será típica.

El precepto examinado considera que serán autores del tipo previsto aquellas personas que queden fuera del concurso en el delito (*concorso di reati*) ni tampoco puedan encuadrarse dentro de los supuestos de favorecimiento (*favoreggiamento*). Se trata, por tanto, de una delimitación establecida por el legislador de carácter concursal que dibuja las fronteras del precepto aludido en relación con las figuras del concurso (en materia de participación) y del favorecimiento³¹ (personal o real, equivalente a las

³¹ Art. 378. Favoreggiamento personale.

conductas tipificadas como encubrimiento del Art. 451 del Código Penal español). En relación con el concurso, VIGANÒ³² explica el origen histórico de dicha apreciación, toda vez que «desde hace a lo menos veinte años, la jurisprudencia en materia de asociación de tipo mafioso utiliza la norma general relativa al concurso de personas en el delito – prevista en el Art. 110 c.p. – para atribuir relevancia penal a toda conducta, cometida por un sujeto que no pertenece a la asociación, pero siempre que dicha conducta se halle dotada de relevancia causal respecto al mantenimiento en vida y/o al reforzamiento de la asociación misma». Gracias al empleo de esta técnica, la jurisprudencia italiana a logrado incriminar a los *extraneus* a la asociación mafiosa que, pese a su particular ajeneidad, «en variados modos han ayudado a la mafia a sobrevivir o a proseguir sin disturbios las propias actividades criminales». Atendiendo a dicha sistemática, VIGANÒ³³ entiende que una técnica similar, es decir, el recurso al concurso de personas previsto en el artículo 110 del Código italiano³⁴, podría servir para la represión penal del terrorismo de matriz islamista. De esta forma, podría castigarse a quienes, «de diversas maneras, cooperen con la actividad de células islámicas empeñadas en actividades terroristas, sin hallarse insertos en las mismas y sin compartir directamente sus fines, pero con la conciencia de estar contribuyendo con la propia conducta a las actividades de las células mismas». El ejemplo que el autor en cita propone es el de expertos falsificadores que provean documentos falsos a las células

Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce la pena di morte (1) o l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'autorità, o a sottrarsi alle ricerche di questa, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

Quando il delitto commesso è quello previsto dall'Art. 416-bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni.

Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a euro 516.

Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto.

Art. 379. Favoreggiamento reale.

Chiunque fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648-bis, 648-ter, aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, è punito con la reclusione fino a cinque anni se si tratta di delitto, e con la multa da euro 51 a euro 1.032 se si tratta di contravvenzione.

Si applicano le disposizioni del primo e dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

³² VIGANÒ, Francesco. La lucha ... Págs. 1-27

³³ VIGANÒ, Francesco. La lucha ... Págs. 1-27

³⁴ Art. 110: Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

islamistas o bien la de aquellos sujetos que, por ánimo de lucro propio, procuran armas o explosivos a la asociación terrorista.

Las conductas prevista en el Art. 270 ter serán sancionadas con la pena de reclusión (privación de libertad) de hasta cuatro años. Incrementándose en el caso de que la asistencia se preste de forma continuada.

También se contempla una causa de exclusión de la punibilidad si la conducta en cuestión se comete a favor de un familiar próximo.

III.1.B. b) 270-quater: Reclutamiento con la finalidad de terrorismo; y Art. 270-quinquies: Entrenamiento para actividades con finalidad de terrorismo.

Ambas disposiciones fueron introducidas en el Código Penal por el *Decreto Legge 27 Luglio 2005, N.144, (Legge di conversione 31 Luglio 2005 N. 155)*. Junto con el Art. 270-quinquies, ambos preceptos se engloban dentro de un paquete de medidas aprobadas por el Gobierno italiano para la lucha contra el terrorismo internacional. De ahí que se trate de conductas claramente enfocadas a la represión del terrorismo de dicha especie.

El tipos examinado sanciona al sujeto que, fuera de los supuestos previstos en el artículo 270-bis, reclute a una o más personas para la realización de actos de violencia o de sabotaje de los servicios públicos esenciales (Art. 270-quater); y a quien entrene o de cualquier forma proporcione instrucciones sobre la preparación o sobre le uso de materiales explosivos, armas de fuego o de otra armas, sustancias químicas o bacteriológicas nocivas o peligrosas, así como otras técnicas o métodos para la realización de actos de violencia, sabotaje de los servicios públicos esenciales (Art. 270-quinquies). En ambos casos, la conducta típica debe concurrir con la específica finalidad de terrorismo (elemento teleológico), recogándose la posibilidad de que dichas actuaciones se produzcan también contra un estado extranjero, una institución u organismo internacional. En tales casos, tales conductas también serán punibles en Italia de acuerdo con lo previsto en los tipos examinados.

Para el supuesto reclutamiento del Art. 270-quater, se prevé una pena de privación de libertad de 7 a 15 años; mientras que para el entrenamiento

terrorista del artículo 270-quinquies, una pena de privación de libertad de 5 a 10 años.

Respecto a la última modificación del Código Penal italiano que introduce los tipos examinados, sorprende que dichas conductas sean sancionadas con penas dispares (de 7 a 15 años para el reclutamiento; y de 5 a 10 años para el entrenamiento).

En cuanto a la relación de tales supuestos con el Derecho español, es evidente que tales conductas se incluyen expresamente como de colaboración en el artículo 576 del Código Penal español, con la misma penalidad para ambos supuestos (de 5 a 10 años de prisión).

III.1.C) Reino Unido

La legislación británica sobre terrorismo se ha desarrollado con una admirable velocidad desde el año 2000 hasta nuestros días, habiendo sustituido su tradicional legislación antiterrorista de carácter temporal, ceñida a la situación terrorista causada por el IRA. Dicha normativa se haya compuesta hoy por cuatro normas concretas³⁵:

- *Terrorism Act 2000*
- *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001(ATCSA)*
- *The Prevention of Terrorism Act 2005*
- *Terrorism Act 2006*

Por lo que se refiere a la configuración de tipos específicos que castigan las conductas análogas a la colaboración, sólo la *Terrorism Act 2000* y la *Terrorism Act 2006* contienen preceptos que merece la pena ser examinados con algún detenimiento. Mientras que las otras dos normas se refieren a cuestiones de carácter procesal o policial, generalmente. Así, la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ATCSA)* tiene por finalidad, según expresa la propia Ley:

1. La modificación de algunos extremos de la *Terrorism Act 2000*.

³⁵ Sobre la legislación antiterrorista el Home Office británico dispone en su página Web de una concreta sección, dentro de la rúbrica “Seguridad” que considera ampliamente la normativa que se ha examinado en este trabajo para la localización de la respuesta legislativa a los supuestos de colaboración. Vid. <http://www.homeoffice.gov.uk/security/terrorism-and-the-law/>

2. Profundizar en algunas provisiones relativas al terrorismo y a la seguridad.
3. Regular la congelación de activos financieros.
4. Promulgar determinadas disposiciones en materia de inmigración y asilo.
5. Modificar o extender la ley penal y los poderes preventivos, así como fortalecer la ley.
6. Promulgar disposiciones sobre el control de agentes patógeno y toxinas.
7. Estipular ciertos medios de retención de los datos de comunicación.
8. Estipular la implementación del Título VI del Tratado de la Unión Europea (Tercer Pilar de la Unión Europea).
9. Y, por último, tratar determinadas cuestiones conexas a lo antes indicado.

Por su parte, la *Prevention of Terrorism Act 2005* se orienta más a la dotación de instrumentos adecuados a las fuerzas policiales para hacer efectiva la prevención de supuestos terroristas. Y así se propone:

1. La previsión de órdenes que impongan determinadas obligaciones sobre individuos relacionados con la actividad terrorista. Obligaciones a propósito de la prevención o restricción de su compromiso en tales actividades.
2. Y una serie de disposiciones de carácter procesal relativas a tales órdenes, así como cuestiones conexas con las materias señaladas.

Así, pues, las normas que se examinarán a continuación son las dos restantes, prestando especial atención a los tipos específicos calificables en la sistemática española como supuestos de colaboración.

III.1.C. a) Terrorism Act 2000 (Sec. 12, Sec. 54 y Sec. 58)

La norma examinada se refiere en su Parte II a las organizaciones proscritas por la misma en relación con el terrorismo, dedicando tres secciones los delitos en concreto, sancionándose la integración (*Membership*, Sec. 11), el apoyo (*Support*, Sec. 12) y un delito curioso, denominado “Uniforme” (*Uniform*,

Sec. 13), para castigar el porte de trajes u otros instrumentos que permitan sospechar la pertenencia o apoyo a una organización terrorista.

La Sección 12 se refiere al apoyo a organizaciones terroristas contemplando conductas propias de la colaboración, a saber:

a) la invitación a apoyar una organización prohibida, no restringiéndose dicho apoyo únicamente al de carácter económico, Sec. 12 (1).

b) el concierto, dirección o la ayuda al concierto o dirección de una reunión, siempre que sea consciente el sujeto de que la misma se dirige al apoyo de una organización prohibida, a promover las actividades de una organización prohibida o para ser inscritos por una persona que pertenece o declara pertenecer a una asociación prohibida, Sec. 12 (2). Respecto de esta última modalidad, la Ley para salvaguardar la intimidad de dicha reunión, confiere como instrumento de defensa al sujeto la prueba de que no existe una causa razonable que permita creer que la inscripción o toma de datos apuntada se dirija a apoyar una organización prohibida o sus actividades, Secc. 12 (4)

c) La conducta de quien concierta una reunión, cuando la misma tenga como finalidad alentar el apoyo a una organización prohibida o para promover sus actividades, Sec. 12 (3)

También la Sec. 12 define, proporcionando una interpretación auténtica, el término reunión (*meeting*): a los efectos de la norma, sólo existirá tal reunión cuando asistan tres o más personas, sea o no pública; considerándose reunión privada sólo la que excluya la asistencia de público, Sec. 12 (5).

Finalmente, la sanción con que se conmina tales conductas va de la condena de privación de libertad no superior a 6 meses y/o una sanción económica hasta la de privación de libertad no superior a 10 años y/o multa, dependiendo de una cuestión procesal (que se trate de *summary conviction offence* o de *indictable offence*).

En la Parte III, titulada *Terrorist Property*, la norma examinada recoge la modalidad de auxilio económico, dedicando un gran número de secciones al mismo:

Sec. 14: Bienes terroristas; Sec. 15: Recaudación de fondos; Sec. 16: Uso y posesión; Sec. 17: Planes de financiación; Sec. 18: Lavado de dinero; Sec. 19: Obligación de revelar información; Sec. 20: Permiso para revelar información.

Finalmente, en la Parte VI titulada “Disposiciones variadas” (*Miscellaneous*), se recogen dos conductas que también pueden calificarse como colaboración desde la perspectiva de la sistemática penal española: el entrenamiento con armas y recogida de información.

Al entrenamiento con armas se refiere la Sec. 54 de la Ley cuando castiga las siguientes conductas:

1. Proporcionar instrucción o entrenamiento en el uso de armas de fuego, explosivos o armas químicas, biológicas o nucleares, Sec. 54 (1)³⁶.
2. Recibir dicha instrucción, en los mismos términos, Sec. 54 (2).
3. Invitar a otro a recibir instrucción o entrenamiento, cuando la recepción pueda constituir un delito previsto en la Subsección (2). En tal caso, la conducta puede acontecer tanto fuera como dentro de las fronteras del Reino Unido.

Para tales conductas la Subsección (4) señala que tanto en el caso de ofrecer entrenamiento, como en el de invitar a recibirlo, tales acciones pueden ir dirigidas a una generalidad de personas o a una o más personas específicas.

La penalidad señalada comparte los mismos parámetros que la prevista en la Sec. 12: privación de libertad de hasta 6 meses y/o multa en caso de *summary conviction offence*; y privación de libertad de hasta 10 años y/o multa, en caso de *indictable offence*. Contiene también otras determinaciones de carácter procesal que no interesan a los efectos materiales que posteriormente serán estudiados.

Finalmente, la Sec. 58 sanciona las conductas homologables a la información y vigilancia a que se refiere el Art. 576.2 del Código Penal español. En su virtud, se sanciona la conducta consistente en:

³⁶ Para una más adecuada interpretación, la Sec. 55 ofrece la definición de tres conceptos a los efectos previstos en la Sec. 54. Se trata de la interpretación auténtica de los términos: armas químicas, armas biológicas y armas nucleares.

- a) la recopilación de información o la producción de informes de tal clase que puedan ser útiles para la comisión o preparación de actos terroristas.
- b) la posesión de documentos o informes que contengan información de la clase antedicha.

En ambos casos, el informe también se refiere no sólo a material escrito, sino también a materiales fotográficos o electrónicos, Sec. 58 (2). Junto con otras disposiciones de carácter procesal, en las Subsecciones (5) a (7), la subsección (4) sanciona las conductas previstas con la misma pena e idénticas circunstancias que antes se han examinado con los dos preceptos anteriores.

III.1.C. b) Terrorism Act 2006

La norma examinada recoge en su Parte I una serie de conductas delictivas que complementan las que se consideraron en la Terrorist Act 2000, pudiendo distinguir cinco tipos de conductas: apologéticas, de propaganda, apología y propaganda por Internet, actos preparatorios y, finalmente, entrenamiento de terroristas.

i) Conductas relacionadas con la apología del terrorismo (Sec. 1)

La Sec. 1 de la *Terrorism Act 2006* recoge un precepto dirigido a la punición de las conductas apologéticas (*encouragement of terrorism*) que supone, desde luego, un caso de colaboración. Aunque quedaría fuera del ámbito de los actos de colaboración material que estudia este trabajo. Por lo que simplemente se apunta su existencia así como la conducta típica castigada.

En la Sec. 1 (1) se concreta el ámbito de la apología punible considerando que por tal ha de entenderse aquella declaración que probablemente pueda ser entendida como un estímulo, directo o indirecto (o como inducción), por todo o parte del público a quienes se dirige, a la comisión, preparación o instigación para la comisión de actos de terrorismo o *Convention offences*. Concretando la Subsección (3) que por tales se entienden aquellas afirmaciones que glorifican la comisión o preparación de

tales delitos o aquellas que permiten inferir que dicha glorificación se realiza para que sea emulada.

ii) Conductas de distribución de propaganda terrorista (Sec. 2)

La Sec. 2 se rubrica *Dissemination of terrorist publications* (Distribución de publicaciones terroristas), considerando que tal conducta se refiere a los clásicos supuestos de propaganda terrorista. Las conductas sancionadas se deducen de la aplicación conjunta de las Subsección (1) y (2), resultando las siguientes:

- 1.- Distribuir o divulgar una publicación terrorista.
- 2.- Dar, vender o prestar una publicación terrorista.
- 3.- Ofrecer tales publicaciones a la venta o como préstamo.
- 4.- Proveer las mismas a quienes no pueden obtenerlas, leerlas, escucharlas o verlas. También adquirirlas por medio de un regalo, venta o préstamo.
- 5.- Transcribir los contenidos de tal publicación electrónicamente.
- 6.- Tener en posesión tal publicación para la realización de alguna de las conductas previstas anteriormente.

A los efectos de la Sección, una “publicación” es un artículo o informe de cualquier tipo que se caracterice por contener alguno de los siguientes contenidos, o la combinación de alguno de ellos: materiales para ser leídos, escuchados, vistos o mirados, ex Subsección (13).

Cualquiera que sea la conducta observada por el sujeto activo, debe concurrir alguna de las finalidades previstas en la Subsección 1:

- a) que su conducta trate de ser un estímulo directo o indirecto u otro incentivo a la comisión, preparación o instigación de actos de terrorismo.
- b) que su conducta trate de servir de apoyo o asistencia a la comisión o preparación de tales delitos.
- c) o bien que pueda producirse alguna de las finalidades antedichas pero motivadas por la imprudencia del sujeto.

Junto con tales previsiones se lleva a cabo la definición de algunos conceptos esenciales para concretar el ámbito punitivo del precepto:

publicación terrorista, Subsección (3); y materia que puede ser entendida como instigación directa o indirecta a la comisión o preparación de actos de terrorismo, Subsección (4). Regulándose posteriormente algunas exclusiones y aspectos accesorios del tipo en cuestión.

En cuanto a la punibilidad prevista, la Subsección (11) establece tres tipos de penas:

- a) En el supuesto de *indictable offence*, la pena de privación de libertad no superior a 7 años y/ una multa.
- b) En el supuesto de *summary conviction offence* en Inglaterra y Gales, la pena de privación de libertad no superior a 12 meses y/o una multa.
- c) En el supuesto de *summary conviction offence* en Escocia o Irlanda del Norte, la pena de privación de libertad no superior a 6 meses y/o una multa.

iii) Conductas que recogen la especialidad de apología y propaganda terrorista a través de Internet (Sec. 3)

La legislación antiterrorista británica configura un tipo específico para acondicionar lo expuesto en los respectivos supuestos de apología y propaganda antes examinados, adaptándolo al canal de distribución por el que se distribuye: Internet. Se configura así en la Sec. 3 un supuesto de apología y propaganda *cibernéticas*. De ahí que dicha Sección se aplique a las conductas que tengan por finalidad las previstas en los preceptos antes examinados, en relación con los siguientes casos, según la Subsección (1):

- 1.- En el supuesto de que la declaración sea publicada o cause su publicación en relación con la provisión o uso de servicios prestados electrónicamente.
- 2.- En los supuestos de propaganda incluidos dentro de la Sec. 2 (2), antes examinados, cuando tales conductas se observe en relación con la provisión o uso de servicios prestados electrónicamente.

La penalidad es la misma que la prevista para los supuestos anteriores, ya que se trata de un precepto que sólo intenta adaptar los tipos de apología y propaganda a las especificidades propias derivadas de su distribución por Internet.

iv) Conductas de preparación de actos terroristas (Sec. 5)

La Sec. 5 de la *Terrorism Act 2006* configura un delito concreto de preparación de los delitos terroristas que puede considerarse a efectos de colaboración, en la medida en que algunas de las conductas que éste precepto prevé podrían ser entendidas como colaboración desde la perspectiva del Código español; sin olvidar que para muchos autores españoles (posición con la que se discrepa), los actos de colaboración son sólo actos de preparación.

Así, el precepto indicado sanciona a quienes desarrollan cualquier conducta preparatoria cometida con alguna de estas dos intenciones: cometer un delito terrorista o auxiliar a quienes quieran cometer tales actos. (Subsección 1). A los efectos de lo estipulado, es indiferente que la intención proyectada se refiere a uno o más actos singulares de terrorismo, actos de terrorismo de un determinado tipo o actos de terrorismo en general (Subsección 2). Corresponde al culpable de tales hechos una pena de cadena perpetua, si se trata de un supuesto de *indictable offence*.

v) Conductas relativas al entrenamiento de terroristas (Sec. 6)

Por último, y en directa relación con las conductas previstas en la Sec. 54 de la *Terrorism Act 2000*, ya examinado, se regulan dos Secciones relativas al entrenamiento de terroristas.

La Sec. 6 se rubrica “Entrenamiento para el terrorismo” y comprende dos conductas punibles:

1.- Proporcionar instrucción o entrenamiento para alguna de las siguientes habilidades, previstas en la Subsección (3):

a) la fabricación, manipulación o uso de sustancias nocivas o de sustancias con idénticas características³⁷

b) el uso de cualquier método o técnica para la realización de cualquier cosa que pueda ser empujada para propósitos terroristas, en relación con la comisión o preparación de un acto de terrorismo o *Convention offence*, o en relación con el auxilio a la comisión o preparación por otro de tal acto o delito.

³⁷ La Subsección (7) señala como tales las sustancias peligrosas con el significado previsto por la Parte 7 de la *Antiterrorism, Crime and Security Act 2001*; o cualquier otra que sea peligrosa o nociva o que pueda ser o llegar a ser peligrosa o nociva sólo bajo determinadas circunstancias

c) el diseño o adaptación para propósitos terroristas o en relación con la comisión o preparación de un acto de terrorismo o *Convention offence*, o cualquier método o técnica para hacer algo con dicho propósito.

Tales conductas se complementan con un requisito adicional: al mismo tiempo que proporciona dicha instrucción o entrenamiento, debe tener conocimiento de que la persona que los recibe trata de usar tales habilidades, en las que está siendo instruido, para alguna de las siguientes finalidades:

a) para la comisión o preparación de actos de terrorismo o de un supuesto de *Convention offence*, o en conexión con los mismos.

b) O bien, para auxiliar a la comisión o preparación por otros de tales actos o delitos.

2.- Recibir instrucción o entrenamiento en cualquiera de las habilidades antes señaladas y que, al tiempo de recibir tal instrucción o entrenamiento, intenta usar tales habilidades en las que está siendo instruido para las mismas finalidades antes examinadas:

a) para la comisión o preparación de actos de terrorismo o *Convention offence*, o en conexión con los mismos.

b) para auxiliar a la comisión o preparación por otros de tales actos o delitos.

Las penas previstas para el presente supuesto se prevén en la Subsección (5):

a) En el supuesto de *indictable offence*, la pena de privación de libertad no superior a 10 años y/ una multa.

b) En el supuesto de *summary conviction offence* en Inglaterra y Gales, la pena de privación de libertad no superior a 12 meses y/o una multa.

c) En el supuesto de *summary conviction offence* en Escocia o Irlanda del Norte, la pena de privación de libertad no superior a 6 meses y/o una multa.

Por otra parte, la Sec. 8 acoge un tipo específico relativo a la asistencia a lugares utilizados para el entrenamiento terrorista (campos de entrenamiento terrorista). La conducta sancionada consiste en asistir a tales lugares de

entrenamiento (dentro o fuera del Reino Unido) concurriendo las siguientes circunstancias:

a) Que al tiempo que el sujeto se encuentra en dicho lugar, se proporcione instrucción o entrenamiento del tipo mencionado en la Sec. (6) antes examinada o del que también comentamos más arriba (Sec. 54) de *Terrorism Act 2000* sobre entrenamiento con armas.

b) Que tal entrenamiento o instrucción sea proporcionado total o parcialmente con el propósito de cometer o preparar actos de terrorismo o algún supuesto de *Convention offence*.

c) Que se cumplan los requisitos personales previstos por la Subsección (2), relativos a la extensión del conocimiento que el sujeto activo debe tener. A saber:

1.- Que sepa o crea que tal instrucción o entrenamiento está siendo proporcionada total o parcialmente con el propósito antes indicado.

2.- O bien que desde el punto de vista de una persona colocada en igual situación (hombre medio), no resulte razonable pensar que el sujeto se habría equivocado en la comprensión de que dicha instrucción o entrenamiento estaba siendo proporcionada total o parcialmente para la comisión de los propósitos terroristas antes indicados.

Por lo que respecta a la penalidad en este caso, coincide con la prevista para la Sec. (6):

a) En el supuesto de *indictable offence*, la pena de privación de libertad no superior a 10 años y/ una multa.

b) En el supuesto de *summary conviction offence* en Inglaterra y Gales, la pena de privación de libertad no superior a 12 meses y/o una multa.

c) En el supuesto de *summary conviction offence* en Escocia o Irlanda del Norte, la pena de privación de libertad no superior a 6 meses y/o una multa.

III.1.D) Francia

Por lo que se refiere a la legislación francesa en materia de terrorismo, ésta se recoge en el *Code pénal*³⁸, *Livre IV*, rubricado «*Des crimes et délits*

³⁸ Se ha utilizado la versión consolidada a 29 mayo de 2008. Accesible en la Web oficial del Gobierno francés en castellano: <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>

contre la nation, l'Etat et la paix publique»; Titre II «Du terrorisme» ; Chapitre Ier, titulado «Des actes de terrorisme», en sus artículos 421-1 a 421-6.

La legislación francesa³⁹, al contrario que las otras examinadas, no hace referencia a los supuestos de colaboración con las asociaciones terroristas, limitándose a sancionar en su artículo 421-2-1 «el hecho de participar en un grupo formado o en un acuerdo establecido para la preparación, caracterizada por uno o varios hechos materiales, de alguno de los actos terroristas mencionados en los artículos anteriores». Lo que representa una escueta punición del colaborador con organización terrorista, salvo que se trate de supuestos de financiación al que el legislador penal francés sí dedica un artículo concreto: el artículo 421-2-2. El mencionado precepto es considerado por el legislador francés como un acto de terrorismo. Así, el precepto en cuestión castiga «el hecho de financiar una actividad terrorista aportando, reuniendo o gestionado fondos, valores o bienes cualesquiera o dando consejos para tal fin, con la intención de ver estos fondos, valores o bienes utilizados, o a sabiendas de que se destinarán a ser utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquier acto de terrorismo previsto en el presente capítulo, independientemente del acaecimiento eventual de un acto de ese tipo».

Para ambos supuestos, el artículo 421-5 reconoce una pena privativa de libertad de 10 años y multa de 225.000 Euros; mientras que a los directores u organizadores de la agrupación o acuerdo se les impone una pena privativa de libertad de 20 años y multa de 500.000 Euros. El mismo precepto señala expresamente la sanción de la tentativa en los supuestos de financiación; siendo también de aplicación a ambos supuestos el periodo de seguridad que el Código francés regula en su artículo 132-23.

Por otra parte, el artículo 422-3 recoge para los supuestos previstos en el título una serie de penas accesorias, a las que se le puede unir otra pena también accesoria de carácter potestativo para el Juez, prevista por el Art. 422-4. Tales penas son las siguientes:

³⁹ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo nº 380/2003 de 22 diciembre, que hace un somero recorrido por la legislación francesa en relación con un supuesto en que se alegó por parte de la parte recurrente, la vulneración del principio *ne bis in idem*.

1º La prohibición del ejercicio de derechos cívicos, civiles y de familia, conforme a lo previsto en el artículo 131-26, con un periodo máximo de prohibición de 15 años en caso de crimen y de 10 años en caso de delito;

2º La prohibición, conforme a lo previsto en el artículo 131-27, de ejercer una función pública o la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción; con un periodo máximo de la prohibición temporal de 10 años;

3º La prohibición de acudir a determinados lugares, conforme a lo previsto en el artículo 131-31; con un periodo máximo de prohibición de 15 años en caso de crimen y de 10 años en caso de delito.

4º Potestativamente, la prohibición de permanencia en el territorio francés, en las condiciones previstas por el artículo 131-30, bien a título definitivo, o por un periodo de hasta 10 años, a cualquier extranjero culpable de alguna de las infracciones definidas en el título indicado.

Un supuesto específico de la regulación francesa que la distingue de la española en gran medida es la punición específica de las personas jurídicas, en su Art. 422-5, cuando reconoce que «las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el presente título en las condiciones previstas en el artículo 121-2».

III.1.E) Estados Unidos

La legislación estadounidense⁴⁰ en materia de terrorismo se recoge en el Título 18, titulado “Delitos y procedimiento criminal”, Parte I: Delitos; Capítulo 113B: Terrorismo, del Código de los Estados Unidos (*U.S. Code*). Concretamente los tipos relativos a la colaboración con asociaciones terroristas ocupa los últimos párrafos del capítulo, a saber: § 2339, § 2339A, § 2339B, § 2339C y §2339D. Tales párrafos fueron modificados por la bien conocida y publicitada USA PATRIOT Act H.R .3162, de 21 de octubre de 2001 (*Uniting*

⁴⁰ Para un examen más completo de la legislación antiterrorista norteamericana en general, vid. VERVAELE, J.A.E., La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter armas silent leges, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, 2005 Aranzadi, Págs. 111-146; y SALAS, Luis P, La Ley patriótica USA, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, Págs. 255-309. En cuanto al US Code, puede accederse a la misma en la Web de la Cornell University Law School: <http://www.law.cornell.edu/uscode/>

and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001).

El examen que de los párrafos se realiza a continuación se limita a los aspectos materiales para la represión de la colaboración con asociaciones terrorista, por lo que se prescinde de los aspectos procesales que los mismos también incorporan. Junto con esta primera limitación también corresponde realizar otra atendiendo al contenido de la colaboración castigada, ya que el párrafo § 2339C *U.S. Code* titulado “Prohibiciones contra la financiación del terrorismo” apela a un tipo de colaboración (la económica), que se excluye del examen de este trabajo, por alejarse de las conductas que realmente desea punir el tipo previsto por el artículo 576. De ahí que los párrafos que se examinan en relación con la colaboración terrorista son, propiamente, los siguientes:

- 1.- § 2339: escondimiento u ocultación de terroristas.
- 2.- § 2339A: provisión de ayuda material a terroristas.
- 3.- § 2339B: provisión de ayuda material o recursos a organizaciones terroristas extranjeras.
- 4.- § 2339D: recepción de entrenamiento militar de una organización terrorista extranjera.

III.1.E. a) § 2339: escondimiento u ocultación de terroristas.

El párrafo 2339 del *U.S. Code* recoge una conducta típica, también considerada en el artículo 576 CP, cual es la de prestar auxilio a miembros de asociaciones terroristas con la finalidad de ocultarlos o esconderlos. Así, en su letra a) se sanciona a quien esconda u oculte a cualquier persona que conozca, o tenga motivos razonables para considerar que ha cometido o esta a punto de cometer un delito de los comprendidos en las secciones que a continuación describe:

Sección 32 *U.S. Code*, sobre destrucción de aeronaves o instalaciones aéreas.

- Sección 175 *U.S. Code*, sobre armas biológicas.
- Sección 229 *U.S. Code*, sobre armas químicas.
- Sección 831 *U.S. Code*, sobre material nuclear.

- Sección 844 *U.S. Code*, párrafos (2) ó (3), sobre incendios provocados o bombardeo de propiedades gubernamentales con riesgo o efecto de lesiones o muerte.
- Sección 1366 *U.S. Code* (a), sobre la destrucción de instalaciones energéticas.
- Sección 2280 *U.S. Code*, sobre actos de violencia contra la navegación marítima.
- Sección 2332a *U.S. Code*, sobre armas de destrucción masiva.
- Sección 2332b *U.S. Code*, sobre actos de terrorismo que rebasen las fronteras nacionales.
- Sección 236 (a), sobre sabotaje de instalaciones nucleares o refinerías, de la *Atomic Energy Act of 1954* (correspondiente al Título 42 *U.S. Code*, Capítulo 23, párrafo 2284 (a)),
- Sección 46502, sobre piratería aérea del Título 49

En todos estos casos, la conducta observada le valdrá a su autor una pena de multa así como la privación de libertad de hasta 10 años, pudiendo imponerse tales penas conjuntamente, o sólo una de ellas.

III.1.E. b) § 2339A: provisión de ayuda material a terroristas.

El párrafo 2339A castiga las conductas de auxilio material a terroristas, disponiendo que resultará castigado quien provea ayuda material o recursos, u oculte o disimule la naturaleza, localización, fuente o propiedad de la ayuda material o recursos, conociendo o sospechando que las mismas suelen ser utilizadas para la preparación o realización de una violación de alguna de las secciones que también enumera taxativamente:

- Secciones 32, 37, 81, 175, 229, 351, 831, 842 (m) ó (n), 844 (f) ó (i), 930 (c), 956, 1114, 1116, 1203, 1361, 1362, 1363, 1366, 1751, 1992, 1993, 2155, 2156, 2280, 2281, 2332, 2332a, 2332b, 2332f, o 2340A, todas del Título 18.

- Sección 236 de la *Atomic Energy Act of 1954* (correspondiente al Título 42 *U.S. Code*, Capítulo 23, parágrafo 2284)
- Sección 46502 o 60123 (b) del Título 49
- cualquier otra lesión de las previstas en la Sección 2332b (g)(5)(B) (excepto para las Secciones 2339A y 2339B)

Estos actos de colaboración, además, amplían su ámbito punitivo cuando el citado precepto se extiende a un supuesto de encubrimiento específico, consistente en preparar o realizar una actividad tendente a facilitar la huida de los sujetos activos de los delitos antes examinados consumado, intentados o intentados en grado de conspiración.

Para tales conductas se prevé una pena de multa y la privación de libertad de hasta 15 años, pudiendo imponerse ambas penas conjuntamente o sólo una de ellas. Se añade una cláusula penológica exactamente igual a la prevista por el legislador español en el Art. 576.2 CP, cuando se eleva la pena a cualquier término temporal, incluida la cadena perpetua, si de las conductas de colaboración consideradas resulta la muerte de cualquier persona (delito de peligro concreto).

Si el anterior parágrafo definía de forma auténtica un concepto, el § 2339A hace lo propio con tres conceptos específicos, interpretando los mismos de forma auténtica a los efectos del parágrafo en cuestión:

1.- Ayuda material o recursos. Por tal se entiende cualquier propiedad, tangible o intangible, o servicio (incluidos divisas o instrumentos económicos o seguros financieros), servicios financieros, alojamiento, entrenamiento, asesoramiento por expertos o asistencia, pisos francos, documentación o identificaciones falsas, equipos de comunicación, instalaciones, armas, sustancias letales, explosivos, personal (uno o más individuos, contándose el propio sujeto activo), y transportes. Se exceptiona de dicho concepto la asistencia religiosa y médica.

2.- Entrenamiento, entendiendo por tal la instrucción o enseñanza diseñada para impartir una habilidad específica, entendida en contraposición al conocimiento general.

3.- Asesoramiento por expertos o asistencia, equivalente al consejo o asistencia derivada de un conocimiento especializado de carácter científico, técnico o de otro tipo.

III.1.E. c) § 2339B: provisión de ayuda material o recursos a organizaciones terroristas extranjeras.

El párrafo 2339B, por su parte, recoge una serie de conductas de colaboración que difieren del anterior párrafo en que ahora se trata de perseguir conductas de auxilio a organizaciones terroristas extranjeras, y no de auxilio a terroristas, como hasta ahora se ha examinado. Mientras que en los casos anteriores la colaboración se realizaba en atención al individuo auxiliado por su condición de terrorista; en el presente párrafo se castigan conductas de auxilio con la asociación terrorista extranjera de que se trate en cada caso. De ahí en su letra (a) examine dos actividades prohibidas:

1.- Conductas ilícitas.

En primer lugar, se sancionan como conductas ilícitas las observadas por quien, con conocimiento, provee ayuda material o recursos a una organización terrorista extranjera. Son también conductas ilícitas la tentativa de dicha acción así como la conspiración.

En ambos casos, la pena prevista es la misma que la del párrafo 2339A, es decir, multa y/o privación de libertad de hasta 15 años; repitiéndose la cláusula penológica que amplía la pena de privación de libertad hasta la cadena perpetua si se deriva la muerte de una persona.

Una cuestión particular que presenta el presente párrafo es la concreción, por parte del legislador, del ámbito que debe abarcar el conocimiento del autor (dolo) para entender cometida la conducta prohibida. Y así, se indica que el sujeto activo debe tener conocimiento de que la organización es una organización terrorista que ha estado o está comprometida en actividades terroristas (actividades definidas según lo previsto por la Sección 212(a)(3)(B) de la *Immigration and Nationality Act*) o que ha estado o está comprometida con el terrorismo (según la definición que del mismo da la Sección 140(d)(2) de la *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1988 and 1989*).

2.- Conductas ilícitas referidas a entidades financieras.

La segunda conducta considerada se refiere a las que son observadas por personas jurídicas de carácter financiero. La conducta castigada parte del incumplimiento de una obligación que se establece para todas las instituciones financieras: éstas, salvo autorización del Secretario del Tesoro, cuando tengan conciencia de que están en posesión o tienen control sobre fondos en los cuales una organización terrorista extranjera o sus miembros tengan interés, deberán retener la posesión o mantener bajo control tales fondos; y poner en conocimiento del Secretario del Tesoro tales hechos. En el caso de que dicha obligación no sea satisfecha conscientemente se prevé una sanción económica para la entidad financiera de que se trate, cuyo importe será el más elevado de entre los siguientes: o bien 50.000 dólares por violación; o dos veces la cantidad que la entidad financiera debió retener la posesión o el control.

El precepto examinado, además, establece una serie de previsiones especiales:

1.- En primer lugar, por lo que respecta a la provisión de personal, el párrafo en su letra (h) señala que no podrá perseguirse a una persona por haber contribuido como personal salvo que dicha contribución haya sido conscientemente dirigida a auxiliar, intentar auxiliar, o conspirar para auxiliar a una organización terrorista extranjera, mediante el trabajo bajo la dirección o control de la misma o para organizar, administrar, supervisar o dirigir de cualquier forma la operación de dicha organización. De ahí que el sujeto individual que actúa de modo totalmente independiente de la organización terrorista extranjera así como de sus objetivos y fines no podrá ser perseguido por su actuación.

2.- En segundo lugar, la letra (i) proporciona una regla de interpretación de todo el tipo en cuestión, ya que indica que en modo alguno podrá interpretarse o aplicarse el párrafo considerado con la finalidad de coartar las facultades derivadas del ejercicio de los derechos garantizados por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, relativa, entre otros, a la libertad de culto, la libertad de expresión y de prensa y el derecho de reunión pacífica.

3. Finalmente, la letra (j) del párrafo examinado recoge un supuesto de excepción para los supuestos en los que el apoyo materia o recursos estén

relacionados con el personal, el entrenamiento o el asesoramiento por expertos y asistencia, para el caso de que dicho auxilio sea prestado con la aprobación del Secretario del Estado y la concurrencia del Fiscal General.

III.1.E. d) § 2339D: recepción de entrenamiento militar de una organización terrorista extranjera.

Finalmente se refiere el párrafo 2339D a los supuestos de entrenamiento militar prestado por organizaciones terroristas. La conducta típica sanciona a quien conscientemente recibe entrenamiento de tipo militar por parte de o en nombre de una organización incluida, en el momento de recibir dicho entrenamiento, por el Secretario de Estado en la Sección 219 (a)(1) de la *Immigration and Nationality Act* como una organización terrorista internacional.

En tal supuesto, el sujeto activo se castigado con una pena de multa y/o privación de libertad de 10 años

La misma previsión que se hizo en el párrafo anterior respecto de los aspectos que debe abarcar el dolo del autor son ahora reproducibles: que la organización auxiliada es una organización terrorista que ha estado o está comprometida en actividades terroristas (actividades definidas según lo previsto por la Sección 212(a)(3)(B) de la *Immigration and Nationality Act*) o que ha estado o está comprometida con el terrorismo (según la definición que del mismo da la Sección 140(d)(2) de la *Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1988 and 1989*).

Resulta de especial interés el concepto de “entrenamiento de tipo militar” que el legislador señala en el número 1 de la letra (c) de dicho precepto, cuando señala que el mismo incluye el entrenamiento en medios o métodos que puede causar la muerte o graves lesiones corporales, destruir o dañar la propiedad o interrumpir los servicios de infraestructuras críticas; o entrenamiento en el uso, almacenamiento, producción, ensamblaje de cualquier tipo de explosivo, arma de fuego u otra armas, incluida cualquier arma de destrucción masiva.

III.2.- La colaboración en la normativa internacional de Naciones Unidas.

Las Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado hasta hoy un total de 13 instrumentos universales⁴¹ relacionados con la prevención y represión del terrorismo, ratificados todos por España salvo el último de ellos:

1.- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Convenio sobre las aeronaves*); firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963, en vigor desde el 4 de diciembre de 1969

2.- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (Convenio sobre el apoderamiento ilícito*), firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; en vigor desde el 14 de octubre de 1971

3.- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio sobre la aviación civil*); firmado en Montreal el 23 de septiembre 1971; en vigor desde el 26 de enero de 1973

4.- Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (Convención sobre los agentes diplomáticos*); aprobada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; en vigor desde el 20 de febrero de 1977

5.- Convención Internacional contra la toma de rehenes (Convención sobre la toma de rehenes*); aprobada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979; en vigor desde el 3 de junio de 1983

6.- Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (Convención sobre los materiales nucleares*); firmada en Viena el 26 de octubre de 1979; en vigor desde el 8 de febrero de 1987

7.- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del

⁴¹ Accesibles en la Web <http://www.un.org/spanish/sc/ctc/law.shtml>

Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (Convención sobre los aeropuertos*); firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; en vigor desde el 6 de agosto de 1989

Situación:161 partes

8.- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convención sobre la navegación marítima*); hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; en vigor desde el 1º de marzo de 1992

9.- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Protocolo sobre las plataformas fijas*); hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; en vigor desde el 1º de marzo de 1992

10.- Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección (Convenio sobre los explosivos plásticos*); hecho en Montreal el 1º de marzo de 1991; en vigor desde el 21 de junio de 1998

11.- Convenio Internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas (Convención sobre los atentados terroristas cometidos con bombas*); aprobado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997; en vigor desde el 23 de mayo de 2001

12.- Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (Convención sobre la financiación del terrorismo*); aprobado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; en vigor desde el 10 de abril de 2002

13.- Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (Convención sobre el terrorismo nuclear*); aprobado en Nueva York el 13 de abril de 2005; en vigor desde el 7 de julio de 2007

III.2.A.- Supuestos de colaboración previstos por algunos tratados: artículo 2.4 Convención sobre el terrorismo nuclear; artículo 2.5 de la Convención sobre la financiación del terrorismo; y artículo 3.2 letra b) de la Convención sobre la navegación marítima.

De tales textos, algunos de ellos se ocupan de considerar la tipificación de supuestos que podrían considerarse de colaboración con asociaciones terroristas, desde la perspectiva del Derecho Penal español. Así,

1.- El artículo 2.4 Convención sobre el terrorismo nuclear⁴² señala en su letra c) que comete un delito la persona que en cualquier otro modo contribuye a la comisión de uno o más delitos de los previstos en los párrafos 1, 2 ó 3 de dicho artículo por un grupo de personas actuando de común acuerdo; dicha contribución debe ser intencional y con la finalidad de contribuir a la actividad criminógena genera o al propósito del grupo o ser realizada con conocimiento de la intención del grupo orientado a cometer el delito o delitos señalados. Estableciendo en Art. 5 que los Estados parte deberán establecer en su derecho nacional los delitos previstos en el artículo 2, acompañadas de las penas apropiadas teniendo en cuenta la gravedad de los mismos.

2.- El artículo 2.5 de la Convención sobre la financiación del terrorismo⁴³ considera que también comete un delito de los que se castigan principalmente por el mencionado Convenio, en su letra c) a quien «contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 4 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencionada y hacerse:

i) Ya sea con el propósito de facilitar la actividad delictiva o los fines delictivos del grupo, cuando esa actividad o esos fines impliquen la comisión de un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo; o

ii) Ya sea con conocimiento de la intención del grupo de cometer un delito enunciado en el párrafo 1 del presente artículo».

⁴² En http://untreaty.un.org/English/Terrorism/English_18_15.pdf

⁴³ En <http://untreaty.un.org/English/Terrorism/18-11sp.pdf>; <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1636.pdf>

3.- También el artículo 3.2 letra b) de la Convención sobre la navegación marítima⁴⁴ castiga a « induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito».

III.2.B.- Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001

Junto a tales Convenios internacionales amparados en al estructura de legitimidad de las Naciones Unidas debe destacarse también por su importancia la Resolución 1373 (2001), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001, destinada a lograr que todos los Estados impidan y castiguen la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo. Para ello, la Resolución en cuestión hace especial hincapié en la represión del reclutamiento de terroristas, proveer la alerta temprana y el intercambio de información entre los Estados, impedir la circulación de terroristas y el tráfico de armas, explosivos o materiales peligrosos, realizar controles en las fronteras, adherirse a los mecanismos internacionales existentes de lucha contra el terrorismo y enjuiciar a los terroristas. Así, artículo 2 de la Resolución 1373 (2001) prevé los siguientes supuestos relacionados con al colaboración:

- En primer lugar, la letra a), solicita a los Estados la represión del reclutamiento de miembros de grupos terroristas.
- En segundo, la letra c) también prevé que los Estados denieguen refugio a quienes, a parte de financiar, planificar cometer actos de terrorismo, presten apoyo a esos actos, o proporcionan refugios.
- Por último, y muy específicamente, la letra e) también se pide que se asegure el enjuiciamiento de toda persona que participe, no sólo en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo; sino también a aquellos que presten apoyo a esos actos. Dicho precepto, además, solicita expresamente que aseguren que dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves en las leyes y otros instrumentos legislativos internos y que el castigo que se

⁴⁴ En <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1634.pdf>

imponga corresponda a la gravedad de esos actos de terrorismo, con independencia de cualesquiera otras medidas de represión que se adopten.

Esta Resolución, además, ha sido objeto de especial atención para el Comité contra el Terrorismo, el cual ha compilado una guía de prácticas recomendadas en la que «se alienta a los Estados Miembros a aplicar, teniendo en cuenta sus circunstancias y necesidades concretas, para potenciar al máximo el efecto de las actividades que realizan para aplicar la resolución»; si bien, en los concretos extremos que interesan en este trabajo, dicho valioso documento no aporta ningún instrumento específico hasta que se desarrolle por parte del Comité⁴⁵.

Finalmente, también debe destacarse la denominada «Estrategia Mundial de las Naciones Unidas de Lucha contra el Terrorismo», dentro del Plan de acción anexo a la Resolución aprobada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006 [A/RES/60/288], en la medida en que es de los últimos instrumentos normativos de las Naciones Unidas; si bien, no contiene ningún dato interesante a los efectos estudiados en el presente trabajo, como ocurría con la guía de prácticas recomendadas⁴⁶.

III.3.- La colaboración en la normativa comunitaria europea.

III.3.A.- Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002

En el ámbito de la legislación comunitaria ocupa un lugar esencial la Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI)⁴⁷, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, publicada en Diario Oficial n° L 164 de 22/06/2002 p.

⁴⁵ Dicha guía se puede ver en la Web http://www.un.org/sc/ctc/best_prac.html, donde se indica que «La guía compila, en un solo documento de referencia, las prácticas recomendadas, los códigos y las normas de organizaciones internacionales y regionales de importancia en relación con las diversas disposiciones de la resolución 1373 (2001). (...) [cuya] finalidad es (...) proporcionar a los Estados Miembros un instrumento adicional que les ayude a aplicar la citada resolución»

⁴⁶ Accesible en la Web <http://www.un.org/spanish/terrorism/strategy-actionplan.shtml>

⁴⁷ Vid en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF>

0003 – 0007; especialmente lo señalado en su artículo segundo, titulado como “Delitos relativos a un grupo terrorista”. El mismo parte de una definición, a efectos de la Decisión marco, de “grupo terrorista”, según la cual se trataría de «toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo». Mientras que por "organización estructurada" se entenderá «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada».

El artículo 2.2 de la Decisión marco, tomando como eje el carácter asociativo del fenómeno terrorista, obliga a los Estados miembros a tipificar una serie de conductas en relación con tales organizaciones de forma tal que deberá punirse:

- a) En primer lugar, lógicamente, la dirección de los grupos terroristas;
- b) Castigándose asimismo la participación en las actividades de un grupo terrorista. A estos efectos, se considera como actividades que integran dicha participación: «el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».

Como puede comprobarse, la Unión Europea parte de la distinción del sujeto activo en función del vínculo orgánico con la organización terrorista, distinguiendo entre directores y partícipes, no distinguiendo en este último caso si se trata de integrantes o colaboradores. Cuestión a cuyo esclarecimiento tampoco contribuye el artículo 3 de la misma Decisión Marco, cuando define los delitos ligados a las actividades terroristas que deben recoger como tales los Estados miembros en su legislación nacional:

- a) el hurto o robo con agravantes.
- b) el chantaje.
- c) el libramiento de documentos administrativos falsos.

Esta indeterminación en un aspecto esencial desde el punto de vista de la normativa legal punitiva es lo que determina, en buena parte, la Propuesta de decisión marco del Consejo por la que se modifica la Decisión marco

2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo, presentada por la Comisión⁴⁸, de fecha 6 de noviembre de 2007. A los efectos que interesan en este trabajo, la Comisión propone la reforma del artículo 3 de la Decisión marco, precisamente para concretar determinadas conductas típicas de la participación que coinciden plenamente con las propias de la colaboración, tal y como se entiende en la legislación penal española.

Dicha propuesta se precede de una "motivación y objetivos de la propuesta" que esclarecen el sentido de la reforma, cuando señala que el motivo esencial de la reforma es la adaptación de los tipos al principal canal de comunicación existente en la actualidad: Internet. Y lo hará en un sentido muy parecido a como lo hace el Derecho anglosajón. Y así, se señala que «las tecnologías modernas de información y comunicación desempeñan un papel importante en la propagación de la amenaza terrorista, especialmente Internet, que es barata, rápida, fácilmente accesible y tiene un alcance prácticamente mundial. Todas estas ventajas (...) son aprovechadas, desgraciadamente, por los terroristas, que utilizan Internet como medio de difundir propaganda para movilizar y reclutar adeptos, así como instrucciones y manuales en línea destinados al adiestramiento y la planificación de atentados, todo ello dirigido tanto a partidarios actuales como potenciales»⁴⁹.

En concreto, la proyectada reforma del artículo 3 tiene como clave de interpretación la adaptación de las normativas nacionales al nuevo *modus operandi* de las asociaciones terroristas «mediante la inclusión en el concepto de terrorismo de la inducción pública a la comisión de delitos de terrorismo y del reclutamiento y el adiestramiento de terroristas».

El artículo 3, según la propuesta de la Comisión, quedaría redactado del siguiente modo:

"Artículo 3 - Delitos ligados a actividades terroristas

(1) A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:

⁴⁸ Dicho texto puede verse en la Web:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0650:FIN:ES:PDF>

⁴⁹ La propia motivación de la propuesta reconoce que « Internet actúa así como uno de los principales impulsores de los procesos de radicalización y reclutamiento y también sirve como fuente de información sobre medios y métodos terroristas, funcionando como un "campo de entrenamiento virtual". La difusión de propaganda y experiencias terroristas a través de Internet complementa y refuerza el adoctrinamiento y el adiestramiento de tipo tradicional y contribuye a desarrollar una base más sólida y extensa de activistas y partidarios del terrorismo».

(a) "**inducción pública a la comisión de delitos de terrorismo**" la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la omisión de cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleva el riesgo de comisión de uno o más de tales delitos.

(b) "**reclutamiento de terroristas**" la petición a otra persona de que cometa cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, o en el artículo 2, apartado 2.

(c) "**adiestramiento de terroristas**" impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines.

(2) Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos de terrorismo se incluyan los siguientes actos dolosos:

(a) inducción pública a la comisión de delitos de terrorismo;

(b) reclutamiento de terroristas;

(c) adiestramiento de terroristas;

(d) hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1);

(e) chantaje con el fin de cometer cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1;

(f) libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo cualesquiera de los actos citados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), y en el artículo 2, apartado 2, letra b).

(3) Para que un acto sea punible según lo expuesto en el apartado 2, no será necesario que se cometa realmente un delito de terrorismo.

La propuesta de modificación de la Comisión, sometida a consulta del Parlamento Europeo, ha dado lugar a Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de septiembre de 2008, sobre la propuesta de decisión marco del Consejo por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo sobre la lucha contra el terrorismo⁵⁰, admitiéndose enmiendas en relación con el texto examinado, esencialmente las siguientes:

1.- La letra a) resultaría del siguiente tenor: «"inducción pública a la comisión de delitos de terrorismo" la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes **que preconicen clara e intencionadamente** [en lugar de la genérica mención a mensajes "*destinados a inducir*"] la comisión de **uno de los delitos citados** [en lugar de "*cualesquiera de los actos citados*"] en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta conlleva **manifiestamente** [en lugar de la excesiva fórmula de la Comisión que se refería a la conducta "*independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo*"] el riesgo de comisión de uno o más de tales delitos».

2.- La letra b) también sufre modificaciones en la propuestas del Parlamento: «"reclutamiento de terroristas" la petición **intencionada** [mención al dolo ausente en la propuesta de la Comisión] a otra persona de que cometa cualesquiera de los delitos citados en el artículo 1, apartado 1, **letras a) a h)** [limitando así la amplitud del hecho típico, que en la propuesta se extendía a todo el apartado 1] o en el artículo 2, apartado 2».

3.- La letra c) también sufre alteraciones: «"adiestramiento de terroristas" impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos, con el fin de cometer **uno de los delitos** [en lugar de la genérica mención a "*cualesquiera de los actos*" a que se refería la Comisión] citados en el artículo 1, apartado 1, **letras a) a h)** [limitación análoga a

⁵⁰ Vid. dicho documento en la Web: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0435+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>

la ya vista en la letra b) y que no existía en la propuesta], a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines».

4.- Igual suerte corre la letra d): «(d) hurto o robo con agravantes cometido con el fin de llevar a cabo **uno de los delitos** [en lugar de la genérica mención a “*cualesquiera de los actos*”] citados en el artículo 1, apartado 1)».

5.- Las letras e) y f) se modifican en el mismo sentido, eliminando la genérica mención a “*cualesquiera de los actos*” antes examinada por la más restringida “**uno de los delitos**”:

- «chantaje con el fin de cometer **uno de los delitos** citados en el artículo 1, apartado 1».
- « f) libramiento de documentos administrativos falsos con el fin de llevar a cabo **uno de los delitos** citados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), y en el artículo 2, apartado 2, letra b)».

6.- Finalmente, el Parlamento Europeo añade dos nuevos artículos que buscan complementar el artículo 3, intentando encuadrar las restricciones penales dentro del sistema de garantías vigente en los países de la Unión y salvaguardando, con especial intensidad, la libertad de expresión:

a) El artículo 3 bis, cuyo tenor es el siguiente: «Los Estados miembros garantizarán que la tipificación de los actos que contempla el apartado 2, letras a) a c) del presente artículo se realiza respetando las obligaciones relativas a la libertad de expresión y de asociación al respecto, y especialmente las obligaciones relativas a la libertad de prensa y a la libertad de expresión en otros medios de comunicación, y respetando la confidencialidad de la correspondencia, incluido el contenido de los correos electrónicos y otras formas de correspondencia electrónica. La tipificación de los actos citados en el apartado 2, letras a) a c) no reducirá u obstaculizará la difusión de información con fines científicos, académicos, artísticos o informativos, la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo».

b) Artículo 3 ter: «Los Estados miembros velarán además por que la tipificación de los actos que contempla el apartado 2, letras a) a c) del presente artículo corresponda al carácter y a las circunstancias del delito, considerando los objetivos legítimos perseguidos y su necesidad en una sociedad democrática, y excluya toda forma de arbitrariedad y de trato discriminatorio o racista».

Independientemente de las modificaciones recogidas por el Parlamento, puede comprobarse como la publicidad terrorista, el reclutamiento y el entrenamiento son consideradas por la Unión Europea como actividades propiamente terroristas que deben ser castigadas por los Estados miembros, dejando libertad a cada uno para su posible consideración en el ámbito del derecho interno. En el marco del Derecho español es evidente que tales conductas son propias de la colaboración con asociación terrorista, distinguiéndose únicamente por el sujeto activo que las comete (*intraneus/extraneus*). De aprobarse, definitivamente, esta modificación, el legislador español se vería obligado a modificar el Art. 576 CP en el sentido apuntado por la legislación anglosajona, que es la que guía en este caso la disposición comunitaria.

III.3.B.- Posiciones comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC

Junto a la Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002 deben considerarse dos Posiciones comunes del Consejo:

1.- Posición Común del Consejo (2001/930/PESC), de 27 de diciembre de 2001, relativa a la lucha contra el terrorismo (Diario Oficial n° L 344 de 28/12/2001 p. 0090 – 0092). En su artículo 4 se considera la necesidad de adoptar medidas dirigidas a impedir «cualquier tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, incluidas medidas destinadas a impedir el reclutamiento de miembros de grupos terroristas e impedir el abastecimiento de armas a los terroristas». Tales conductas de apoyo, lógicamente, son las propias de la colaboración.

Estimación esta que se refuerza con la consideración de que tales conductas de participación puedan ser tanto activas como pasivas; así como la referencia expresa a las ya examinadas conductas de reclutamiento.

2.- Posición común del Consejo (2001/931/PESC), de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (Diario Oficial n° L 344 de 28/12/2001 p. 0093 - 0096); la misma que contenía las listas de terroristas individuales y colectivos examinada también en este trabajo. En relación con conductas propias de participación que puedan ser calificadas de colaboración, dicha Posición común se refiere en su artículo 1, párrafo 3 a aquellas conductas calificables como actos terroristas, entendiendo por tal «el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional», siempre que esté cometido con una o varias de las siguientes finalidades: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional. Concretamente, dentro del catálogo de delitos que se comprende a continuación, la letra k) considera como tal acto terrorista la «participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo». Conductas que son propias del colaborador.

Bien es cierto que no se hace referencia expresa a la existencia de dicha distinción (actos de miembros o de colaboradores), porque el propio precepto, *in fine*, al considerar los “grupos estructurados”, entiende que para su existencia no es «necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada». De ahí que se centre más en los actos propiamente dichos que en la condición de quien los comete, aún cuando tal distinción resulta esencial en la regulación penal española.

III.3.C.-Acción Común 98/733/JAI

Por último, resulta interesante considerar lo que recogía el artículo 2 de la Acción común de 21 de diciembre de 1998 (98/733/JAI) adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (Diario Oficial n° L 351 de 29/12/1998 p. 0001 – 0003). El citado precepto señalaba que para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas, los Estados miembros debían comprometerse a garantizar la punición de una de estas dos conductas:

1.- «el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión, participe activamente», en uno de los siguientes ámbitos de la actividad terrorista:

a) en las actividades delictivas de la organización de carácter terrorista, «aún cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente dicha de los delitos de que se trate y, sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro, incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución».

b) o bien «en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización (...)».

2.- «el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el artículo 1 [de la citada Acción Común], aunque dicha persona no participe en la ejecución propiamente dicha de la actividad»

El precepto examinado tiene como principal objetivo abarcar todas las conductas relacionadas con las organizaciones terroristas y la mejor forma de hacerlo es, lógicamente, no centrar su análisis en la vinculación del sujeto

terrorista y la organización en concreto, sino más bien extender la posible tipificación a todos los actos conexos a la acción terrorista. Ello no obstante, es evidente que las conductas propias del colaborador se encontrarían dentro de las difusas fronteras que el artículo dibuja de forma omnicomprendensiva.

PARTE II. ANÁLISIS DEL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIÓN TERRORISTA

CAPÍTULO IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

IV.1.La especificidad de los delitos terroristas

La suerte que debe correr el bien jurídico protegido en los supuestos de colaboración con asociación terrorista va paralela a las consideraciones generales que se hagan sobre los delitos terroristas en general. De ahí que deba prestarse atención, en primer lugar, a la categoría general de los delitos de terrorismo (incluido el de colaboración), para luego reconsiderar las bases generales, concretándolas en el supuesto específico del delito previsto en el artículo 576 CP.

IV.1.A.-Teoría objetivas o del bien jurídico y teorías subjetivas o de la finalidad

Se ha discutido mucho, y todavía se discute, sobre la necesidad de la existencia de los delitos de terrorismo como tipos independientes en el Código Penal. El posicionamiento sobre este problema básico depende en buena medida de la postura que se adopte ante la especificación de los delitos de terrorismo. Dicho de otra forma: ¿existe alguna diferencia entre los delitos de terrorismo y los delitos comunes que les sirven de base?

GUTIÉRREZ LANZA realiza una exposición muy acertada sobre la caracterización del terrorismo en sentido material, cuando señala que «la esencia del terrorismo consiste en el desasosiego, desazón o intranquilidad pública, no como fin en sí, sino como etapa o estadio de otros fines ulteriores. El delito es el medio –proteico y despiadado- de producir aquella. El fin último, es la conquista del poder; y, por tanto, el terrorismo debe inscribirse en el marco de los delitos políticos»⁵¹.

⁵¹ GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas sobre los delitos de terrorismo*, en *Revista española de Derecho militar*, n° 29, Enero-junio 1975, Pág. 45

El mismo autor⁵² es el que considera, y pone de relieve, la existencia de dos teorías a la hora de la caracterización de los delitos terroristas como delitos políticos:

1.- En primer lugar, las **Teorías subjetivas** atienden a la motivación y finalidad y se caracterizan por poner el acento de distinción en el elemento intencional de los delitos de terrorismo. LAMARCA PÉREZ lo explica del siguiente modo, al referirse a la regulación del terrorismo durante la República Española: «el delito de terrorismo supone una conjunción de determinados medios y fines, siendo este último, el elemento finalista, el que va a distinguirlo de la delincuencia violenta de carácter común»⁵³.

La consideración del elemento finalista como esencial en la distinción de los delitos de terrorismo se hace, lógicamente, en detrimento de la consideración de los posibles bienes jurídicos que éstos pudieran amparar. Por ello, la misma autora considera que la determinación del concepto de seguridad del Estado, orden público, etc. no deja de ser una simple cuestión secundaria, en tanto que los considera simples “conceptos jurídicos indeterminados”⁵⁴.

2.- Mientras que las **Teorías objetivas** atienden al bien jurídico protegido, señalando que, desde esta óptica, los delitos de terrorismo atacan varios bienes jurídicos, sin que ello sea una característica privativa de estos delitos. En este caso, las teorías objetivas intentan buscar en la definición más perfecta del tal concepto, el bien jurídico, que tratan de defender los tipos penales, sin el cual, la regulación penal devendría en meramente coactiva. De esta necesidad se deriva la obligación de considerar si con la comisión de los delitos de terrorismo se lesiona algún bien jurídico distinto de los propios de cada delito común; porque de lo contrario, se estarían llevando a cabo la restricción de derechos y libertades públicas esenciales en democracia sin otra justificación que la indemostrable tendencia interna de quienes cometen dichos tipos penales.

⁵² GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas ...* Pág. 45

⁵³ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento...*, Pág. 123

⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento...*, Pág. 123

La tensión que atraviesa la polémica entre teorías objetivistas o subjetivistas, es señalada por LAMARCA PÉREZ⁵⁵, cuando entiende que «la relevancia del elemento teleológico en la definición de las conductas terroristas es, tal vez, una de las cuestiones más interesantes que presenta el análisis científico y también, desde luego, el tratamiento jurídico de este fenómeno complejo que suele denominarse terrorismo». Y en tal sentido considera que «una de las características más destacadas de los últimos años es precisamente la progresiva despolitización u objetivación del terrorismo (...) el terrorismo pasa a definirse más por la naturaleza de la acción que por su finalidad». En este sentido, la autora trae a colación las palabras del Sr. Diputado de UCD Sr. Alzaga Villaamil en la Comisión de Justicia para apoyar su aserto: «nosotros concebimos los delitos de terrorismo según la técnica más moderna al respecto, como hechos perfectamente tipificados por su naturaleza, por el tipo de acción y desconectados de la motivación o de las inspiraciones subjetivas que puedan llevarles a cabo».

La disyuntiva que se plantea, pues, parte de una decisión fundamental: o considerar que el elemento subjetivo, el elemento finalístico, es el elemento determinante y definitorio en las conductas de terrorismo; o considerar que dicha definición depende de la naturaleza de la acción.

En un primer momento, parece que habría que compartir con LAMARCA PÉREZ su crítica a la referencia a la naturaleza de la acción, por cuanto no dejaría de ser un vago intento de justificar objetivamente aquello que no dejan de ser conductas delictivas comunes. Por eso se hace la autora una serie de preguntas: «¿por qué se postula en materia de terrorismo el desprecio de las motivaciones subjetivas o ideológicas?, ¿cómo afirmar que estamos ante “hechos perfectamente tipificados por su naturaleza” cuando precisamente las conductas terroristas son objetivamente delitos comunes?, ¿no es una contradicción concebir el terrorismo como delito común exclusivamente y al mismo tiempo suponer que viene perfectamente tipificado, o sea, diferenciado, individualizado, por su naturaleza objetiva?»⁵⁶ En este mismo sentido, la autora

⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento...*, Pág. 162

⁵⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento ...*, Pág.163

trae a colación las opiniones de sendos Diputados que participan en la Comisión de Justicia en el año 1978, discutiendo sobre esta materia:

De una parte, el representante comunista Sr. Solé Barbera, considera que al no estar vinculada la acción delictiva con ningún tipo de criterio que haga referencia a objetivos ideológicos, tales tipos «“carecen de necesidad en cuanto a estar presentes en la ley que estamos estudiando”»⁵⁷.

De otra, el diputado socialista Sr. Guerra Fontana señalaría «que “hay que evitar siempre el que los ciudadanos que no pretendan precisamente atentar contra el orden constitucional o contra el orden democrático puedan ser imputados indebidamente por las conductas que se están dibujando, delimitando, en el texto propuesto por el proyecto”»⁵⁸.

Sin embargo, pese a la crítica que realiza la autora citada al intento de distinguir, de forma objetiva, los delitos de terrorismo de los comunes que les sirven de base; lo cierto es que sí cabe desarrollar como elemento objetivo una construcción que permita distinguir a los delitos terroristas de los comunes en base a los bienes jurídicos protegidos. De especial relevancia, a tal efecto, parece la opinión antes expresada del Sr. Guerra Fontana, cuando incide en la necesidad de que quienes sean castigados por delito terrorista sean aquellos que pretendan atentar contra el orden constitucional o el orden democrático. En efecto, esta referencia al orden constitucional o al orden democrático los cuales se pretenden vulnerar con las acciones terroristas da idea de la multiplicidad de bienes jurídicos puestos en peligro por los tipos terroristas, entre los cuales tendrá una posición de preeminencia, precisamente, el orden democrático constitucional. Dicho de otro modo: lo fundamental en el delito de terrorismo es la conciencia de que, si el delito terrorista es especialmente grave es porque atenta contra el orden democrático constitucional. Sólo en relación con dicho bien jurídico puede ser tomada en cuenta la intencionalidad de sujeto dentro de la parte subjetiva del injusto, puesto que la mera intención del autor, carente de

⁵⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento...*, Pág.164

⁵⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento...*, Pág.164

cualquier otra referencia objetiva, no puede ser considerada el elemento esencial en la distinción del homicidio común y el homicidio terrorista, porque entonces se estaría acudiendo (en cierta forma) a un Derecho penal de autor. La intención subjetiva sin base material objetiva no deja de ser expresión de una voluntad humana impune por su propia naturaleza espiritual.

La consideración del bien jurídico se convierte, por tanto, en el elemento clave para poder distinguir entre delitos comunes y delitos terroristas, en la medida en que el bien jurídico que se lesione sea distinto. Partiendo de un sustrato objetivo, puede entenderse que el delito terrorista y delito común comparten una misma realidad. Por ejemplo, no existe diferencia objetiva entre quien dispara a un policía mientras huye del atraco a un banco, y quien lo hace como miembro de una asociación terrorista, porque es miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, contra las que quiere atentarse. En ambos casos existe una intención diferente, pero también un elemento objetivo que los distingue de forma evidente, cual es el bien jurídico. En ambos casos se pretende lesionar el bien jurídico vida, pero sólo en el supuesto terrorista se lesiona también otro bien jurídico más: el orden democrático constitucional. En el primero se mata sin más motivo que asegurar la huida; pero en el segundo se mata para contribuir a la desestabilización del régimen democrático, infundiendo miedo en la sociedad. Y dentro de ese atentado contra el orden democrático constitucional cobra relevancia la intención del sujeto terrorista: la obtención de unos determinados objetivos políticos.

Este bien jurídico del orden democrático constitucional se entiende implícito, por ejemplo, en LAMARCA PÉREZ cuando señala que el Estado de Derecho «no sólo tiene la posibilidad de defenderse, sino que además cuenta con una legitimidad superior para ello, ya que todas las minorías disfrutan de un ámbito de libertad para expresar sus discrepancias, incluso contra el propio sistema del Estado de Derecho, y, además tienen la facultad de realizar sus postulados utilizando las reglas de juego que ofrece la democracia. Por consiguiente, quienes se sitúan al margen de esas reglas y utilizan la violencia deberán soportar la reacción del Estado»⁵⁹. De esta forma, con independencia de los postulados políticos que se pretenda imponer, entiende la autora que el

⁵⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen; *Tratamiento ...*, Pág.165

reproche penal se deriva del empleo de la violencia para conseguir aquellas finalidades políticas. Pero el reproche penal no sólo se deriva del uso de la violencia con una finalidad política, sino también en el atentado contra el sistema democrático y constitucional que supone el empleo de esa violencia. Dicho de otro modo: la violencia políticamente orientada (el elemento teleológico) no justifica por sí sola la distinción entre tipos terroristas y tipos comunes. Baste pensar, por ejemplo, en las conductas propias de la colaboración con asociación terrorista del artículo 576 CP, concretamente en las labores de información y vigilancia o la financiación del terrorismo a través de negocios lícitos (como una pastelería, por ejemplo). Tales conductas, cuando se conectan con la asociación terrorista, son actos de colaboración con asociación terrorista y, por ende, delitos terroristas. Pero no puede afirmarse que en tales conductas se caractericen por ser supuestos de violencia “políticamente orientada”. Al contrario, se trata de conductas terroristas absolutamente pacíficas. Ante tales supuestos, el argumento de la violencia supondría, necesariamente, concebir los delitos de colaboración como supuestos típicos “comunes” en el ámbito de delitos terroristas, lo que no dejaría de ser un contrasentido. Así, pues, el expediente objetivo pasa, no tanto por la violencia de la conducta, cuanto por el bien jurídico contra el que se atenta, de forma tal que en los delitos terroristas, junto con el bien jurídico compartido con el tipo común (la vida), existe un bien jurídico propio que sólo se lesiona en el caso de los delitos terroristas: el orden democrático constitucional, en la medida en que éstos delitos buscan, junto con la lesión del bien jurídico común, socavar las bases democráticas del Estado que configura la Constitución española de 1978.

IV.1.B. Doctrina sobre la especificidad

PRATS CANUT⁶⁰, por todos los autores que coinciden con su criterio, considera que los delitos de terrorismo se encuadran en el ámbito de los delitos contra el orden públicos. De ahí que el orden público se convierta en un referente ineludible a la hora de estudiar el delito terrorista. Junto con dicha

⁶⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 2005, Pág. 2515

referencia debe destacarse, también, la capacidad de transformación que tiene el concepto de bien jurídico en relación con los delitos terroristas «no en relación a los hechos que se ejecutan contra la vida, la libertad o el patrimonio, sino el del marco socio-político con traducción legislativa que los dotan de especialidad»⁶¹. De esta forma se destaca, por tanto, la capacidad de los delitos de terrorismo para la protección de bienes jurídicos diversos, en tanto que compuestos en su mayoría por delitos comunes que se ven agravados por su especialidad terrorista, aspecto este último al que el autor dota de fuerte contenido político-social. También COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ esbozan todo un programa de protección y contenido del injusto de los delitos de terrorismo sobre la base del bien jurídico “orden público”. Pero a la hora de examinar los concretos bienes jurídicos de cada uno de los tipos, hace referencia a otros específicamente protegidos, lo que se explica precisamente por la configuración pluriofensiva de los preceptos antiterroristas. Así, respecto del Art. 571 CP, el autor considera que «el bien jurídico protegido es el orden constitucional y la paz pública». Si bien, destacando que el precepto se perfila como «pluriofensivo en el que se protegen también la vida y la integridad de las personas, por la expresa remisión que en materia de estragos e incendios se lleva a cabo a los artículos 346 y 351»⁶². Insisten en la misma idea cuando considera que en el caso del 572 CP «el bien jurídico protegido es el orden constitucional y la paz pública además de la vida humana, la integridad física y la libertad personal»⁶³. Considerándolo, también, como un delito pluriofensivo. El mismo razonamiento se ofrece en relación con el artículo 573 CP. Especial atención merece, por lo que se dirá luego, el delito 574 CP, en tanto que no puede ser considerado como un delito pluriofensivo, no existiendo otro bien jurídico lesionado distinto del orden constitucional y la paz pública⁶⁴. En relación con el Art. 575 CP, los autores en cita consideran que se trata de un «delito de peligro abstracto, en relación con la paz pública, y de resultado por lo

⁶¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2515

⁶² COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Delitos contra el Orden Público (V). Delitos de terrorismo”; en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2004, Pág. 1125

⁶³ COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho ...*, Pág. 1127

⁶⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho...*, Pág. 1129

que al “patrimonio” se refiere»⁶⁵. Por último, tanto los Art. 576 CP como el Art. 577 CP, son considerados por COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ como delitos pruriofensivos, destacando en primer lugar como bien jurídico más relevante el orden constitucional y la paz pública, junto con los restantes de los delitos comunes que suponen su comisión⁶⁶.

Supuesta la configuración pluriofensiva de los delitos terroristas, incluido el delito de colaboración, adquiere especial relevancia la consideración de que tales supuestos atentan contra el orden público. PRATS CANUT considera que «la frontera entre el desorden público y el terrorismo se cifra en la materialización de hechos con trascendencia delictiva común, pero que repercutía más de lo que es propio en cualquier delito de dicha naturaleza en el orden público»⁶⁷. De este modo, el caso del delito terrorista se compone de una suma de varios elementos: un delito común grave y la alteración del orden público y la paz ciudadana, siendo ésta última la que dotaba de especificidad propia tales delitos. Esta idea, aunque diferente (como se verá), también la desarrolla CORDOBA RODA⁶⁸ cuando sostienen que se mantiene una estructura básica de punición del terrorismo, basada en la configuración de tipos que suponen atentados contra bienes jurídicos básicos, con sus respectivos tipos comunes en el Código Penal; a los que se añade un peculiar elemento subjetivo, cual es el de la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

Desde esta perspectiva, parece evidente que los delitos de terrorismo se configuran en el marco del orden público por su ubicación en el Código. De ahí que COBO DEL ROSAL⁶⁹ intente aportar un concepto de *orden público material* idóneo en el contexto del Estado de Derecho compatible con el sistema de valores constitucionales. De este modo, orden público se incardina dentro del sistema democrático constitucional, y se define como «el estado de normalidad necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales de todos

⁶⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho...*, Pág. 1130

⁶⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho...*, Págs. 1131-1134.

⁶⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho ...*, Pág. 2516

⁶⁸ Cfr. CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios al código penal. Parte especial*. Madrid, 2005, Págs. 2603-2604

⁶⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho ...*, Pág. 1100-1101

los ciudadanos». Alteraciones que deberán caracterizarse como situaciones acompañadas de violencia que ponen en peligro la seguridad de individuos y cosas, conectándose con la noción de orden público que se deriva de su configuración como límite en la Constitución española. En especial, de las libertades de reunión y manifestación, y de culto (Arts. 21 y 16 CE respectivamente).

. En este marco de referencia, PRATS CANUT señala los requisitos generales⁷⁰ que debe tener toda infracción contra el orden público, predicándose también de las infracciones terroristas:

a) Sujeto activo pluripersonal. Ha de tratarse de un hecho punible *necesariamente prurisubjetivo* o pluripersonal, o como mínimo exigiéndose la concurrencia de una base organizativa entre ellos.

b) Elemento tendencial, finalista o teleológico. Es indispensable su concurrencia, ya que estos delitos exigen, inexcusablemente, que se persiga el fin de atentar contra la paz pública, es decir, que los integrantes del grupo, con sus concertadas o espontáneas acciones, propendan a intranquilizar a las gentes, o despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego, o a perturbar o impedir el pacífico y normal desenvolvimiento en sus cotidianas tareas así como el ejercicio de sus derechos y libertades públicas, no importando que, con el fin próximo antedicho, coexista otro remoto al que obedece la actitud del grupo, sin que éste logre desvanecer el objetivo próximo de turbar la paz pública, turbación que, además de constituir una finalidad en sí misma, es medio de alcanzar u obtener, fuera de los cauces legales, la pretensión exteriorizada o soterrada, según los casos, de los actuantes.

c) Y, por último, la consideración restrictiva de la dinámica comisiva, que debe llevar a que la acción o deba materializarse necesariamente y *numerus clausus*, en las diferentes hipótesis previstas por el legislador.

Mientras que, por su parte, con COBO DEL ROSAL⁷¹ y partiendo de las bases antes señaladas, podría indicarse específicamente que las infracciones del orden público que caracteriza a tales delitos con siguientes dos notas esenciales:

⁷⁰ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios....*, Págs. 2603-2604

⁷¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho*, Pág. 1100-1101

1. Por un lado, la instrumentalidad o funcionalidad, en relación con el aseguramiento del ejercicio libre de los derechos garantizados por la Constitución.
2. Por otra, su naturaleza colectiva, ya que pertenece a todos los ciudadanos por igual en cuanto titulares de tales derechos y libertades, extendiéndose finalmente a la sociedad misma

PRATS CANUT analiza los preceptos concretos del Código Penal en materia de terrorismo y, respecto al artículo 571 CP, concluye que la referencia hecha a la paz pública no puede identificarse, ya que no siempre coinciden. Para tal autor, la paz pública es un concepto mucho más amplio que implica «la tranquilidad social o la normalidad ciudadana en la que las actividades inherentes en un país se desenvuelven, sin mayores estridencias que las que imponga, en sus también normales accidentes e incidentes, la vida cotidiana, de forma tal que no toda alteración del orden ha de abocar a la ruptura o quebrantamiento de la paz y la tranquilidad pública, si aquella no excede de ciertos límites, por lo que el máximo equilibrio y ponderación han de primar a la hora de enjuiciar sucesos como los contemplados en el Título referido al orden público»⁷². En este sentido, COBO DEL ROSAL⁷³ señala que se trata de una cuestión discutida, sobre la cual la doctrina estaba ya dividida bajo la normativa antigua en la cuestión de la equivalencia o diferenciación existente entre los conceptos de paz público y/u orden público, a efectos de determinar el bien jurídico protegido. Siguiendo a COBO, pueden distinguirse dos grupos:

1. Quienes sostienen, en minoría, como VIVES ANTÓN o PRATS CANUT, que ambos conceptos son diferentes en tanto que “paz social” «significaba tranquilidad social y sosiego de unos con otros, como idea opuesta a la existencia de guerras y riñas, dentro de la cual pueden concurrir desórdenes accidentales y perturbaciones, mientras que la primera, en su más estricta acepción, venía a corresponderse, en cambio, con el orden externo y material de la convivencia ciudadana». Por su parte, PRATS CANUT entiende que el

⁷² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 2515

⁷³ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho ...*, Pág. 1100-1101

orden, en abstracto, es siempre un ingrediente de la paz pública o el orden constitucional, constituyendo la paz «una realidad más amplia y profunda, que surge, no sin conflictos, cuando en la convivencia social se realiza la justicia»⁷⁴.

2. Quienes, por el contrario, como CORDOBA RODA o MUÑOZ CONDE, consideran que ambos términos son sinónimos, y que están íntimamente relacionados entre sí «en la medida en que la paz pública se identificaba con la situación de tranquilidad que, una vez alterada, ocasionaba trastornos en el orden público»⁷⁵.

El posicionamiento en una u otra postura coincide, además, con el elemento en que se pone el acento para la determinación del bien jurídico protegido. Así, en primer lugar, PRATS CANUT parte de una clave fundamental: el respeto a la dignidad de los seres humanos y sus derechos inherentes e inviolables como fundamento del orden político y la paz social. En este marco, «el ejercicio de los derechos fundamentales merece el amparo y no el reproche del ordenamiento, por lo que, el que se mueve dentro de este marco delimitado por el contenido del derecho público subjetivo, actúa conforme a la norma y no en contradicción con ella»⁷⁶. Y es, precisamente, en ese ámbito de libertad dibujado en el que se mueve la actividad terrorista, en la medida que la mayoría de los actos terroristas esgrimen falazmente unas finalidades que se vinculan con derechos constitucionales⁷⁷. Dada esa conexión con los derechos fundamentales, y aún cuando tal invocación sea falsaria, PRATS CANUT elude considerar la acción en sí misma, y dentro del ámbito de las teorías subjetivistas, pone el acento no en el bien jurídico protegido sino en la forma en que se realizan los actos terroristas (en la violencia), considerando que el medio reivindicativo (la forma violenta) es lo que hace incompatibles los actos terroristas con el ejercicio de otros derechos y libertades fundamentales. De ahí que tales conductas deban ser deslindadas

⁷⁴ PRATS CANUT, José Miguel, De los delitos de terrorismo en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2007, Pág. 2517

⁷⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2517

⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2519

⁷⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2519

para contrastarlas y hacer resaltar el móvil prioritario que alienta la acción. En efecto, el autor en cita considera que «el ejercicio de un derecho fundamental en una sociedad democrática no puede ser objeto de sanción penal, ya que la finalidad del Derecho penal no es otra que la de sancionar solamente los hechos que atenten contra la vida social y la paz pública entendida en el sentido constitucional»⁷⁸.

Por el contrario, CORDOBA RODA⁷⁹ entiende que el desvalor añadido de los comportamientos terroristas «no radica –pese a un repetido tópico- en el medio (violento) utilizado para perseguir un objetivo o fin político que puede ser también perseguido por medios lícitos, sino, por imperativo legal, en la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Dicha finalidad debe ser interpretada como ilícita, puesto que en ella se fundamenta la calificación de delitos comunes como delitos de terrorismo, incluyan o no la utilización de medios violentos». Así, piénsese en el caso del sujeto que colabora con una organización terrorista vigilando a un determinado individuo y realizando un pormenorizado seguimiento para obtener una rutina diaria del individuo en cuestión, para facilitar, por ejemplo un atentado. El simple hecho de seguir a un individuo, de observar atentamente cuál es la rutina que sigue, los itinerarios que suele tomar para ir al trabajo o de vuelta a casa, no son en modo alguno un comportamiento violento. Y sin embargo, son castigados por el Código penal como un delito de colaboración con banda armada del artículo 576, precisamente por la finalidad con la que se realizan dichas investigaciones: colaborar con el fin que se marca la banda de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La consideración de los cauces democráticos de participación cívica, que tanta importancia tiene en la consideración del orden democrático constitucional como bien jurídico de los delitos de terrorismo, es considerada secundaria por el PRATS CANUT, y especialmente significada por CORDOBA RODA. En efecto, para el primero lo determinante es la forma violenta de los mismos. De ahí que, puesto el acento objetivo en la violencia de los actos terroristas, se centre subjetivamente en la intencionalidad del terrorista, cuando

⁷⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2519

⁷⁹ CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios ...* Págs. 2603-2604

«trata deliberada y organizadamente de perturbar grave, prolongada y reiteradamente la normalidad de la vida nacional en la vida, integridad física, libertad, patrimonio de los ciudadanos y así la paz pública»⁸⁰. Con ello se consigue eludir el espinoso asunto de las reivindicaciones políticas que suelen hallarse en el fondo de las acciones terroristas, de forma tal que la defensa de aquellas no exige el atentado contra el orden público. Concurren, por tanto, dos fines distintos: uno inmediato, que sería el propósito perturbador; y otro remoto, relativo al ejercicio de un derecho fundamental que de no ser por la forma violenta, podría ser compatible con el respeto a la vida ciudadana de la comunidad.⁸¹ Así, la intención del grupo terrorista de alterar la paz pública y el orden público, por tanto, centra la consideración de la especificidad terrorista, sin que se entre a considerar la real subversión del orden democrático que la misma supone. Los motivos políticos esgrimidos por el grupo terrorista no son destacables jurídico-penalmente. Y sólo cabe prestar atención a la intención de alterar el orden público y la paz pública.

Sin embargo, como ponía de manifiesto CORDOBA RODA, con la elevación de la violencia, en tanto que instrumento de alteración del orden público, al grado de elemento esencial en la distinción de los tipos terroristas, se relega a un segundo plano un hecho evidente: que el grupo terrorista se sirve como instrumento de dicha alteración, en orden a la imposición antidemocrática de su ideario político. Es decir: desarrollar un análisis exclusivamente centrado en la lesión del orden público olvida la realidad que late en lo supuestos terroristas: el deseo de imponer antidemocráticamente unos postulados políticos que podrían desarrollarse por los cauces previstos por el sistema legal. En este marco, el autor en cita considera que «la actividad terrorista persigue en último término la alteración institucional o el cambio político. Pero tales fines pueden ser perseguidos lícitamente y, por tanto, no reciben el desvalor penal. Lo que centra el desvalor es la persecución de tales fines mediante la persecución, a su vez, de un clima de inseguridad y privación de derechos individuales que resultan inmediatamente afectados de forma

⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2519

⁸¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2519

mucho más real que el peligro hipotético para las instituciones estatales»⁸². Citando a TERRADILLOS BASOCO considera que «la acción terrorista, como acción política, supone el intento de incidir en el desarrollo de determinada forma de convivencia mediante la lesión de bienes jurídicos de importancia trascendental o la utilización de medios que provoquen alteraciones graves de la vida ciudadana». Esta última afirmación tiene en sí una gran importancia, en tanto que se examina la acción terrorista en cuanto acción política. En un sistema democrático, las fuerzas que pretenden la detentación del poder han sido racionalizadas y puestas al servicio de una mayoría, sometiéndose a unos esquemas y reglas de juego prefijados (normalmente por una Constitución). En este juego de poder, son los partidos políticos los que impulsan decisiones de trascendencia general, basándose en la legitimación obtenida en las urnas por voluntad directa de los ciudadanos. Este mecanismo democrático se ve violentado por la acción terrorista, que supone una involución hacia los mecanismos pretéritos de detentación del poder, basados en la pura fuerza. Por ello, el terrorismo y sus acciones deben entenderse, no tanto desde el punto de vista de las lesiones de los concretos bienes jurídicos que las acciones terroristas implican, cuanto desde el verdadero objetivo que las organizaciones terroristas tienen: como decía JORDÁN ENAMORADO, ya citado más arriba, simplemente la imposición de una agenda política por las armas, a causa del escaso respaldo social.

Interesa, no obstante, considerar la afirmación CORDOBA RODA cuando se refiere a los objetivos políticos de las organizaciones terroristas. En efecto, estos podrían ser defendidos lícitamente en el juego democrático antes esbozado, por lo que carecen de un posible reproche penal. Esto que, por ejemplo, puede predicarse de la actividad desarrollada por grupos terroristas como ETA; no es posible en otros supuestos, como es el caso de los objetivos políticos del grupo terrorista más importante en la actualidad: Al-Qaeda. Así, por ejemplo, baste reseñar lo que en los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional nº 36/2005 [JUR 2005\219248], en la que se juzgó al sirio Abu Dahdah y otros colaboradores de su red terrorista, determina como plan político «la imperiosa necesidad de defender a ultranza sus postulados

⁸² CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios ...*, Págs. 2603-2604

religiosos islámicos e imponerlos a todo “no creyente” o “infiel” por cualquier medio, por coercitivo que fuera, incluyendo acabar con la vida de todo humano que, integrado en una sociedad democrática o no, se opusiera a la instauración de un Estado islámico bajo el imperio de la *sharia* o ley islámica en su interpretación más radical, extrema y minoritaria». En este caso difícilmente podría justificarse que la agenda política de la célula Yihadista de Abu Dahdah pudiera tener cabida en el sistema jurídico español, aún cuando gozara de una mayoría democrática: difícilmente puede ampararse dentro del seno de una sociedad democrática la defensa de unas ideas que impliquen la imposición de la *sharia* o ley islámica a todos los ciudadanos. En otros términos: sería muy difícil de justificar que, por un hipotético cambio en la cultura española, la mayoría de la población decidiese la imposición de la ley islámica a todos los ciudadanos, quebrantando los postulados más esenciales de la libertad. ¿Podría plantearse una reforma constitucional que eliminara derechos fundamentales consagrados actualmente?

De las dos formas descritas para la aproximación a la especificidad de los delitos terroristas, en cuanto a su bien jurídico, se considera que el que se atiende únicamente a la forma violenta de aparición de los actos terroristas aborda el real contenido de injusto de los delitos de terrorismo sólo de una forma parcial: se examina el carácter violento del tipo terrorista y su innegable relación con la alteración de la paz pública; pero el análisis queda oscurecido si se prescinde también de la trascendencia jurídica que tiene el envite al Estado social y democrático de Derecho que supone la simple existencia de una asociación terrorista, así como todos y cada uno de sus actos. A pesar de ello, PRATS CANUT hace una consideración muy interesante en la vinculación que existe entre los concretos bienes jurídicos atacados por la conducta terrorista y el orden público alterado. Señala que el terrorismo trata de perturbar grave, prolongada y reiteradamente la normalidad de la vida nacional “en” la vida, integridad física, libertad, patrimonio de los ciudadanos. Esta utilización de la preposición “en” resulta muy esclarecedora porque pone de relieve que el delito terrorista lesiona bienes jurídicos “en” la comisión de delitos comunes. Es decir: que los delitos terroristas lesionan el orden público a través de la comisión de delitos comunes. Este nexo de unión, no obstante, sigue obviando la relación

antes señalada con el orden democrático constitucional, en la medida en que las acciones terroristas pervierten el sistema democrático utilizando la violencia para influir en las decisiones de los ciudadanos, coartando su libertad.

Un claro ejemplo de la insuficiencia analítica expresada surge, precisamente, del artículo 576 CP. Para PRATS CANUT, «el fundamento del precepto debe buscarse en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad, a través de la creación de tipos penales que, por la gravedad de determinados hechos, anticipan la punición hasta alcanzar comportamientos que, por sí mismos, por su propia estructura y naturaleza, están alejados, no sólo de la lesión del bien jurídico protegido, sino también de la idea de peligro concreto»⁸³. Y en su justificación, acude a la jurisprudencia, concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], cuando señala que «en el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico que incrimina el terrorismo –concepto de obligada referencia en todas esas conductas- no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política. Por ello, la única colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre tal actividad delictiva contemplada en su conjunto. De ahí que el punto de referencia adoptado para castigar la colaboración no sea el delito concreto a cuya realización pueda contribuirse, sino el elemento u organización terrorista que resultan favorecidos en su actividad». Y así, «el vigente artículo 576, sanciona actos de cooperación *in genere* que un *extraneus* aporta a la organización ilícita para, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, favorecer las actividades o los fines del grupo terrorista sin tomar en cuenta las normales consecuencias de la acciones *intuitu personae*. Para ello describe un elenco de conductas varias y heterogéneas, que convergen y ofrecen nota común, en

⁸³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 2526

cuanto que, merced a las mismas, se favorece el logro de los fines a través de la colaboración en la realización de las actividades de elementos u organizaciones terroristas, sin integrar aquella colaboración actos propios y directos de cooperación que impliquen a sus autores en los delitos concretos llevados a término por los individuos o grupos citados». Apoyándose en dicha jurisprudencia, el autor en cita entiende que el delito de colaboración del Art. 576 CP se regula a través de una «fórmula legal amplia que pretende cubrir las lagunas de punibilidad que pueden suscitar la diversidad propia de la dinámica de la actividad terrorista, que ha intentado ser justificado desde la óptica jurisprudencial por la importancia de los bienes jurídicos atacados por dicha actividad»⁸⁴. Pero, en relación con los bienes jurídicos, entiende que «nos encontramos frente a la tutela de bienes jurídicos que podemos llamar *tradicionales* (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.) que adquieren un plus de tutela fruto del elemento intencional de perturbar el orden constitucional y la paz pública que preside estos delitos»⁸⁵. La perturbación del orden constitucional y de la paz pública, no obstante su importancia, ocupan un plano secundario; siendo lo realmente importante el atentando a bienes jurídicos tradicionales avalorados por el elemento intencional al que se hizo oportuna referencia. Y así concluye que «parece que la regulación opta a favor de criterios defensistas, de contenido claramente utilitarista, que en nuestra opinión, gregarizan el concepto de bien jurídico en favor de soluciones poco respetuosas con las garantías propias del *ius puniendi*»⁸⁶. Esta tacha del precepto examinado es coherente con el examen que del contenido de antijuridicidad se deriva de lo señalado por el autor: puesto que el contenido de antijuridicidad se centra únicamente en la lesión del orden público vinculado con las formas violentas que acompañan a tales delitos, en la medida en que el delito de colaboración no se caracteriza ni por la violencia ni por su directa vinculación con bien jurídico tradicional e inmediato alguno, se trata de un supuesto utilitarista y poco respetuoso con las garantías del *ius puniendi*.

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2529

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 2529

⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2529

Pero esta tacha no puede asumirse si se tiene en cuenta que procede de un análisis parcial y, por ende, incompleto del contenido de antijuridicidad del delito de colaboración. Como ya se señaló, la vinculación del acto terrorista con las formas violentas del mismo y la lesión de bienes jurídicos tradicionales de carácter inmediato es sólo una parte de tal contenido de antijuridicidad. La otra mitad vendría constituida por el ataque que el acto terrorista supone al orden democrático constitucional. De este modo, si bien es cierto que la conducta del colaborador no lesiona un bien jurídico tradicional de forma inmediata, no lo es menos que vulnera el bien jurídico del orden democrático constitucional porque con su colaboración auxilia al fortalecimiento y capacidad operativa de una asociación terrorista que atenta contra el fundamento democrático del estado y del ordenamiento jurídico previsto en la Constitución. La consideración del terrorismo como una actividad atentatoria contra el orden democrático constitucional, en cuanto que tuerce «los normales mecanismos de decisión política», como se decía en la Sentencia del Tribunal Supremo arriba indicada, cumple, por tanto, esa misión co-determinante del contenido de injusto de los delitos de terrorismo. Y en el caso de los delitos de colaboración, no sólo contribuye, sino que integra el total contenido de antijuridicidad de las conductas previstas en el artículo 576 CP.

Otro supuesto que pone de relieve esta co-determinación del contenido de antijuridicidad de los delitos terroristas se encuentra en el Art. 578 CP. Al comentar dicho precepto PRATS CANUT divide en dos las conductas previstas, abordando por un lado el enaltecimiento y/o justificación; y por otro, la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas:

1. En primer lugar, el castigo del enaltecimiento y/o justificación de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución es, para el citado autor, un cierto desvarío en la medida en que «la mera sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, aparta a cualquier tipo penal de la senda de la tutela de bienes jurídicos y niega

el principio de ofensividad, al margen de entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los de expresión y opinión».⁸⁷

2. Y en segundo lugar, en relación con la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares «aflora la tutela del honor y la dignidad humana como referentes que justifican un tipo penal, máxime si tenemos en cuenta que la realidad criminológica pone de manifiesto que no estamos frente a hechos infrecuentes y que sin duda el clima social que genera el terrorismo los favorece»⁸⁸. Para este caso, se entiende que no cabe la crítica antes considerada porque en éste caso concreto sí se encuentra bien jurídico tradicional e inmediato, lesionado o puesto en peligro por la conducta del terrorista (honor y dignidad humana), aunque le critique su falta de concreción y la necesidad de que el aplicador del derecho lo haga de una forma rigurosa.

En el análisis realizado vuelve a ponerse de relieve el examen parcial del contenido de antijuridicidad propio de los delitos terroristas. A tal conclusión resulta fácil llegar porque en el primero de los supuestos se llega a la misma conclusión que PRATS CANUT llegó al criticar el artículo 576 CP: la ausencia de bien jurídico protegido que justifique la punición. Mientras que en la segunda conducta, al sí encontrarlo, no cabe predicar la misma crítica. Sin embargo, la contemplación de contenido de antijuridicidad completo, tal y como se propone en este trabajo, conduce a la conclusión de que en las primeras conductas también existe un bien jurídico protegido: el orden democrático constitucional, que resulta afectado por el enaltecimiento de los delitos terroristas o de los propios terroristas. Ahora bien, que el bien jurídico exista no quiere decir que se pueda justificar como delito cualquier ataque contra el mismo, ya que pueden existir conductas objetivamente subsumibles en tal supuesto pero de una intensidad tal que el bien jurídico protegido no se vea lesionado. En tales casos, las conductas de tal jaez no caerán dentro del ámbito punitivo de la previsión penal. Y en cuanto a las segundas, se produce la concurrencia de los bienes jurídicos considerados por PRATS CANUT (honor y la dignidad

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios ...*, Pág. 2538

⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 2538

humana) junto con el bien jurídico del orden democrático y constitucional, que se ven lesionados por las conductas previstas en el mismo⁸⁹.

En definitiva, con CORDOBA RODA puede estimarse que en el delito de terrorismo pueden distinguirse dos tipos de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro:

1. Los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro por los delitos comunes (homicidio, lesiones, etc.) cometidos con propósitos terroristas.

2. El o los bienes jurídicos que directamente son lesionados por los delitos terroristas, sin atender a su realización física y real.

La mención hecha en los tipos penales respecto de la finalidad de subversión del orden constitucional no deja de plantear dudas, en cuanto si se puede considerar que cualquier organización que promueve la alteración constitucional puede decirse que se trata de una organización subversiva de dicho orden. Para CORDOBA RODA⁹⁰, «el “orden constitucional” no debe ser identificado mecánicamente con el orden institucional establecido en la Constitución, ni la finalidad de subvertirlo con la finalidad de lograr un cambio institucional. El cambio de la forma política del Estado –la monarquía- o de la organización política del Estado, son fines lícitos constitucionalmente que pueden perseguirse mediante el procedimiento de reforma constitucional especialmente regulado en el Título X de la Constitución. Como acabamos de decir, como tales fines últimos, son irrelevantes para la definición de terrorismo, centrada en el fin inmediato de la creación de un estado de inseguridad como instrumento de intervención política. El terrorismo que persiga uno de tales fines lícitos será terrorismo en tanto en cuanto persiga un fin inmediato ilícito constitucionalmente». Y es por ello que respecto de los fines subversivos se predicen dos conclusiones del mismo autor en cita:

a) «los fines citados deben ser ilícitos en sí mismos y no sólo en virtud de los medios violentos utilizados para perseguirlos, por lo que deberá

⁸⁹ Así lo entiende también SERRANO GÓMEZ, cuando considera que «el bien jurídico protegido, como se desprende del texto legal, es el orden constitucional y la paz pública. Subvertir el orden constitucional supone conculcar el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como las libertades públicas», en SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2005, Pág. 922

⁹⁰ CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios ...*, Págs. 2605-2606

excluirse una interpretación de éstos conceptos que permita criminalizar cualquier finalidad de cambio de orden constitucional, y

b) siempre que los preceptos penales se refieran a los fines de la organización terrorista se refieren a tales fines inmediatos ilícitos, no a los fines políticos generales que arguya la retórica más o menos creíble de la organización»⁹¹.

Por todo ello, el autor señalado propone como opción personal una peculiar interpretación del “orden constitucional”, distinto del puro orden institucional, ya que «pretender la forma política de una república o la independencia de una parte del territorio español no se convierte en fin ilícito porque se utilicen medios violentos para lograrlo»⁹². Así, el autor considera que «el orden constitucional que aquí se menciona es, a mi juicio, el “orden político y la paz social” básicos citados en el artículo 10 CE, cuyos fundamentos son “la dignidad del ser humano, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Dicho orden supone un sistema de ejercicio de derechos y libertades basado en la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico consagrado en el Art. 1.1 CE»⁹³. De este modo, considera que «los delitos de terrorismo no son delitos contra la Constitución y sus instituciones, cuya alteración ilícita se sanciona en otro lugar del Código (el Título XXI del Libro II)»⁹⁴. Respecto de este último razonamiento, del cual se disiente en cuanto al fondo, deben señalarse dos cuestiones:

1. El autor rechaza la posibilidad de considerar los delitos de terrorismo como delitos contra la Constitución, en la medida que propone una interpretación particular de dicho orden constitucional. Lo que no empece que, como consecuencia de una interpretación diferente, pueda extraerse la conclusión contraria.
2. El hecho de que los delitos de terrorismo se encuadren en el Título XXII, como delitos contra el orden público, no deja de ser una cuestión meramente indicativa respecto del bien jurídico protegido por dichos tipos. Baste pensar que durante buena parte de nuestra historia legislativa, el delito de rebelión se

⁹¹ CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios ...*, Págs. 2605-2606

⁹² CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios ...*, Págs. 2605-2606

⁹³ CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios ...*, Págs. 2605-2606

⁹⁴ CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios ...*, Págs. 2605-2606

ha incluido siempre entre los delitos de orden público, apartándose de este criterio el Código Penal de 1995, que lo encuadra precisamente en los Delitos contra la Constitución. Se volverá más adelante sobre esta cuestión tan llamativa.

De la interpretación que da al término “orden constitucional” CORDOBA RODA, se extrae como consecuencia el hecho de que se centre el análisis del bien jurídico de los tipos de terrorismo en la inseguridad pública o colectiva. Así, el mismo autor considera que «la finalidad de crear una situación de temor, alarma e inseguridad, además de lesionar los derechos individuales de las víctimas concretas, genera una inseguridad colectiva que dificulta o impide el ejercicio de derechos y, con ello, cierra espacios al pluralismo y la participación política, en tanto en cuanto supone una actuación política impuesta coactivamente al resto de ciudadanos».

No obstante lo afirmado, el autor hace una referencia muy importante respecto de la finalidad, relacionada con el punto de vista aquí sostenido. No se trata de la consecución de un estado de inseguridad ciudadana, sino de lo que se persigue con la creación de dicha inseguridad: la traducción política que el grupo terrorista busca de esa inseguridad ciudadana. Como ya dijimos, el grupo terrorista es un partido político armado, y con sus acciones busca precisamente imponer por la fuerza sus postulados políticos mediante el amedrentamiento y condicionamiento de la población utilizando como instrumento el miedo. Precisamente ese ataque al pluralismo político y a la libertad, suponen un ataque contra el sistema democrático, que muy bien podría justificar la inclusión de estos tipos entre los que protegen el régimen constitucional español, como más adelante se intentará defender.

Esta postura se encuentra con una dificultad notable en cuanto que la finalidad terrorista contemplada en los tipos no sólo se refiere a la subversiva del orden constitucional, sino también de forma disyuntiva, a la grave alteración de la paz pública. Concepto que para CORDOBA RODA⁹⁵ debe ser interpretado teniendo en cuenta que «se sitúa en el mismo nivel que el “orden constitucional”, esto es, el orden político y la paz social basados en los derechos individuales del Art. 10 CE y en los valores superiores de libertad y

⁹⁵ CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dirs.), *Comentarios ...*, Pág. 2607

pluralismo del Art. 1.1 CE. La grave alteración de la paz pública incluye, efectivamente, la grave alteración de la tranquilidad en términos materiales, pero en tanto en cuanto pretenda alterar el citado aspecto del orden público».

En cualquier caso, la conclusión que puede extraerse en relación a la especificidad de los delitos terroristas, y en especial el de colaboración, no radica en el método violento que se desarrolla; sino en el ataque al sistema democrático constitucional que guía y otorga sentido a la acción violenta de carácter terrorista.

IV.2.Orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana

Vista la incardinación de los delitos de terrorismo dentro del Título XXII, relativo a los delitos contra el orden público; y comprobado el caos conceptual existente, merece la pena considerar qué es el orden público, para comprobar si el terrorismo lo tiene como bien jurídico protegido.

IV.2.A. El orden público en la doctrina

Las concepciones doctrinales sobre el orden público pueden clasificarse en dos, siguiendo a TORRES FERNÁNDEZ⁹⁶:

1.- Por un lado, las concepciones metajurídicas, que aparecen en primer lugar en la búsqueda de un concepto científico de orden público, debiendo destacarse entre ellas la sostenida por la doctrina alemana según la cual se concibe el orden público como el “buen orden de la comunidad” (*gute Ordnung des Gemeinwessens*), sin ulteriores especificaciones en su contenido. O bien, considerando que el orden público es un conjunto de reglas no escritas, que no son normas jurídicas, sino valores éticos y sociales, conformando una estructura paralela a la normativa⁹⁷.

⁹⁶ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid-Barcelona, 2001, Pág. 34-35

⁹⁷ La autora en cita se refiere dentro de esta consideración a MAYER, KLEIN y WOLF.

2.- Por otro, TORRES FERNÁNDEZ⁹⁸ se refiere a la concepción jurídica o juridificante, según la cual, cualquier acuerdo sobre los valores sociales mayoritarios es siempre un acto de naturaleza política, que para ser vinculante requiere en todo caso estar sometido a la vía legislativa parlamentaria por lo que el orden público a que se refiere sólo puede tratarse de un orden de carácter jurídico. O dicho con otras palabras, la identificación del orden público con el mismo Ordenamiento jurídico, pues partiendo de que la misión del Estado no es el mantenimiento del orden de una sociedad, sino sólo el orden jurídico, dicho orden se define en las coordenadas de un estado general de protección garantizado por las leyes. Para la autora en cita «la opción que nos muestran estos autores parece sin duda más respetuosa con las garantías de los derechos de los ciudadanos, frente al incierto límite representado por un criterio de legitimación de la intervención policial tan amplio como el mantenimiento del buen orden de la comunidad, junto con la existencia de obligaciones naturales del súbdito impuestas por normas no jurídicas».

Las coordenadas del orden público en una democracia occidental vienen determinadas por los derechos y libertades fundamentales que recoge, por ejemplo, nuestra Constitución. Podría, incluso, afirmarse que el orden público está basado en los principios fundamentales que recoge el Art. 1 de nuestra Carta Magna. De esta forma, el orden público tiene como referentes fundamentales los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Si bien ello no supone, en absoluto, un concepto metajurídico de orden público, sí que exige una cierta espiritualización, recogida y consagrada por la Constitución española, situándose en una especie de tercera concepción entre la metajurídica y la jurídica, pero con mayor proximidad a la concepción jurídica, dada la consagración de dichos valores por la Constitución.

Otra cuestión interesante, abordada también por TORRES FERNÁNDEZ, es la del clásico binomio orden público ideal y orden público material.

⁹⁸ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Pág. 34-35

a) Orden público ideal.

Para FIANDACA/MUSCO⁹⁹, el orden público ideal o normativo evoca un ente ideal constituido por el complejo de aquellos principios e instituciones fundamentales de cuya continuidad e inmutabilidad depende la supervivencia del ordenamiento jurídico. MOCCIA¹⁰⁰, por su parte, estima que Orden público ideal es el complejo de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico, con un cierto valor negativo, en el sentido de que dichos principios son inderogables o están sustraídos al debate o cuya modificación sólo es posible siguiendo el cauce de una reforma constitucional, y termina ofreciendo su propia idea de orden público como complejo de principios sobre los que se funda la convivencia civil. DE VERO¹⁰¹ estima que alude al conjunto de valores immanentes al sistema jurídico.

b) Orden público material.

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

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

⁹⁹ Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. Volume I* 5ª Ed. Bologna, 2005 Págs. 461-464

¹⁰⁰ Cfr. MOCCIA, voz Ordine pubblico, en *Enc. Giur. Treccani, XXII*, Roma, 1990

¹⁰¹ Cfr. DE VERO, voz Ordine Pubblico, en *Digesto disc. Pen. IX*, Torino, 1995

ideal, entendido como el conjunto de principios fundamentales de la convivencia civil en relación con la finalidad del Derecho penal en el Estado Social de Derecho, de garantizar la convivencia ciudadana.

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

IV.2.B. El orden público en la legislación histórica española

Para empezar, la acepción de orden público ha tenido acceso al Derecho positivo español a través de sucesivas leyes que lo regulaban. Para TORRES FERNÁNDEZ¹⁰² «la trayectoria seguida por las Leyes de orden público, que se han sucedido en nuestro Ordenamiento jurídico, en lo que MARTÍN-RETORTILLO ha calificado como “proceso de trivialización”» ha sufrido múltiples modificaciones. En este sentido podemos señalar los dos conceptos legales de orden público tradicionales:

Artículo 1º del Capítulo 1º del Título 1º de la “Ley Anguera de Sojo” (1931):

«El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son el fundamento del orden público. (...)».

Artículo 1º del Capítulo 1º de la “Ley del General Alonso Vega” (1959):

«El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público»

¹⁰² TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Pág. 30

Respecto de la segunda noción, TORRES FERNÁNDEZ¹⁰³ considera que la misma destaca «el componente institucional sobre el social, y añade un aspecto característico de las leyes de seguridad, como es el mantenimiento de la paz interior. La referencia a “instituciones públicas y privadas” da cuenta de una utilización expansiva de la idea de orden público, capaz de absorber dentro de sí toda la política criminal del Estado, sustituyéndola por una política penal de orden público, de la que están ausentes los principios limitadores del poder punitivo en un Estado de Derecho»

Contrasta con dicha opinión la de JIMÉNEZ ASENJO¹⁰⁴ para quien «la referencia que se hacía al “normal funcionamiento de las Instituciones del Estado” se cambia por la de “normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas” para abarcar toda la vida nacional, puesto que ésta no se identifica con el Estado, sino que es mucho más amplia y rica de contenido». En relación con la mención de la paz interior, el mismo autor considera que su inclusión obedece al deseo de «completar con expresión tan general el amplio significado del orden, que en el lenguaje común se equipara normalmente a seguridad o paz interior de la nación»; invocando el Código Penal de 1944, para interrelacionar dicha mención con la rúbrica de dicho código relativa a los delitos contra la seguridad interior.

Salvadas las lógicas diferencias ideológicas existentes entre ambos autores, es claro que el hecho de que el régimen dictatorial del General Franco se valiera del concepto de orden público para reprimir con gran dureza cualquier oposición al régimen o intento de democratización, no puede servir en modo alguno para demonizar un bien jurídico clave en el desarrollo de las sociedades occidentales avanzadas, cual es el orden público. Y buena prueba de ello es la utilización que en la II República Española (régimen democrático) hizo del mismo.

¹⁰³ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Pág. 32

¹⁰⁴ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*. Madrid, 1961, Págs. 30-31

IV.2.C. Orden público y régimen constitucional

La importancia del orden público como bien jurídico penal todavía no resulta adecuadamente abordada si no se pone en relación con el régimen constitucional. En efecto, cabe hablar de un orden público de carácter constitucional. En tal sentido, pueden extraerse dos conclusiones esenciales:

En primer lugar, se ha de concebir el orden público que define la Constitución en sentido material, esto es, como convivencia inmune de violencia.

En segundo, considerando que el orden público debe ver limitada su operatividad exclusivamente a los supuestos legales en que esté previsto. En otras palabras, sólo actúa como límite de aquellas libertades (circulación, reunión) que implican la presencia de una pluralidad de sujetos. Y ello porque el orden público está llamado a regular, en estos casos, el contacto de varias sujetos del que pueden surgir desórdenes. Desórdenes que serán de carácter material, y que ponen en peligro la tranquilidad o la seguridad física (orden público material), pero no los principios o valores (orden público ideal). Presentado así el orden público, resulta ser un límite a algunos derechos fundamentales, no constituyendo un fin en sí mismo, sino una restricción que entra en acción justificadamente cuando sirven para proteger otros derechos que necesariamente han de ser del mismo rango.

De esta forma se consigue la tan ansiada incardinación del orden público en el sistema constitucional, logrando la compatibilidad del mismo con los regímenes políticos democráticos. De esta forma pierde el pátina autoritaria que durante largos años tuvo en la España de la dictadura, pasando a ser un bien jurídico más del Derecho penal del Estado democrático¹⁰⁵. De ahí que «sólo el orden público entendido en su sentido material (en cualquiera de sus varias definiciones) puede ser objeto de tutela penal, apto para cumplir las funciones que a éste se atribuyen, y ello a pesar de las críticas que pueda merecer esa formulación material en cuanto susceptible de convertirse también

¹⁰⁵ Así, TORRES FERNÁNDEZ considera que «las teorías sostenidas por MOCCIA Y CORSO tienen como principal mérito incorporar de una forma u otra la tutela de los derechos fundamentales al concepto de orden público, haciéndolo compatible con regímenes políticos democráticos, que adoptan la forma de Estado de Derecho y lo alejan de concepciones autoritarias, abriendo de esa manera el camino para delimitar el orden público como bien jurídico del Derecho penal de un Estado democrático», en TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Págs. 37-38

en un concepto formal»¹⁰⁶. En definitiva, puede considerarse que el orden público en la España democrática debe conectarse al control del abuso que pueda existir en el ejercicio de las libertades en un ambiente que posibilite la convivencia pacífica de los ciudadanos¹⁰⁷.

Siguiendo la idea de TORRES FERNÁNDEZ¹⁰⁸, es evidente la absoluta necesidad que existe de poner en relación el concepto de orden público deducible de la Constitución con las funciones llamadas a desempeñar por el bien jurídico penal. En este sentido, merece especial atención la opinión de IZU BELLOSO¹⁰⁹, para quien cabe distinguir en el orden público un doble sentido:

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

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

¹⁰⁶ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*. Págs. 37-38

¹⁰⁷ TORRES FERNÁNDEZ se refiere a CALVO ÁLVAREZ cuando considera que no es casual que las menciones legales al orden público de la Constitución lo sean precisamente en las normas reguladoras de las libertades fundamentales, «y en ese ámbito, el orden público no puede suponer un límite incondicionado para aquéllos, sino que “ha de cumplir una función de garantía social, pero frente al abuso en el ejercicio de las libertades”. Sobre esta idea el orden público se configura como “un orden que incluye en su naturaleza el respeto a la libertad”. Así las cosas, “lo público” del concepto no se refiere a la relación en la que se contraponen individuo y Estado, sino que se identifica con social; para finalmente concluir que el orden público sirve de garantía para el ejercicio de los derechos y libertades de todos los individuos titulares de ellas. Y también a PELLISÉ PRATS quien considera que existen dos acepciones de orden público: Una, propia del Derecho privado, como criterio jurídico complementario de la estricta legalidad con la finalidad de cubrir los silencios del legislador conforme al sentir social, el cual está formado por un conjunto de principios, en la línea de las nociones metajurídicas de orden público. La otra acepción concibe al orden público como criterio básico regulador de la convivencia, definido por ser las “condiciones materiales de una convivencia pacífica y aceptable”, incluyendo en sí los siguientes extremos: la garantía de unos niveles de seguridad en sentido estricto, entendida como protección de personas y bienes; también la garantía de unos mínimos de salubridad, que posibiliten biológicamente la vida colectiva; y unos niveles primarios de tranquilidad, que hagan aceptable esa convivencia, dentro de un respeto a los sentimientos básicos que la colectividad tenga asumidos como más profundos. Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*. Págs. 37-38

¹⁰⁸ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 37-38

¹⁰⁹ IZU BELLOSO, Miguel José; *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978* en Civitas. Revista española de derecho administrativo, N° 58, 1988, Págs. 233-254

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

Así las cosas, cuando la Constitución española es redactada, el concepto de orden público que se utilizaba estaba tan impregnado de dicho carácter autoritario, que las ocasiones en que la Carta Magna hace mención al mismo será como límite al ejercicio de derechos fundamentales: el primero de ellos el de libertad religiosa del Art. 16 CE junto con el derecho de reunión del Art. 21 CE. En la búsqueda del sentido de la expresión citada en ambos artículos de la Constitución, IZU BELLOSO afirma que el orden público a que se refiere el Art. 21 es el orden público material, del que se exige su alteración; de igual modo ocurre en el artículo 16, por lo que puede decirse que lo que se limita no es la libertad religiosa, ideológica o de culto *en sí misma*, lo que con buen criterio estima como imposible sino que lo que se ve afectado por el orden público son únicamente sus exteriorizaciones, esto es, sus manifestaciones públicas, por lo que, de nuevo en este caso, se trata de un concepto material o restringido de orden público, en tanto que las fricciones que puedan surgir con ocasión de esas exteriorizaciones del ejercicio de la libertad religiosa serán desórdenes, que expresan el conflicto de individuos que ejercen ese derecho y otros que concurren en el ejercicio de los suyos propios.

Por su parte, el *Diccionario* de la Real Academia¹¹⁰, en la primera acepción de la voz “orden público” considera que se trata de la «situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en la que los

¹¹⁰ Voz “orden público”, accesible en la Web www.rae.es

individuos ejercen pacíficamente sus derechos y libertades». No puede decirse que la Constitución no haya tenido en cuenta esta noción positiva de orden público. La tiene, pero ha sido disfrazada para evitar la mención de la palabra orden público en el sentido utilizado durante el Régimen dictatorial de Franco. Así, podría decirse que esta idea es la que late en el artículo 10.1 CE, cuando señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Centrados en dicha identidad, podría aventurarse la afirmación de que dicho orden político y paz social es la traducción actual del orden público. Razón que se apoya, además, en el hecho de que ambas expresiones (orden político y paz social) no vuelven a aparecer en todo el texto de la Constitución. Confirma también esta interpretación, aunque salvando las distancias, TORRES FERNÁNDEZ cuando indica que «el sentido que se ha atribuido al orden público, como situación de normalidad para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, conecta con el orden político a que se refiere el Art. 10.1 de la Constitución»¹¹¹.

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

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

1. Como *realidad positiva*, en la forma que se señala en el artículo 10.1 CE.

¹¹¹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 50

2. Como *realidad negativa*, restrictiva de derechos, como aparece en los artículos 16.2 y 21.2 ambos de la Constitución¹¹².

IV.2.D.- Aclaración conceptual: orden público, seguridad pública, seguridad ciudadana

Del aspecto negativo o restrictivo del orden público, antes señalado, parece deducirse la referencia a un cierto orden externo, por cuanto en ambos casos se habla de manifestaciones externas (en el caso de los artículos 16.1 y 21.2 de la Constitución, unas, relacionadas con la libertad ideológica, religiosa y de culto; la otra, relativa al derecho de reunión). De modo que podríamos concluir que se trata de un cierto “orden de la calle”, como decía IZU BELLOSO, un orden de seguridad. Y es en este concreto ámbito, en la concepción del orden público material como orden de seguridad, donde aparecen las nociones de seguridad pública y seguridad ciudadana.

En primer lugar, debe advertirse la utilización confusa e indiferenciada de los términos orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana por parte del legislador, y en nuestra jurisprudencia y doctrina¹¹³.

Al orden público, como ya se ha señalado anteriormente, se refieren los artículos 16 y 21 en cuanto que límite al ejercicio de ambos derechos fundamentales. A la seguridad ciudadana se refiere el artículo 104.1 Ce, como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Mientras que a la seguridad pública se refiere el Art. 149.1.29ª, como competencia del Estado.

La confusión terminológica que se produce entre los tres conceptos mencionados tiene su origen, como ya se indicaba anteriormente, en la consideración del orden público durante la dictadura del General Franco como

¹¹² Artículo 16.1 CE: *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

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

¹¹³ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Págs. 43 y SS.

«título habilitador para la intervención de las fuerzas encargadas del mantenimiento del orden»¹¹⁴, de forma tal que dichas fuerzas eran denominadas fuerzas del orden público.

La Constitución en su artículo 104.1 CE¹¹⁵ prescinde del orden público de forma patente, y se refiere a la misión de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, entre otras, la “garantía de la seguridad ciudadana”. TORRES FERNÁNDEZ considera que tal modificación no es una mera variación léxica, sino que conlleva importantes consecuencias, la primera de las cuales es que el orden público no puede servir de manera indiscriminada para legitimar cualquier intervención limitadora de derechos y libertades, sino sólo en relación con aquellos derechos que expresamente así lo prevén.

De tal modo que por seguridad ciudadana entiende la autora antes citada que es la «protección de personas y bienes frente a situaciones de peligro o violencia»¹¹⁶.

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

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

El Tribunal Constitucional, en múltiples sentencias, ha considerado la seguridad pública como una “*actividad que consiste en la protección de*

¹¹⁴ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 43

¹¹⁵ Artículo 104. 1 CE: *Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.*

¹¹⁶ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 44

*personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano*¹¹⁷. TORRES FERNÁNDEZ considera que «su naturaleza de actividad le confiere un carácter instrumental o medial, en orden a conseguir unos fines que son: la protección de personas y bienes, por un lado, y el mantenimiento del orden, por otro»¹¹⁸.

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

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

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

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

De la relación entre los conceptos citados, TORRES FERNÁNDEZ indica que, cuando el artículo 104.1 CE se refiere a la misión (la actividad) de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la misma se configura como atribución propia de los mismos la seguridad pública, que engloba tanto la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (identificado con el orden público) y la seguridad ciudadana¹¹⁹. Siendo de especial importancia el

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

¹¹⁸ *Op. cit.* Pág. 47

¹¹⁹ «Realmente está configurando como atribución de éstos la seguridad pública, pues en su dicción textual alude a que su misión es “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” el empleo de la conjunción copulativa “y” entre las dos funciones que son atribuidas denota que son diferentes y que junto a lo que llama seguridad ciudadana, hay otra función que consiste en la protección del ejercicio de los derechos y libertades, el cual coincide con el contenido de del concepto de orden público en sentido estricto, único que puede ser asumido en coherencia por el sistema de valores de la Constitución». TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 48

empleo de la conjunción copulativa y en el texto constitucional, en tanto que supone el reconocimiento de la distinta realidad esencial entre el orden público y la seguridad ciudadana, englobados ambos conceptos en el más general de seguridad pública. Esta noción es la que parece deducirse de la legislación propia sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto a nivel estatal¹²⁰ como autonómico¹²¹.

JIMÉNEZ DÍAZ¹²², por su parte, realiza la imbricación de los tres conceptos de la forma siguiente: La seguridad pública es una actividad, un ámbito competencial. Mientras que el orden público y la seguridad ciudadana son situaciones o estados que pretenden ser alcanzados, a través del recto y adecuado ejercicio de la seguridad pública. La seguridad pública debe ser concebida como el medio para mantener el orden público y conseguir la seguridad ciudadana.

Por lo que respecta a las relaciones entre orden público y seguridad ciudadana, existe también una relación de medio a fin: el mantenimiento del orden público es presupuesto indispensable para la consecución de un estado de seguridad ciudadana. Sólo cuando existe orden y tranquilidad exterior es posible alcanzar la seguridad ciudadana como situación real y personal.

La seguridad ciudadana es, en efecto, al mismo tiempo estado material o real y estado personal:

1. En cuanto estado material o real, se traduce en una situación de tranquilidad y estabilidad tal que les permite a los ciudadanos ejercitar de forma libre y responsable los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente.

¹²⁰ Vid. LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Art. 1 número, donde se dispone que “el mantenimiento de la *seguridad pública* se ejercerá por las distintas administraciones públicas y a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”; la L.O. 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su Art. 1 atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión de “*proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana*”, esto es, los dos componentes de la seguridad pública

¹²¹ El Art. 17.1 Estatuto vasco señala que “mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución, corresponderá a las instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en este Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo(...)”; Por su parte, el artículo 13.2º letra a) del antiguo Estatuto catalán, señalaba que La Policía Autónoma de la Generalidad ejercerá las siguientes funciones: “a) La protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público”. Corrobora esta interpretación la nueva redacción del Estatuto catalán, que regula la materia en el nuevo artículo 164, titulado “Seguridad pública”, cuando en su apartado 5, establece como primer ámbito de actuación de los Mossos d’Escuadra “la seguridad ciudadana y el orden público”.

¹²² Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Madrid, 2006, Págs. 19-23

2. En cuanto estado personal, se traduce en la sensación personal de seguridad del ciudadano. Una sensación que le permita sentirse en posición de actuar plenamente protegido.

IV.2.E. El orden público: bien jurídico del Derecho penal

IV.2.E. a) Daño mediato y daño inmediato

Si se concibe orden público como la tranquilidad basada en el libre ejercicio de los derechos y libertades; al entrar dicho concepto en el campo jurídico-penal, se plantea la siguiente cuestión: ¿Acaso cualquier delito del Código Penal no transgrede esa tranquilidad pública? En el caso de un asesinato, se produce la privación violenta e injusta del derecho a la vida de un ser humano. Este hecho ¿no transgrede el orden público? Si todos los delitos y faltas suponen una perturbación del orden público, ¿Por qué existe una categoría diferenciada de delito contra el orden público?

TORRES FERNÁNDEZ¹²³ señala que el fundamento de la existencia de una categoría diferenciada de delito contra el orden público lo podemos encontrar en la obra de penalistas del siglo pasado, ligada a la distinción entre daño inmediato y mediato, considerando que:

a) todo delito contiene un aspecto político, representado por la disminución del sentimiento de seguridad de todos los ciudadanos. Tal disminución constituye el daño mediato de todo delito. En este sentido todos los delitos pueden considerarse lesivos para la tranquilidad pública.

b) Pero existe una categoría de delitos, denominados delitos contra la *tranquilidad pública*, y definidos precisamente porque la ofensa a esa tranquilidad *procede de las condiciones intrínsecas del hecho mismo* y de él surge un sentimiento de peligro por sus posibles consecuencias.

La diferencia entre ambos supuestos sería clara: mientras que en todos los delitos el daño representado por el temor ante su posible repetición sería un

¹²³ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos...*, Pág. 51. Cita en concreto a CARRARA y a GROYZARD.

daño mediato. En los delitos contra el orden público el daño producido sería de tipo inmediato, en los que tal mal supone la turbación del orden público a diferencia de los restantes delitos, que, no obstante turbarlo también, no se dirigen inmediatamente a ese fin. O, dicho de otro modo, el delito provoca dos males: por un lado, el daño inmediato que el autor se proponía realizar; y, por otro, el temor, la inquietud y el desasosiego que se generan en la sociedad, por considerar que pueda volver a repetirse, siendo posibles víctimas ellos mismos¹²⁴.

Los delitos contra el orden público se caracterizan, pues, por el hecho de que la alarma que producen no constituye el daño mediato, sino que es la consecuencia del peligro inmediato que representan por sí esos delitos, y no la inquietud común a cualquier delito ante el temor a que el mismo pueda repetirse en el futuro. En resumen: la comisión de los delitos contra el orden público produce directamente una conmoción social.

IV.2.E. b) El orden público del Título XXII del Código Penal

El título XXII del Código Penal recoge, según su propia rúbrica, los delitos contra el orden público. De modo que, en principio, este debe ser el elemento coordinante de cuantas infracciones recoge: el bien jurídico protegido por dichos tipos penales. Sin embargo, dada la heterogeneidad de tales delitos, resulta difícil poder afirmar que todos ellos tengan como bien jurídico protegido el orden público, frente a una eventual lesión o puesta en peligro.

TORRES FERNÁNDEZ, ante este problema, se plantea si es posible descubrir un bien jurídico común a todas las figuras del Título XXII reconocible como orden público. Y en su caso, si sería posible determinar su contenido. La doctrina española y extranjera parece indicar que la respuesta de tales interrogantes es imposible o, cuando menos, muy difícil.

i) Doctrina española.

En nuestra doctrina, pueden distinguirse tres corrientes:

¹²⁴ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 51

1. Autores que intentan encontrar un concepto de orden público unitario para todas las figuras contenidas en el título. La autora en cita¹²⁵ considera que para estos autores, el orden público coincidiría con la idea de “sometimiento al ordenamiento jurídico y a la autoridad estatal”; rechazando la consideración de que el orden público coincida con la idea de orden en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva, dado que existen en esa rúbrica infracciones –la resistencia o desobediencia a la autoridad- que no alteran necesariamente el orden público. Consecuencia de dicha interpretación es la conceptualización del orden público de una forma más amplia, en principio más alejado de la consideración restrictiva del orden público, que sería más adecuada como objeto de tutela penal. Dicho concepto ampliado de orden público, sin embargo, «no significa rescatar el concepto autoritario de orden público, puesto que la diferencia entre un concepto autoritario y otro democrático de orden público no reside en su amplitud, sino “*en el elemento externo de legitimación del Ordenamiento jurídico cuya aplicación se protege*”. A ello se añaden que la razón de la protección de la autoridad es bien distinta: ya no se tutela en sí mismo un incuestionable principio de autoridad, sino que se protege el ejercicio de las funciones públicas que la autoridad tiene atribuidas, lo que, a juicio de estos autores, permite pasar de una protección de los órganos a una protección de las funciones». A pesar de los intentos por descubrir un bien jurídico unitario en todas las figuras lo cierto es que se han quedado en eso: meros intentos. La empresa no resulta factible por un hecho incontestable: «los Códigos dan cabida a algunas figuras delictivas que en absoluto responden a una concepción semejante del bien jurídico»¹²⁶.

2. Autores que renuncia a una definición unitaria de orden público, y examinan el bien jurídico de cada tipo en concreto. Tales autores optan por delimitar de manera particularizada el bien jurídico de cada figura en consonancia con las características típicas de cada delito. Si bien, dicha postura, aunque facilita la concreción de los bienes jurídicos protegidos, va en detrimento, lógicamente, de la visión de conjunto.

¹²⁵ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 50

¹²⁶ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 63

3. Por último, una postura intermedia, para quienes se parte de una definición común a todas las figuras contra el orden público: *la paz y tranquilidad en las manifestaciones externas de la convivencia colectiva*; modalizándola en cada supuesto con la incorporación de aquellas especificidades propias de cada tipo.

Mención aparte merece la opinión de otros autores para quien, según TORRES FERNÁNDEZ, «el orden público es un bien jurídico *“formalmente caracterizado”*, al que también llama *“arquetípica categoría conceptual”*, para afirmar posteriormente que *“se identifica como orden público bienes jurídicos tan diversos”*, lo que lleva a pensar que concibe el orden público como una especie de concepto vacío, que se llena de contenido con el interés particularmente tutelado en cada figura de delito. (...). Los intereses a los que más particularmente da cabida, también son variados, enumerándolos como: la correcta aplicación de la legalidad, la obligatoriedad de las decisiones judiciales, el legítimo ejercicio de la función pública por parte de sus titulares y la seguridad pública o ciudadana. Posición que se sitúa más cercana a la de quienes desisten de buscar una idea unitaria de orden público en el Título XXII, que a la de quienes intentan ofrecer un concepto de orden público con un contenido válido para todas las figuras delictivas, que legalmente se califican como contrarias a él»¹²⁷.

ii) Doctrina extranjera.

En Alemania, la variedad de figuras que se dan cita bajo la rúbrica legal de delitos contra el orden público es tal, que el Título ha merecido el apelativo doctrinal de **“trastero del Código penal”**. De ahí que «ante la dificultad de encontrar un valor unitario que sirva como bien jurídico protegido para todos los delitos del Título séptimo del StGB, la mayoría de los autores optan por considerar como contrarios a lo que denominan paz pública, sólo a un grupo más o menos extenso de delitos, a juicio de cada autor, encabezados en todo caso por el quebrantamiento de la paz del país del parágrafo 125,

¹²⁷ TORRES FERNÁNDEZ cita concretamente a POLAINO NAVARRETE, en TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 57

considerando la restante variedad de figuras como atentatorias de otros intereses»¹²⁸.

En Italia, por su parte, también reina la confusión, puesto que parece que ambas nociones se utilizan sin distinción alguna. Se utilizan, así, indistintamente el orden público en sentido material, como “*ordre dans la rue*”; y también como orden ideal, en tanto que complejo de valores y principios fundamentales. De esta utilización indistinta puede inferirse que no cabe alcanzar una noción unitaria de bien jurídico para estos supuestos en el Código italiano»¹²⁹.

Conclusión de todo lo anterior es que la doctrina mayoritaria¹³⁰, por una parte, se inclina por reducir el número de infracciones que consideran atentatorias contra el orden público, las que llaman delitos contra el orden o la paz pública en sentido estricto y dan cabida a otros intereses tutelados en la delimitación de las figuras restantes de la misma rúbrica legal. Y como consecuencia, prefieren analizar separadamente el bien jurídico de cada uno de los delitos contra el orden público incluidos en el Título XXII, a los efectos de cumplir adecuadamente las funciones atribuidas al bien jurídico, como elemento esencia de la Teoría del Delito. Y por otra, configura el bien jurídico orden público con una doble vertiente: objetiva, como un estado fáctico, y subjetiva, como la percepción de la población de ese estado y su mantenimiento

Así pues, la mención que el Título XXII del Código Penal hace del orden público no puede ser sino una caracterización formal, que precisa de la referencia a otros objetos para completar el sentido de los tipos y describir el contenido lesivo de cada delito en particular. Lo cual resulta criticable al legislador, por cuanto lo configura de forma residual, dada la heterogeneidad de los delitos incluidos en el mismo. Como señala TORRES FERNÁNDEZ, «el legislador ha dejado pasar la oportunidad de configurar una protección penal

¹²⁸ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 60-61

¹²⁹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 62

¹³⁰ Cfr. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 63

del orden público coherente con la definición constitucional de ese interés en el marco de valores y principios de un Estado democrático»¹³¹. Para lo cual, entre otros cambios, debería haber operado uno que se propone en este trabajo: la ubicación de los delitos de terrorismo entre los Delitos contra la Constitución.

IV.3. El orden democrático constitucional como bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo

Para EBILE NSEFUM, cuando se trata de determinar el bien jurídico de los delitos de terrorismo, puede percibirse que «todos los conceptos y tipos penales de terrorismo que incluyen la vida y el patrimonio como bien jurídico, e incluso en aquellos en que está elidido, se encuentran datos suficientes para comprobar la exigencia de otro bien que, por su mayor importancia, absorbe los primeros»¹³². Y ello porque:

1. Los bienes jurídicos tradicionales no son propiamente los bienes jurídicos que se trata de proteger, sino que es un bien jurídico superior, cuya titularidad ostenta la comunidad en su conjunto, que siente la amenaza terrorista.¹³³
2. Y otro tanto cabe decir del terror y el miedo que producen los actos terroristas, que no se dirige directamente contra los bienes jurídicos tradicionales que puedan resultar afectados. Al contrario, las acciones terroristas llevan implícitas la producción de inseguridad en amplios sectores de población, que se sienten amenazados con la contemplación de las acciones terroristas¹³⁴.

El autor en cita entiende que, puesto que existe noticia de un bien jurídico más importante que los bienes jurídicos propios de los delitos comunes en lo que el terrorismo suele presentarse; dicho bien jurídico debe ser «la seguridad y el orden públicos»¹³⁵. De este modo, considera una suerte de lista de bienes jurídicos que vulnera el delito de terrorismo, dividido en tres planos fundamentales:

¹³¹ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos ...*, Pág. 64

¹³² EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid, 1985, Pág. 88

¹³³ EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito ...*, Pág. 88

¹³⁴ EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito ...*, Pág. 88

¹³⁵ EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito....*, Pág. 89

- 1.- Un primer plano formado por los bienes jurídicos tradicionales: vida, la integridad corporal, salud y libertad de los seres humanos, los servicios públicos y el patrimonio. Tales bienes jurídicos tendrían un carácter inmediato, cuya lesión se utiliza instrumentalmente para otro ataque más trascendente.
- 2.- Un segundo plano se referiría a la seguridad y al orden públicos, bienes jurídicos, en este caso, de carácter mediato y específico, que incluye los anteriores y con cuya lesión se consuma el delito
- 3.- Por último y el tercer plano está constituido por la organización del Estado, cuyo sistema político se pretende modificar en algún sentido.¹³⁶

Esta percepción de EBILE NSEFUM sobre la existencia de un bien jurídico distinto del los lesionados como consecuencia de la comisión de delitos terroristas, es confirmada por gran parte de la Jurisprudencia española existente sobre la cuestión. Así, CAMPO MORENO aborda el fenómeno terrorista desde una perspectiva jurisprudencial, e intenta dar noción válida a la luz de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional. Para ello, y en lo que a este trabajo respecta, fija su atención en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987\199]. La misma, en su Fundamento Jurídico 2º señala que “el propio constituyente ha sido consciente de la existencia, como problema actual, del terrorismo y del peligro que el mismo implica para la vida y la integridad de las personas y para el propio orden democrático.” De dicha consideración, el autor considera que la gravedad del fenómeno terrorista «justifica la existencia de una legislación excepcional y de emergencia ante una criminalidad de especial gravedad en relación a la vida e integridad física de las personas y de suma trascendencia para la subsistencia del orden democrático constitucional»¹³⁷. Si el legislador concibe al terrorismo como un fenómeno que pone en peligro, no sólo bienes jurídicos comunes (vida...) sino también el propio orden democrático; y, por otro lado, ya que el contenido de injusto se concibe como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, se puede deducir que bienes jurídicos protegidos por el delito de terrorismo son, por supuesto, los propios de los delitos en que

¹³⁶ Cfr. EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito...*, Pág. 126

¹³⁷ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997, Pág. 24

se concreta la acción terrorista. Pero de una forma especial, el propio orden democrático. Y más concretamente, se pone en peligro el orden democrático constitucional.

En apoyo de este último razonamiento, CAMPO MORENO afirma que el terrorismo puede conceptuarse como «violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional»¹³⁸. En efecto, la actividad terrorista se dirige a un fin. Pero el objeto de esa destrucción es el bien jurídico protegido: el orden democrático constitucional. También puede encontrarse argumentos a favor de este razonamiento los encontramos:

1.- En otras sentencias, comentadas por el autor¹³⁹, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 71/1994, de 3 de marzo [RTC 1994\71], cuando, refiriéndose el tribunal a la suspensión de ciertos derechos fundamentales, configura dicha suspensión como “una defensa a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo”. O también, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 33/1993, de 25 de enero [RJ 1993\174], cuando expresa que «el terrorismo, es algo más que el crimen común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. Distinguir entre terrorismos y dar pábulo a una eventual benevolencia de trato al de fines supuestamente “justicieros” es algo absolutamente inadmisibles y por ello esta sala subraya con toda energía que tanto atenta al Estado democrático de derecho una como otra forma de terrorismo, que además de su finalidad última son comunes, pues en ambos casos se trata de evidenciar la fragilidad del estado democrático y auspiciar un golpe de Estado, suministrando pretextos y supuestas coartadas para el mismo». En este último caso, además, se pone en conexión la figura del terrorismo con la del golpe de estado (esto es: la rebelión) lo que es abordado en otra parte de este trabajo.

2.- O incluso en la consideración de autoridades políticas, como Peter LEUPRECHT, siendo Secretario General adjunto del Consejo de Europa,

¹³⁸ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 25

¹³⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 27-31

cuando afirma que el terrorismo «“no persigue otra cosa que la destrucción de la libertad y del Estado de Derecho”»¹⁴⁰.

Visto que los tipos antiterroristas son pluriofensivos, aunque predominando uno de ellos que justifica la grave sanción de los mismos, procede considerar más pausadamente dicho bien jurídico superior: el orden democrático constitucional. En este sentido, este trabajo se adhiere a la opinión sostenida por MESTRE DELGADO¹⁴¹ cuando al abordar el examen de los delitos de terrorismo, considera que la mayoría de los tipos terroristas contienen figuras delictivas ya contempladas en los Códigos penales como criminalidad común. A pesar de esta consideración, es una evidencia palpable que los países europeos tipifican las conductas terroristas de una forma especial y agravada, distinta de las figuras comunes a las que cabe referir aquellas. Tal agravación ha intentado ser justificada desde una perspectiva objetiva, pero no se ha obtenido resultado alguno por esta vía en ninguno de los países de nuestro entorno cultural ni en los textos internacionales que sobre la materia existen. Por ello, el autor considera que deben conjugarse este criterio objetivo referido a la finalidad perseguida; o bien a la estructura criminal que le sirve de base. En el primer caso, respecto de la finalidad específica perseguida por los delitos de terrorismo, los autores que han estudiado dicho fenómeno ha propuesto una serie de fines, existiendo una variada tipología, que el autor en cita recoge y examina¹⁴²: la delincuencia en sí; la propaganda de una ideología política que se consigue a través de los actos de terrorismo; la inseguridad ciudadana; la desvalorización de la lucha social; o la destrucción del régimen democrático y sus instituciones. Si bien es cierto que no todas estas finalidades pueden ser consideradas desde una perspectiva jurídica, debiendo considerar únicamente aquella o aquellas que puedan contemplarse como tal desde la perspectiva que aporta el bien jurídico protegido¹⁴³. Se entiende, de este modo, que tales fines pueden revestir importancia para el estudio del terrorismo, como fenómeno sociológico. Pero no cabe realizar una

¹⁴⁰ Citado por CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 28; de de un discurso pronunciado en las Jornadas de Derechos Humanos, Democracia y Terrorismo, celebrada en Madrid, 7 de marzo de 1996 y publicado por la Revista Consejo General de la Abogacía Española, nº 6, junio de 1996, Pág. 5

¹⁴¹ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Pág. 37

¹⁴² Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Pág. 37

¹⁴³ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Págs. 45 y 46

traslación directa de todos estos fines al mundo jurídico; ni si quiera, la importancia que se pueda atribuir en análisis no jurídicos a los fines del terrorismo. El prisma desde el que se debe interpretar la finalidad de quienes cometen este tipo de delitos es, por tanto, el bien jurídico protegido por tales tipos.

Al examinar el bien jurídico en los delitos terroristas, MESTRE DELGADO¹⁴⁴ considera que en cada concreto acto terrorista no se lesiona un solo bien jurídico, sino que «desde una perspectiva que justifica la mayor peligrosidad de la delincuencia terrorista, pueden distinguirse hasta tres bienes jurídicos atacados» señalando como tales los siguientes:

1. Un bien jurídico personal (vida, integridad corporal, libertad personal) lesionado o puesto en peligro directamente por el acto delictivo individualizado;
2. La seguridad interior del Estado, amenazada o dañada, en cada caso, por la utilización de medios catastróficos, la significación de las víctimas y/o la generalidad o reiteración de los actos delictivos, sostenidos por una organización estable y organizada que les fomenta;
3. Por último, exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política, en cuanto la pretendida finalidad política argumentada por las bandas terroristas para justificar sus acciones quiere alcanzarse a través de la acción delictiva violenta, al margen de las vías que el Estado democrático ofrece. Los dos primeros bienes jurídicos están expresamente reconocidos en el Código penal, en tanto que el tercero se desprende claramente de los artículos 1, 6, 7 y 10 del texto constitucional (desde el que debe interpretarse todo el ordenamiento jurídico), en los que se prohíbe expresamente la utilización de métodos no democráticos para la expresión de la actividad política.

La perspectiva objetiva que del análisis del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo determina qué finalidades perseguida por los terroristas adquieren relevancia jurídica. Y por tal razón es exigible que «junto al dolo delictivo genérico, el rechazo de las vías democráticas de actuación política, y su sustitución por una vía violenta dirigida a atacar la seguridad interior del Estado».¹⁴⁵

¹⁴⁴ MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Pág. 46

¹⁴⁵ MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Pág. 47

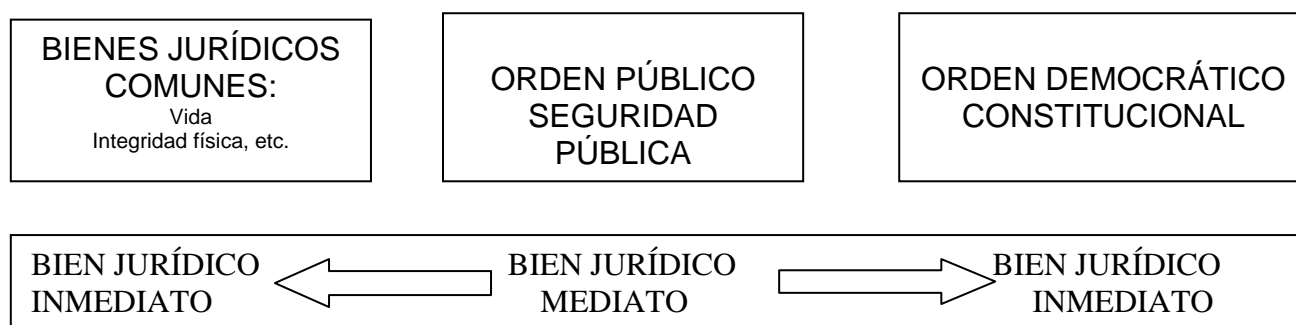
Este especial envite al sistema democrático del terrorismo fundamenta la idea directriz de toda legislación antiterrorista, es decir, la de reservar un tratamiento más duro para las actividades terroristas. Una dureza que se justifica precisamente porque además de lesionar los bienes jurídicos personales y tradicionales, las acciones de las asociaciones terroristas se dirigen frontalmente contra la misma existencia del sistema democrático¹⁴⁶. En este contexto se entiende la apuesta de CARBONELL MATEU cuando pedía que el bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo fuese la organización democrática del Estado¹⁴⁷.

La opción personal que, con base en todo lo anterior, se defiende es la siguiente: si entendemos que la noción de bien jurídico inmediato sirve para reflejar la institución del bien jurídico protegido en sentido técnico, en tanto que elemento básico de todo delito; mientras que la de bien jurídico mediato se vincula a la llamada *ratio legis* o finalidad objetiva de la norma, es decir, las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. Entonces, puede afirmarse que en los delitos de terrorismo se produce la confluencia de tres bienes jurídicos protegidos: los bienes jurídicos comunes, el orden público y el orden democrático constitucional. La confluencia se produce en la línea ya señalada, es decir: un juego de bienes jurídico mediatos e inmediatos, sirviendo el bien jurídico “orden público” como bisagra de unión entre los bienes jurídicos tradicionales protegidos por los concretos tipos terroristas junto con el orden democrático constitucional. Así, pues, estos últimos son bienes jurídicos inmediatos, esto es, aquellos cuya lesión legitima la intervención penal para su salvaguarda; mientras que el orden público puede considerarse como bien jurídico mediato, en tanto que el legislador atribuye una clara finalidad a la prohibición de los delitos terroristas: la existencia del orden público, necesario para la convivencia de todos los ciudadanos en un Estado social y democrático de Derecho.

¹⁴⁶ MESTRE DELGADO, Esteban *Delincuencia ...*, Pág. 47

¹⁴⁷ Citado en nota a pie de página por MESTRE DELGADO: CARBONELL MATEU, “*De los delitos cometidos por los particulares como cesión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983*”, p. 207 Madrid 1983

En cuanto a la confluencia de bienes jurídicos comunes junto con el bien jurídico “orden democrático constitucional”, ambos como bienes jurídicos inmediatos, se puede explicar en la medida en que las organizaciones terroristas desarrollan su actividad delictiva siguiendo un plan preestablecido, dentro del cual el objetivo finalizar es ocasionar un daño al orden democrático constitucional. En efecto, para estas organizaciones, del daño mediato que se busca es la lesión del orden democrático constitucional. Pero la realización de dicho daño sólo se puede producir mediante la concatenación de delitos contra bienes jurídicos comunes: vida, integridad física, etc. preordenados a la consecución de aquella lesión del orden democrático constitucional. En esta medida, tales daños pueden considerarse inmediatos. Gráficamente podría señalarse del siguiente modo:



El relación con el concreto bien jurídico del delito de colaboración con asociación terrorista lo señalado resulta más claro si cabe, puesto que en realidad no existe ningún bien jurídico de los tradicionales que funcione como bien jurídico inmediato, actuando en solitario el orden democrático constitucional como bien jurídico que legitima la punición de las conductas de auxilio a las asociaciones de tal carácter. En todo caso, lógicamente, permanece como bien jurídico mediato el orden público/seguridad pública.

IV.4.La relación analógica, en cuanto al bien jurídico, entre los delitos de terrorismo y el delito de rebelión.

De acuerdo con las líneas dibujadas en el anterior epígrafe, esto es, la consideración de que el esencial bien jurídico protegido por los tipos de terrorismo es el orden democrático constitucional, en la línea que parecen

defender CARBONELL MATEU o MESTRE DELGADO, los delitos que sancionan los tipos de terrorismo encontrarían un mejor acomodo dentro del Título XXI del Código Penal, esto es, el dedicado a los delitos contra la Constitución. De este modo, se depuraría en gran medida el contenido del Título referido al orden público, haciéndolo más respetuoso con su propio significado constitucional y contribuyendo a vaciar y ajustar en sus términos estrictos un Título del Código penal que, por su heterogeneidad, más arriba denominábamos “cajón de sastre”. Obedecería, por tanto, dicha reubicación a razones de racionalidad y homogeneización de los bienes jurídicos que se protegen en los diferentes títulos del Código Penal.

Para apoyar el cambio propuesto puede invocarse el cambio de posición, dentro del Código Penal, que experimentaron los delitos de rebelión; teniendo en cuenta que tradicionalmente los mismos se ubicaban dentro del mismo título que los delitos de terrorismo. Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, dichos delitos han pasado a encontrarse dentro de los destinados a la protección de la Constitución española. De ahí que en la medida en que se pueda afirmar la analogía entre los delitos de rebelión y los de terrorismo, atendiendo a su bien jurídico, se justificará la reubicación propuesta.

Esta relación analógica puede establecerse acudiendo al estudio que desarrolló profusamente GUTIÉRREZ LANZA¹⁴⁸ cuando consideraba el terrorismo como método sistemático de lucha contra el poder político, bien con el objetivo de derrocarlo, bien con el de condicionar sus decisiones, presentado un íntimo parentesco con el delito de rebelión. Esta relación, que puede calificarse de analógica, llega a ser considerada por RODRÍGUEZ DEVESA, citado por el autor, como una relación de **identificación sustancial**. Examinando ya el Derecho militar, se refiere GUTIÉRREZ LANZA la modificación legislativa introducida en el Código castrense por Ley 42/1971. Se trata de una modificación interesante en la medida en que introdujo los delitos de terrorismo justo detrás de la regulación del delito de rebelión y antes de los que sancionaban la sedición. Esta modificación ponía de manifiesto la íntima unión atribuida a ambas figuras. Una unión que, aunque íntima, no puede

¹⁴⁸ GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas...*, Pág. 46

calificarse como lo hizo Circular de de la Fiscalía Togada de 10 de junio de 1972, citada por GUTIÉRREZ LANZA¹⁴⁹, en cuanto que afirmaba la total identidad esencial entre la rebelión y los actos terroristas. Conclusión a la que llegaba al entender que los delitos de terrorismo podían calificarse como una simple forma de comisión del delito de rebelión.

El argumento, sugestivo según el autor en cita, acierta en la medida en que interrelaciona ambos fenómenos (rebelión y terrorismo) uniéndolos por la lesión de un mismo bien jurídico. Pero debe ser desestimado en tanto que en la rebelión, el núcleo de la acción típica es el alzamiento, dato formal que absorbe o, cuando menos, relega al olvido otros resultados lesivos contra individuos y cosas, lógicamente derivados de la lucha armada subsiguiente. Por el contrario, en los delitos de terrorismo esta violencia no se absorbe, sino que está en los concretos actos de violencia que en la misma se describen¹⁵⁰. Por lo tanto la diferencia esencial entre rebelión y terrorismo viene dada no por las finalidades ni por el bien jurídico protegido u otras consideraciones sino en cuanto al núcleo de actividad, o, como dice LAMARCA PÉREZ, en cuanto la forma de exteriorización de ambos delitos.

Es esta misma autora, cuando examina la LO 9/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del Art. 55.2 de la Constitución, la que considera que la decisión de incluir la rebelión dentro del marco de una ley antiterrorista tiene una evidente significación especial, en la medida en que pone en relación el tratamiento jurídico de la rebelión y el terrorismo. Incluso considera que podría hablarse de un contenido "simbólico". En efecto, la consideración conjunta de ambos fenómenos es la manifestación más clara de que, en ambos casos, el sistema político se enfrenta «a quienes pretenden imponer una legitimidad distinta por procedimientos no autorizados por el propio sistema; en nuestro caso de Constitución democrática, por procedimientos violentos»¹⁵¹. Un aspecto que, en efecto, puede predicarse como característica común tanto de la rebelión como del terrorismo.

¹⁴⁹ Cfr. GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas...*, Pág. 84 y SS.

¹⁵⁰ Cfr. GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas...*, Pág. 86

¹⁵¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, Pág. 213

Este común denominador, no obstante y como ya se apuntó, no implica la equiparación conceptual de la rebelión y el terrorismo. LAMARCA PÉREZ, como ya se anticipaba anteriormente, considera que la diferencia no puede encontrarse en la finalidad ni en el signo ideológico que anima a las bandas armadas o rebeldes: no hay finalidad terrorista distinta de la rebelde, puesto que « la alteración del orden constitucional o los objetivos políticos para decirlo en términos generales, es una finalidad compartida»¹⁵². De ahí que la distinción deba buscarse, como señalaba esta autora, en las formas de exteriorización de ambos fenómenos delictivos.

Así, en primer lugar, la forma de exteriorización del terrorismo consiste «en la producción de unos ciertos resultados delictivos puestos al servicio de una estrategia racionalmente diseñada por una organización que persigue, como objetivos últimos, finalidades de carácter político, generalmente el cambio de orden constitucional»¹⁵³.

Mientras que, por su parte, la rebelión tiene una forma de exteriorización, conocida como “golpe de Estado”, diferente de la anterior. Baste recordar el intento de golpe de Estado de 1981 para advertir que no se trata de la comisión de delitos comunes como parte de una estrategia, sino que se trata de figuras de pura actividad. Como dice LAMARCA PÉREZ, «el golpe se consuma – aunque de hecho se frustrase- con la realización de una cierta actividad, y así se recoge en los tipos penales destinados a castigarlo»¹⁵⁴. De tal modo que el simple alzamiento público, el ejercicio de coacción sobre el Jefe del Estado, la invasión violenta de las Cortes, o cualquier otra conducta tipificado en el artículo 472 CP supone la comisión del mismo. Ello sin perjuicio de que, por supuesto, cabe que durante la rebelión se cometan otros delitos (muertes, lesiones, delitos contra la libertad, etc.), pero en el supuesto de la rebelión, tales conductas no son imprescindibles. Esta característica implica la distinción esencial con los delitos terroristas, ya que, como dice la autora antes citada, «es consustancial a la noción de terrorismo cometer esos otros delitos»¹⁵⁵. Siendo así, puede concluirse con LAMARCA PÉREZ, que una asociación terrorista puede rebelarse, pudiendo incluso afirmarse que la «muchas veces

¹⁵² LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, 216

¹⁵³ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, Pág. 214

¹⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, Pág. 214

¹⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, Pág. 214

esa es la conducta que, como final de un proceso, pretenden realizar los grupos terroristas, para quienes su actividad “ordinaria” se concibe como un medio para alcanzar este fin último»¹⁵⁶.

En este sentido, podría considerarse que, puesto que la organización terrorista y la organización rebelde tienen idéntica finalidad, y sólo pueden distinguirse en atención a la forma de desarrollar sus acciones, puede concluirse que comparten un mismo objetivo: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que representa el orden democrático constitucional. Como consecuencia de dicho razonamiento, cabe pensar que ambas actuaciones (rebeldes y terroristas) son, en realidad, manifestación de un mismo tipo de acción dirigida contra el orden democrático constitucional, pero formulada de dos modos diferentes en cuanto a su actividad:

1. Como actividad *ad intra*, en cuanto que la rebelión se realiza por individuos desde dentro de la estructura estatal.
2. Como actividad *ad extra*, en cuanto que las acciones terroristas son llevadas a cabo por sujetos ajenos y externos al propio sistema estatal.

Resulta indicativo, en la línea que se está considerando, lo señalado por el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987\199] (citada anteriormente) cuando entiende que en la discusión parlamentaria que condujo a la aprobación de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre se constata «una equiparación explícita, en cuanto ataque al sistema democrático y a la sustitución de la forma de Gobierno y de Estado elegida libremente por los ciudadanos, entre terrorismo y rebelión». Y confirma los razonamientos del Letrado del Estado, cuando señala que «la rebelión es la más grave de las acciones delictivas susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada». Dicha identificación se ve reforzada con lo señalado por REIG REIG, cuando al estudiar los precedentes del Código penal vigente, entiende que existió «una

¹⁵⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento...*, Pág. 215

postura dispar en torno a la ubicación del delito de rebelión, pues mientras el Proyecto de 1980, y posteriormente, la PANCP consideraron preferible incluir esta entidad en el Título dedicado a las infracciones contra los poderes y el orden público, el Proyecto de 1992 estimaba que la rebelión atentaba contra el sistema constitucional y el postrer apunte, esto es, el proyecto de 1994, se decantó por hablar de rebelión al referirse, precisamente, a los delitos contra la CE». ¹⁵⁷

En definitiva, parece recomendable rescatar el parentesco que une a los delitos de rebelión y terrorismo cobijándolos bajo un mismo Título del Código Penal. Ello permitirá, sobre todo, poner fin a la polémica existente en relación con el orden público en el sistema constitucional español, clarificando la noción de dicho bien jurídico.

¹⁵⁷ REIG REIG, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.) Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia) Granada, 1998, Pág. 1806

CAPÍTULO V. TIPO OBJETIVO

V.1.Sujeto activo.

V.1.A.- Breve apunte criminológico sobre el sujeto activo del tipo de colaboración: ¿Quién es el colaborador con asociación terrorista?

Antes de abordar el estudio del tipo objetivo, propiamente dicho, resulta interesante considerar brevemente el perfil criminológico de los sujetos activos del delito de colaboración. Un perfil que será muy parecido al de los miembros de las organizaciones terroristas, pero no idéntico. Esta falta de identidad, convenientemente acotada, puede servir para orientar el tratamiento penal y penitenciario de tales colaboradores atendiendo a sus peculiares características personales. Lógicamente, sólo puede considerarse al sujeto activo de colaboración por relación al sujeto activo de los delitos que suponen integración en la asociación terrorista. De ahí que esta vertiente relacional del colaborador motive, primero, considerar a grandes rasgos los caracteres propios de quien participa como miembro de la asociación terrorista¹⁵⁸:

1.- El terrorista, por razones de muy diverso tipo, es un sujeto predispuesto, vital y psicológicamente, a ser captada por cualquier clase de ideología dogmática e intolerante, como es la que subyace en cualquier tipo de asociación terrorista (ETA, la ideología comunista-maoísta que aboga por la independencia; Al-Qaeda, el neosalafismo islamista).

2.- El integrante de una asociación terrorista posee un super-yo exacerbado; HERRERO HERRERO, citando a GARCÍA ANDRADE, hace mención de su inmadurez emocional, de su “yo” infantil e inseguro, de donde deriva la inflexión de su “creencia”. Se cree superior a los demás, en la plena convicción de que debe obrar del modo que lo hace, es decir, utilizando la violencia como

¹⁵⁸ Cfr. SORIANO SORIANO, José Ramón, *El terrorismo y el Tribunal Supremo*, en GONZÁLEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Directores) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, Pág. 178; y HERRERO HERRERO, César, *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª Ed. Madrid, 2007, Págs. 853-855. Existen multitud de obras que abordan los perfiles humanos de los terroristas que se omiten por no ceñirse este trabajo a tal cuestión más que de forma tangencial.

instrumento político adecuado para la satisfacción de sus convicciones. De ahí que se trata de delincuentes por convicción. Su inseguridad, conectada a la pasión con que piensa, es la que le hace intransigente y, en cierto sentido (no clínico), paranoico.

3.- No le importa su propia vida porque en su discurso vale más la libertad y la consecución de sus objetivos que la vida. La vida sería el precio que se paga por el derecho a usar la violencia. Así se entiende el supremo sacrificio de la vida que hacen los terroristas islamistas o el sacrificio vital de los terroristas etarras, obligados a llevar una vida “clandestina”.

4.- Un elemento derivado de los anteriores, y más significativo, es la ausencia de sentimiento de culpabilidad en tales sujetos. La culpa se transfiere, por parte de los terroristas, a un tercero al que se culpa de la injusta situación contra la que se combate: el Estado español que ocupa las tierras y subyuga al pueblo de Euskal-Herria; o los Cruzados y judíos, que mantienen sometido al Islam.

5.- Y no sólo no existe sentimiento de culpabilidad, sino que estiman como justificada su actuación violenta, en la medida en que su actuación se rige por la razón y orientada al bien. Es evidente que estos individuos no obran de forma malévola, en el sentido de que deseen por encima de todo un mal, sino que estiman que la obtención del bien supremo (una república socialista-comunista e independiente de Euskadi; la restauración del Califato) exigen el sacrificio de aquellos seres humanos que se interponen en la consecución de tan excelso bien. Así, como dice SEELING «el delincuente por convicción cree que está obligado a realizar el hecho –dice el autor anterior- no en virtud de una norma jurídica, sino por un mandato de otra clase reconocido por su conciencia. La motivación del acto recibe su impulso por la convicción de que debe cometer el hecho de acuerdo con orden normativo al que valora más altamente que al derecho estatal vigente. Aquellas normas cuyo cumplimiento considera un deber (ético) el delincuente por convicción son principalmente de naturaleza política, religiosa, de honor, ética profesional o de ética general»¹⁵⁹.

¹⁵⁹ SEELING, E. *Tratado de criminología*, Madrid, 1958 Pág. 169

Para dar una ligera idea lo que acaba de considerarse, basta contemplar algunos párrafos seleccionados de la carta de Abu Yusra Abdullah Bin Ahmed Kounjaa, uno de los suicidas de Leganés, dirigida a sus familiares más cercanos¹⁶⁰.

(...)

Yo me he sacrificado partiendo de mi total convicción. Asimismo, porque el Yihad es una obligación. Si vosotros os preguntáis por qué, entonces tendréis que volver a los Dichos del Profeta para leerlos, y así sabréis por qué el Yihad es una obligación para los creyentes.

(...)

Juro por Alá, no soporto vivir en este mundo, humillado y débil ante los ojos de los infieles y los tiranos.

(...)

Así, doy gracias a Dios que me llevó a este camino. Si Dios me predestina la cárcel, os diré lo mismo que dijo el Shaykh Ibn Taimiyya: «¿Qué podrán hacer conmigo mis enemigos? Si me encarcelan será para mí un retiro, si me destierran será un viaje, y si me matan seré mártir».

(...)

Que sepas con certeza [dirigiéndose a su mujer], que yo he dejado a mis hijos no por deseo mío, sino por cumplir una orden de Dios, el Todopoderoso y Altísimo.

(...)

Os pido [dirigiéndose a sus hijas] que seáis devotos a Dios, y que sigáis a nuestros hermanos, los muyahidines, allí donde estén, tal vez, forméis parte de ellos. Ésta es la esperanza que yo deposito en vosotras, ya que la religión triunfa por la sangre y los sacrificios.

(...)

Tales son las notas características del miembro de una asociación terrorista, pero es evidente que no se puede predicar tales atributos con su misma intensidad de los colaboradores (al menos, no siempre) porque en tal caso, estaríamos ante miembros y no meros colaboradores de la asociación terrorista. A la luz de los cinco rasgos antes apuntados, podría considerarse que el sujeto activo del delito de colaboración con organización terrorista suele poseer (en general) los mismos atributos pero de una forma mucho más matizada:

¹⁶⁰ El texto completo en la Web: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/02/21/espana/1172067482.html>

1.- El colaborador tiene también una predisposición a ser captado por la ideología que dota de sentido a la asociación terrorista. Una ideología que se adapta a su propio ideario o por el que, por razones diversas, siente una especial predilección o atracción.

2.- La inmadurez emocional y el super-yo exacerbado es mucho más matizado en el caso de los colaboradores. Son conscientes del paso que supone dar el salto de la colaboración a la participación en la asociación terrorista, lo que supone que tales sujetos tiene, por así decir, “los pies en el suelo” y son más conscientes de la realidad que les rodea.

3.- Precisamente por lo anterior, no se involucran en la perpetración de delitos graves y se contentan con colaborar para acallar la conciencia que les pide más. Aprecian su vida y la vida en sociedad, que no quieren perder por el hecho de dar satisfacción a un deber que tienen para sí como de conciencia, aun cuando esta sea deformada.

4.- Son perfectamente conocedores de lo que supone involucrarse en tales asociaciones, por lo que el sentimiento de culpabilidad no es que no exista, sino que se haya de alguna forma maquillado ante sí mismos: se colabora, pero no mucho; es decir, no hasta el punto de “manchar las manos de sangre”, porque, probablemente, de involucrarse más sí se podría producir un sentimiento de culpabilidad.

5.- Finalmente, aunque aprecian como justificados, en líneas generales, los objetivos de la asociación terrorista, lo cierto es que no se integran en la misma por distintos motivos: la familia que han formado, el empleo, o simplemente la cobardía: es justificable contribuir a la causa entregando las llaves de un piso o alquilándolo; pero parece que no lo estaría tanto en el desarrollar actividades más comprometidas con la actuación violenta de la organización.

Los caracteres antes apuntados pueden suponer, en cada individuo, una significación distinta que podría sintetizarse en dos supuestos:

1.- O bien el colaborador que posee las características apuntadas no pretende colaborar más que de la forma que lo ha hecho con la asociación terrorista, y en tal caso, se trata de un colaborador nato.

2- O bien se trata de los primeros estadios de un futuro integrante de la asociación, que se va involucrando y autoconvenciendo de su participación a medida que desarrolla tales actos de colaboración.

Dos supuestos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de castigar las conductas observadas por el colaborador, toda vez que las características apuntadas pueden hacer (no siempre) del colaborador un sujeto más apto para la reinserción social, supuesta la adopción de las adecuadas medidas penitenciarias. Y ello porque, en el fondo, el colaborador no es propiamente un auténtico delincuente por convicción, aunque pueda estar en camino de convertirse en ello. De ahí que su recuperabilidad pueda ser mayor que en el caso de los integrantes de la asociación, ya que su racionalidad y moralidad no ha sido totalmente subvertida por la ideología de fondo que sostiene la violencia terrorista.

V.1.B.- La necesaria referencia al concepto de banda armada, organización o grupo terrorista.

Parece lógico comenzar el examen del sujeto activo de los delitos de colaboración con asociación terrorista acudiendo al concepto de banda armada, organización o grupo terrorista. Tres conceptos que constituyen las tres especies del mismo *genus*: la asociación terrorista.

Como se verá, la definición de quién es el sujeto activo del delito de colaboración se encuentra en directa relación con quién se considere integrante de dicha asociación. Sujeto activo sólo será aquél que no se encuentre integrado de una forma u otra dentro de la asociación. Por esta razón es necesario plantear qué es, o qué se entiende, por banda armada, organización o grupo terrorista.

Parte de la doctrina considera que debe examinarse por separado los conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista. Y así, por banda

armada «ha de entenderse la reunión permanente y estable de más de dos personas, las cuales, teniendo a su disposición armas de fuego, explosivos o aparatos inflamables, traten de subvertir el orden constitucional o alterar la seguridad ciudadana»¹⁶¹. La doctrina hace especial mención del número de sujetos que, como mínimo, deben componer el cuerpo social de que se trate para que realmente nos encontremos ante un fenómeno asociativo. Y así, se entiende que tiene que ser superior a dos, por cuanto parece lógico que deba existir un mínimo de sujetos para que pueda hablarse de asociación. Sin partes que asociar, difícilmente podrá existir asociación¹⁶². Siguiendo con la cuestión numérica, por el contrario, parece que la doctrina no establece límites mínimos en el número de explosivos o armas con los que cuenten los asociados criminalmente siempre que la permanencia y estabilidad (notas esenciales, como se verá) no se deduzca sólo de la existencia de un arsenal importante; es decir, en aquél caso en que sólo el número de explosivos o armas de fuego sea el único dato que permita probar la estabilidad y permanencia de la asociación.

Por su parte, la jurisprudencia¹⁶³ ha establecido las notas o elementos que caracterizan a una banda armada terrorista, entre otras, en las siguientes resoluciones: Sentencias del Tribunal Supremo nº 2838/1993, de 14 de diciembre [RJ 1993\9446] y nº 2/1998, 29 de julio [RJ 1998\5855]; Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987\199]; y

¹⁶¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., *Delitos de terrorismo*, en GANZENMÜLLER ROIG, Carlos ESCUDERO MORATALLA, José FRIGOLA VALLINA, Joaquín (Dir.) *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad internacional*, Barcelona, 1998. Pág. 339; GARCÍA SAN PEDRO, José *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales* Madrid 1993, Pág. 237, señala: «Para Rey González hay que distinguir entre bandas armadas, organizaciones o elementos terroristas; las primeras están constituidas por la unión de tres o más personas que tengan a su disposición una o más armas de fuego, o sustancias o aparatos explosivos o inflamables».

¹⁶² FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. *Delitos de terrorismo*, en GANZENMÜLLER ROIG, Carlos ESCUDERO MORATALLA, José FRIGOLA VALLINA, Joaquín (Dir.) *Delitos...* Pág. 339: «(...)Creemos preferible la consideración de la banda en cuanto sea superior a dos individuos aislados, siempre que tenga las notas de permanencia, estabilidad, y armas a su disposición, lo que permite además distinguirlas del terrorista individual y no crea peligrosas zonas entre la banda armada y los terroristas individuales que actúan colectivamente (...)».

¹⁶³ Sobre tal jurisprudencia señala FERNÁNDEZ GARCÍA que «la existencia de banda armada debe ser interpretada de forma restrictiva y que requiere para su existencia dos notas:

A) una estructural, consistente en la organización estable y nunca transitoria o de carácter ocasional, siendo esencial la nota de permanencia o estabilidad del grupo armado, siguiendo la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1987 y 12 de mayo de 1993(...)

B) Un presupuesto teleológico de alteración del orden constitucional, que supone, el propósito de infundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva, y según la STC 199/1987 con entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un gran rechazo de la colectividad (...)»

Sentencia de la Audiencia Nacional nº 8/2001, de 26 de marzo JUR [2001\170798]. Tales notas son las siguientes¹⁶⁴:

1.- En primer lugar, debe existir un elemento estructural que, a su vez, demanda una serie de requisitos:

a) El primero ya ha sido indicado: la concurrencia de un mínimo de dos individuos para que pueda existir un fenómeno asociativo.

b) Que tal banda sea armada, esto es, que en la realización de las actuaciones que le son propias por naturaleza (acciones terroristas) utilice aquél género de armas y sustancias que sirvan a tal fin. No resulta fácil, sin embargo, realizar un catálogo de tales medios, pudiendo ser toda clase de armas de fuego, bombas de mano, granadas, explosivos u otros tipos de armamentos semejantes.

c) Como requisito esencial, verdadero corazón de la entente criminal, se precisa que tales agrupaciones de individuos estén basadas en vínculos estables o permanentes, de forma que nunca puedan ser de carácter transitorio u ocasional ya que, en tal caso, no podría deducirse la existencia de un cuerpo social formado.

d) Un elemento, también demandado por la jurisprudencia, es que la relación que entre los miembros exista, esté presidida por la idea de la organización y distribución de funciones que, necesariamente, determina una cierta jerarquía en la toma de decisiones y una esencial disciplina de grupo.

e) Tratándose de asociaciones terroristas, es evidente que la perpetración de las acciones que lleven a cabo deberán ser, en todo caso, violentas, reiteradas, indeterminadas e indiscriminadas por parte de estos grupos. Caracteres, por otra parte, que son los necesarios para que una conducta determinada pueda producir "terror".

¹⁶⁴ Cfr. LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Delitos contra el orden público*, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) Barcelona, 2006 Págs. 375 y 376.

f) Por último, la banda armada debe tener por objeto la comisión de delitos terroristas, pero tales delitos deberán ser, en su mayoría, de naturaleza grave: homicidios, asesinatos, secuestros, etc. Esta última cuestión, de hecho, no deja de estar en conexión con lo anteriormente indicado. No puede considerarse terrorista una banda armada que con sus acciones no produzca un miedo tal que sea calificable de “terror”, cometiendo delitos, por ejemplo, contra la flora y la fauna.

2.- El segundo elemento demandado por la jurisprudencia para que exista una banda armada como asociación terrorista es de carácter teleológico: la intención de alterar el orden constitucional o la paz pública mediante las acciones terroristas que le son propias. Puede señalarse, a su vez, dos vertientes dentro de este elemento, que será más ampliamente estudiado en otro lugar de este trabajo:

a) vertiente objetiva, relativa a la idoneidad de las acciones terroristas para producir terror, bien sea por el carácter de los delitos cometidos (piénsese en las decapitaciones de militares norteamericanos en Irak); o bien por las acciones terroristas de carácter indiscriminado y masivo, de forma que su intensidad implique un ataque a la sociedad democrática o impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales dentro de la ordinaria convivencia democrática establecida.

b) Desde una perspectiva subjetiva, se requiere una especial dirección de la voluntad que se concreta a su vez en una doble finalidad en la actuación propia de los miembros de la asociación:

En primer lugar, debe existir una indubitada voluntad de producir miedo, inseguridad, situación de alarma en la población; lo que de ordinario se prueba con la simple comprobación de la primera vertiente objetiva de su actuación.

En segundo lugar, la asociación terrorista no produce miedo (terror) de una forma gratuita. Ese terror se ordena a la consecución de unos objetivos que deben ser, en todo caso, políticos: subvertir el orden constitucional atentado contra la configuración de España como un Estado Social y

Democrático de Derecho; o bien alterar la paz pública, perturbando el normal desarrollo de la convivencia cívica, basada en el respeto recíproco entre los miembros de la comunidad que se expresa en los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Sea con una u otra finalidad, la relevancia política de la banda armada es una realidad señalada por la doctrina científica, que puede sintetizarse en el siguiente aserto de SORIANO SORIANO: «el grupo terrorista es portador de un programa político, de un proyecto de organización de la convivencia que, en un sistema democrático, adquiere un desvalor jurídico por la utilización de la violencia»¹⁶⁵.

Por su parte, son organizaciones o grupos terroristas aquellas asociaciones terroristas que reuniendo ambas notas descritas para las bandas armadas, sin embargo no tienen la condición de asociación ilícita armada, aún cuando sí que tengan un claro fin terrorista, porque no disponen de armamento para llevar a cabo su finalidad terrorista. Lo que no implica que no lleve a cabo las actividades propias de la organización (terrorismo) utilizando medios violentos que, especialmente, supone una grave alteración de la paz pública¹⁶⁶.

No resulta inadecuado hacer en este momento una pequeña consideración en relación con esta distinción. Aunque parece que no se ciñe al estudio del delito con colaboración con banda armada, lo cierto es que tiene una enorme importancia si consideramos que, dependiendo de que una determinada asociación pueda considerarse o no asociación terrorista, puede hablarse de colaboradores o de integrantes ante un supuesto de identidad objetiva de las conductas desarrolladas. En este sentido, tiene una gran importancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 [RJ

¹⁶⁵ SORIANO SORIANO, José Ramón *El terrorismo ...*, Pág. 179

¹⁶⁶ A tales grupos se refiere la doctrina española, señalando GARCÍA SAN PEDRO, José *Terrorismo...*, Pág. 237: «(...) son aquellas que usan la violencia para fines políticos (...)»; LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Op. Cit.* Pág. 375: «(...) las notas que lo definen deben ser las mismas acabadas de mencionar para las bandas armadas terroristas. De acuerdo con el tenor literal de estos preceptos, el único requisito que no resultaría necesario para estas organizaciones o grupos sería el elemento relativo a la utilización de armas (...)»; y FERNÁNDEZ GARCÍA, *Delitos de terrorismo*, en GANZENMÜLLER ROIG, Carlos ESCUDERO MORATALLA, José FRIGOLA VALLINA, Joaquín (Dir.) *Delitos...*, Pág. 340 « Por “grupo” u “organización terrorista”, habrá de entenderse la unión permanente, estable y jerarquizada de varios individuos, con independencia de que estén armados, creada con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública a través de medios especialmente violentos».

2007\1771], dictada dentro del procedimiento abierto a Jarrai-Haika-Segi. La Sentencia de la mayoría estima que se trata de tal sucesión de grupos son una organización terrorista distinta de ETA y sus integrantes, por tanto, miembros de la organización y autores de un delito de integración previsto en los artículos 515 2º y 516 del Código Penal. Por el contrario, los magistrados disidentes no aprecian la existencia de tal realidad asociativa, de tal modo que los miembros de tales grupos serían, en su caso, sólo colaboradores de ETA (576CP) o bien terroristas individuales (577CP).

La principal novedad introducida por la Sentencia de 19 de enero de 2007 [RJ 2007\1771] es la configuración jurisprudencial de banda armada como concepto distinto de organización o grupo terrorista¹⁶⁷. En este sentido, se indica en su Fundamento de Derecho Cuadragésimosexto, número 8, cuando entiende que: «el concepto terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada». Señalando, a continuación, que la razón de dicha distinción conceptual se centra en la naturaleza de la acción cometida y la finalidad perseguida con la misma en la medida que la misma «determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida».

Examinando la Sentencia de la mayoría de los Magistrados, especialmente los Fundamentos de Derecho Cuadragésimotercero y Cuadragésimosexto, resulta que Jarrai-Haika-Segi son “cantera” o “vivero” de integrantes de ETA, pero tratándose de dos organizaciones o asociaciones diferentes, aunque relacionadas entre ellas. Concretamente, en el número 10 de su Fundamento de Derecho Cuadragésimosexto se define a Jarrai-Haika-Segi en sus elementos esenciales como organización independiente:

- 1.- Jarrai-Haika-Segi «constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001».
- 2.- Es una asociación o sucesión de asociaciones que «lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política» «complementa la

¹⁶⁷ Frente a lo que venía siendo norma general: la utilización indistinta de tales conceptos. Así, «(...) debe señalarse que, en la práctica, la jurisprudencia usa en sus sentencias de forma alternativa y como sinónimos los tres conceptos: banda armada, organización o grupo terrorista, mezclando incluso distintas denominaciones», en LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Delitos ...*, Pág. 376

actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de kale borroka numerosos y reiterados».

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

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

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

Sin embargo, lo relevante para la conceptualización de Jarrai-Haika-Segi como asociación terrorista no viene dado por su relación con ETA y su carácter gregario. Se trata de cuestiones secundarias porque la propia sentencia reconoce que existe una disparidad esencial entre ambos grupos sociales¹⁶⁸: ETA es una banda armada distinta de las asociaciones Jarrai-Haika-Segi. Sin embargo, como la propia resolución judicial pone de relieve, esta conceptualización de esencia no “empaña” la calificación de “terrorista” que corresponde a Jarrai-Haika-Segi por tres razones:

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

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

¹⁶⁸ «La “dicotomía” de que, no obstante, habla la sentencia de instancia (f. 33) entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de «terrorista», dada la finalidad y contenido descrito de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada». STS de 19 de enero de 2007

3.- Y porque el hecho de que estas entidades también puedan dedicarse de forma eventual a actividades legales no obedece más que a razones de estrategia, que persiguen el “enmascaramiento” de los objetivos terroristas de tales grupos. Además, precisamente la existencia de actividades lícitas e ilícitas dentro de la actividad social de Jarrai-Haika-Segi no hace más que abogar a favor de la conceptualización de la diferenciación asociativa existente entre la banda armada ETA y las organizaciones Jarrai-Haika-Segi¹⁶⁹.

Como consecuencia lógica de las razones esgrimidas, la Sentencia mayoritaria considera que Jarrai-Haika-Segi es, en efecto, tal y como señaló la Sentencia de la Audiencia Nacional, una asociación ilícita. Pero su carácter va más allá de la simple ilicitud hasta encontrar su verdadero carácter en su conceptualización como organización terrorista¹⁷⁰. La Sentencia mayoritaria hace recaer la adjetivación de terrorista en el elemento subjetivo o móvil de dichas asociaciones ilícitas, haciendo confluír en una misma realidad lo que hasta ahora se había expresado por separado:

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

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

En definitiva, la Sentencia mayoritaria desarrolla una interpretación jurisprudencial del apartado 2º del artículo 515 CP en función de la cual el

¹⁶⁹ «Como tampoco lo hace la eventual dedicación de estas entidades a actuaciones legales en el ámbito social juvenil, que, sin duda, responde tanto a un **enmascaramiento de sus verdaderos objetivos**, como a la utilización de todas las reivindicaciones, pretextos y banderines de enganche imaginables para penetrar lo más profundamente posible el tejido social». STS de 19 de enero de 2007

¹⁷⁰ En consecuencia, Jarrai-Haika-Segi es una asociación o una serie de asociaciones, que se han sucedido en el tiempo, no sólo ilícita/s, por tener como objeto la comisión de algún delito (común) -como entendió la Sala de instancia- sino también una organización terrorista que, incidiendo en la seguridad ciudadana, persigue producir profundo temor, atacando al conjunto de la sociedad democrática y constitucional del Estado de Derecho, en expresión de la STC 199/87 (RTC 1987, 199); o en otros términos, atentando contra la paz pública, como aspecto de la paz social, que se funda - según el Art. 10 de la CE (RCL 1978, 2836) - en el «respeto a la Ley y a los derechos de los demás»; resultando, por tanto, incardinable en el núm. 2º del Art. 515 del vigente Código Penal.

carácter terrorista de una asociación ilícita viene dado como consecuencia de que su actuación produzca temor en la sociedad. Un temor, un miedo, que supone un atentado contra la paz pública, en la medida en que se ven comprometido el respeto a la Ley y a los Derechos de los demás, en expresión del artículo 10 CE. Dicho razonamiento casa bien con la Decisión Marco sobre Orden Europea de Detención y Entrega, adoptada por el Consejo el 13 de junio de 2002, que desarrolla la previsión del artículo 31 e) del Tratado de la Unión Europea, dirigido al establecimiento de normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en el ámbito del terrorismo, entre otras materias. Y ello porque la propia Sentencia señala, de forma solemne, que dicha norma establece la «primera definición de terrorismo con vocación de permanencia». El artículo primero¹⁷¹ de la Decisión Marco, que como la propia Sentencia señala, trae causa del artículo 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York en 9 de diciembre de 1999, y de la Posición Común 2001/931 (PESC del Consejo de la Unión Europea, de 27 de diciembre de 2001), sobre aplicación de medidas específicas en materia de lucha contra el terrorismo.

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

- intimidar gravemente a una población,
-obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
-o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

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

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

El terrorista, individuo o grupo, pretende con su actuación, tal y como señala REINARES «incidir, a través de los métodos que le son propios, sobre la asignación de valores y recursos públicos, el proceso de toma de decisiones, la composición de la clase dirigente, el funcionamiento de las instituciones, la estabilidad de los arreglos entre legítimos interlocutores sociales, la afirmación de identidad colectivas o las actitudes de la población, tanto en el ámbito interno de cada politeya estatal como a escala más global¹⁷²». De este modo, la acción terrorista busca, por encima de todo, afectar la manera en que se estructura y distribuye el poder en la sociedad democrática. Es decir: el terrorismo, para ser conceptuado como tal, debe tener un claro matiz político. Matiz que lo convierte en un fenómeno especialmente despreciable en un estado democrático, porque tal y como indica CONDE-PUMPIDO TOURÓN en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999, de 16 de febrero [RJ 1999\1281], de la que es ponente, cuando señala, refiriéndose a la banda armada ETA, «los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado social y democrático de derecho existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política». Por tanto, la esencia del terrorismo y, con él, la de las asociaciones terroristas se centra en el binomio envenenado de política y violencia o, si se quiere expresar de otro modo, de la violencia política, como ya señalaba SORIANO SORIANO.

Así, pues, podemos concluir que no son las organizaciones terroristas las que desarrollan acciones que, por ser obra suya, se transforman en terroristas; sino que son aquellas actuaciones, calificables como terroristas, las que otorgan a una determinada organización su cualidad de terrorista. Y en

¹⁷² REINARES NESTARES, Fernando, *Terrorismo...*, Pág.. 18

este sentido, la calificación de unos hechos como de colaboración podrá producirse no sólo en relación con bandas armadas, sino también con organizaciones o grupos terroristas (como Jarrai-Haika-Segi). No debe perderse de vista que existen listas de asociaciones terroristas, así como el nombre de los principales terroristas integrados en las mismas, que sirven para poder determinar, *prima facie*, sin una conducta de colaboración es o no punible en función de que se esté auxiliando a una de las asociaciones previstas en tales listados. Se hará a continuación referencia a dos listados, de los que sólo el primero es vinculante para el Reino de España; siendo meramente informativo el segundo. Nótese, que la lista de la Unión Europea no considera a Jarrai-Haika-Segi como parte de ETA; cuando ya se ha señalado que el Tribunal Supremo estima que se trata de dos fenómenos asociativos distintos. Se trata de los siguientes documentos:

1.- La Posición Común 2007/871/PESC del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Posición Común 2007/448/PESC¹⁷³

2.- Fact Sheet de la Office of the Coordinator for Counterterrorism en (Washington, DC) 8 de abril de 2008¹⁷⁴

V.1.C.- El sujeto activo como *extraneus* a la organización con la que colabora.

Como señala GUTIÉRREZ GIL¹⁷⁵, el auxilio de los designios de una banda armada o grupo terrorista puede lograrse tanto con la implicación en profundidad del sujeto en cuestión (pertenencia), como el auxilio prestado desde un mayor distanciamiento, sin alcanzar el grado de implicación que reclama la pertenencia. En base a esta razón se produce la disociación de las

¹⁷³ Accesible en: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

¹⁷⁴ Accesible en: <http://www.state.gov/s/ct/rls/fs/08/103392.htm>

¹⁷⁵ Cfr. GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación por colaboración en el delito de terrorismo*, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.) *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II, 2001, Págs. 29-30

figuras del miembro y del colaborador de la organización o grupo terrorista. En efecto, la conducta típica que asume el colaborador es la del sujeto que pretende ayudar eficazmente a una organización por la que muestra afinidad, pero en la que por las razones que sean (familiares, políticas, estratégicas o simplemente el miedo, como ya se examinó al tratar el perfil criminológico) no da el paso a la incorporación plena y definitiva en asociación. Se mantiene, pues, en el margen de la asociación terrorista, pero con plena disposición para colaborar con ella en cuanto se le requiera y esté dispuesto a consentir.

De lo anterior se deduce que el sujeto activo del delito de colaboración con organización terrorista debe ser un *extraneus* a la asociación terrorista con la que se colabora. Tal es la consideración que mantiene de forma abrumadora la doctrina española: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO¹⁷⁶, CORDOBA RODA¹⁷⁷, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁷⁸, LAMARCA PÉREZ¹⁷⁹, MIRANDA STRAMPES¹⁸⁰, MORAL DE LA ROSA¹⁸¹, MUÑOZ CONDE¹⁸², NIETO MARTÍN¹⁸³, SÁNCHEZ MELGAR¹⁸⁴, SERRANO GÓMEZ¹⁸⁵, TERRADILLOS BASOCO¹⁸⁶. Aunque también es cierto que existen algunos autores que no consideran tal distinción relevante a la hora de considerar al sujeto activo del tipo en cuestión, como por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN¹⁸⁷, aunque se trata de una concepción minoritaria.

¹⁷⁶ Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial* Barcelona, 2005, Págs. 640-641

¹⁷⁷ Cfr. CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Directores) *Comentarios...*, Pág. 2616

¹⁷⁸ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio “Asociaciones ilícitas”, en *Comentarios a la Legislación penal, Tomo II*, Madrid 1983 Pág. 157

¹⁷⁹ Cfr. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Derecho penal Parte Especial 2ª Ed.* 2004 Madrid, Pág. 692

¹⁸⁰ Cfr. MIRANDA STRAMPES, Manuel, en *Código Penal de 1995 (Comentario y jurisprudencia)*, Granada, 1998, Pág. 1972

¹⁸¹ Cfr. MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, 2005, Pág. 214

¹⁸² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial 15ª Ed.* Valencia, 2004 Pág. 910

¹⁸³ Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, en *Comentarios al Código Penal*, ARROYO ZAPATERO, Luis (Dir.), Madrid, 2007, Pág. 1095

¹⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código Penal. Comentario y Jurisprudencia Tomo II* Madrid 2006 Pág. 261

¹⁸⁵ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho ...*, Pág. 1013

¹⁸⁶ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1988, Pág. 87 y 88

¹⁸⁷ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y colaboración con banda armada comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)* en *Diario La Ley*, año XXIX, nº 6906, Martes 18 de marzo de 2008

La doctrina ha dado diversas definiciones sobre lo que se debe entender por *extraneus*, todas ellas coincidentes en su significación, aunque ponen de relieve diferentes aspectos de tal sujeto. Quizá la más clásica de todas ellas y la más breve sea la que hace GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, cuando señala que el *extraneus* es «el tercero ajeno a la asociación»¹⁸⁸; y más modernamente, GUTIÉRREZ GIL considera que por tal se entiende «una persona no integrada en la organización»¹⁸⁹.

En efecto, el colaborador, por esencia, ha de ser ajeno a la organización criminal porque, de otro modo, se trataría de un integrante de la banda armada, organización o grupo terrorista y, en tal caso, sería sujeto activo no de las conductas previstas en el tipo del artículo 576CP (aún cuando materialmente fueren las mismas) sino sujeto activo de los tipos relativos a los miembros de tales asociaciones terroristas (515 2º, 516, 571-574 todos del Código Penal). Este requisito básico para la configuración adecuada del sujeto activo del tipo estudiado, no obstante, no fue siempre pacíficamente considerado por parte de la jurisprudencia, como pone de manifiesto MESTRE DELGADO¹⁹⁰, al examinar diversas resoluciones judiciales que abogaban por una configuración del tipo mucho más intrincada. Sin embargo, ya desde 1990 se puede considerar, con CAMPO MORENO, que la jurisprudencia es unánime en la consideración del sujeto activo del tipo previsto en el artículo 576 CP como *extraneus*. Y así lo indica el citado autor, con cita expresa de sendas Sentencias de la Audiencia Nacional: «La Sentencia de la Sección Segunda de 2 de junio de 1990 recoge que “no se está en presencia de personas incorporadas con carácter permanente en la infraestructura del grupo criminal, dedicadas activamente a él, y sometidas a sus postulados, sino únicamente de extraños a la organización ilícita que, sin conexión directa causal a la producción de resultados concretos, por ser figura de simple actividad, se plantean y persiguen el favorecimiento de las previsibles acciones de aquella banda”; o la de la misma Sección del 6 del mismo mes y año, donde se puede leer, como el delito de colaboración tipifica y sanciona “aquellos actos de

¹⁸⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*. Barcelona, 1977 Pág. 251

¹⁸⁹ Cfr. GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Págs. 29-30

¹⁹⁰ Sobre la problemática surgida en tal momento, véase MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia...*, Pág. 203; y las Sentencias citadas por éste, entre otras: SSAN 64/1984, Secc. 2ª; 9/1985, Secc. 3ª; 23/1985, Secc. 2ª; y 28/1985, Secc. 2ª

cooperación *in genere* del *extraneus* a la organización ilícita que, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, por ser figura de mera actividad, se dirijan al favorecimiento de las previsibles acciones del grupo y no traigan causa de las normales consecuencias de las acciones u omisiones *intuitu personae*»¹⁹¹.

Como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el colaborador con asociación terrorista «actúa en la asociación, colabora con la asociación, pero no pertenece a la asociación»¹⁹². Y precisamente su no pertenencia a la asociación permite deslindar los comportamientos típicos en materia de pertenencia a asociación terrorista de los artículos 515 2º y 516 CP, como se indicará de forma más extensa posteriormente. Baste, por tanto, apuntar que el colaborador, al no ser miembro de la asociación, no puede ser castigado en modo alguno por conducta alguna tipificada en los preceptos anteriores.

Si bien es cierto que, como pone de manifiesto GUTIÉRREZ GIL, es indudable que los miembros de la asociación terrorista también pueden realizar las actividades típicas del favorecimiento (conductas calificadas como actos de colaboración en actividades terroristas). Pero en tal caso, su realización por tales sujetos no hace más que aportar pruebas fehacientes de su pertenencia a la asociación, esto es: hacen patente su condición de miembros, desarrollando las conductas propias del miembro de la asociación ilícita. O, como dice MESTRE DELGADO, «los actos de tal carácter cometidos por los miembros de la organización no significan otra cosa que el desarrollo de una conducta incluida en el concepto de pertenencia a la organización delictiva»¹⁹³. En la misma idea insiste también CAMPO MORENO¹⁹⁴. La doctrina aporta ejemplos que permiten considerar lo indicado hasta el momento y, así, se señala que la «colaboración consistente en la ocultación o traslado de personas

¹⁹¹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 75

¹⁹² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ...*, Pág. 251

¹⁹³ MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 203

¹⁹⁴ «No puede ser sujeto activo del delito de colaboración con banda armada quien forma parte de la organización siguiendo sus directrices, ya que éste sirve, y no ayuda, a los objetivos y propósitos perseguidos (SAN 17 de mayo de 1985 Secc. 2ª) (...) cuando tales acciones son realizadas por los miembros de la banda, éstos hacen valer su condición de tales, desarrollando las conductas propias de su forma de participación en la asociación ilícita». Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...* Pág. 74

pertencientes a grupos terroristas o rebeldes llevada a cabo por un “intraeus” queda comprendida en su responsabilidad como miembro de la organización; mientras que la misma conducta realizada por un tercero constituiría un acto de colaboración»¹⁹⁵.

V.2. SUJETO PASIVO

Generalmente se considera que el sujeto pasivo en el tipo de colaboración con asociación terrorista es la sociedad. Sin embargo, parece que tal afirmación, por su generalidad, denota una pobreza de contenido importante por la indeterminación de la misma. Parece que la tal consideración es una huida de la responsabilidad que incumbe al intérprete, escudándose en figuras abstractas como lo es el de “sociedad”. Por esta razón se renuncia en este trabajo al examen de los autores que hacen tal cita genérica, en la medida en que se aporta absolutamente nada. Cabe, por el contrario, otra opción que se adecua mejor al estudio del fenómeno terrorista y que está más apegada a la realidad social española que la configuración de la dogmática penal: las víctimas *nominatim* del terrorismo. Porque, en efecto, el sujeto pasivo de los delitos de terrorismo, *in genere*, son las víctimas del terrorismo. Pero ¿quiénes son tales víctimas? El siguiente texto explica de forma completa y clara quiénes son las víctimas, los sujetos pasivos, de la acción terrorista y, por ende, también de las conductas de colaboración con la asociación terrorista:

«Son víctimas quienes lo padecen [el terrorismo] de manera directa, quienes pierden la vida, la integridad física o su entorno por culpa de los terroristas. Son víctimas los familiares, los amigos, los compañeros de quienes padecen un atentado terrorista y comparten el dolor y sufren la pérdida de seres queridos. Son víctimas los pueblos, las ciudades, las comunidades que ven alterada su convivencia por la acción de los terroristas. Y son víctimas también el conjunto de la sociedad que se ve amenazada por el riesgo de acciones terroristas o alterada por la realidad de las mismas»¹⁹⁶. Este es el sentido que ilustra el

¹⁹⁵ GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Págs. 29 y 30

¹⁹⁶ *Manifiesto de Madrid*, leído en el acto de clausura del I Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo organizado por la Fundación Víctimas del Terrorismo y la Universidad San Pablo CEU. Accesible en la página Web www.covite.org

contenido básico, de un folleto editado por COVITE que expresa de forma precisa y gráfica quién es el sujeto pasivo de los delitos de terrorismo y, por ende, del delito de colaboración con tales asociaciones terroristas.



V.3. CONDUCTA TÍPICA: CONCEPTO JURÍDICO-PENAL Y CONTENIDO DE INJUSTO.

V.3.A. Caracteres del tipo previsto en el artículo 576 CP

La doctrina está de acuerdo de forma mayoritaria sobre cuál es la principal característica que adorna el tipo penal de colaboración con organización terrorista: la indeterminación normativa. En efecto, como se ha podido comprobar en la parte introductoria de este trabajo, dedicada a realizar un recorrido por la génesis del tipo previsto por el artículo 576 CP, puede comprobarse como la redacción de los sucesivos preceptos dedicados a la punición del fenómeno de la colaboración ha sido siempre vaga, poco precisa y excesivamente abierta. A este respecto, incluso se llega a señalar por algún autor que el precepto en cuestión es un ejemplo de la falta de rigor técnico-jurídico¹⁹⁷.

¹⁹⁷ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 56, señala que dada la naturaleza volátil de la regulación antiterrorista, en relación con el tipo de colaboración «no son extraños los vaivenes en orden a sus notas configuradoras, constituyendo un mal ejemplo de lo que debe ser rigor técnico jurídico».

Dentro de la indeterminación que ha caracterizado al tipo de colaboración examinado, ocupa también un lugar preferente su indeterminada naturaleza o, por mejor, su poliédrica naturaleza. Como parte de la realidad que es, necesariamente posee una naturaleza concreta que, aunque compleja, dificulta reconocer los caracteres propios que se derivan de dicha naturaleza. La Jurisprudencia¹⁹⁸, en un esfuerzo por caracterizar este tipo, ha señalado una serie de características que pueden definir el contorno del tipo de colaboración:

a) Autónomo, en el que se castigan conductas de implican participación en actividades de organización terrorista sin venir subordinado a las exigencias del principio de accesoriedad.

b) Residual o subsidiario, por el que sólo se castigan los hechos si no constituyen una figura de mayor entidad. Subsidiariedad que deberá ponerse en relación con las dificultades que surgen en la tipificación de las conductas punibles y, en tal sentido, la justificación de la denostada por la doctrina “utilización procesal” que del mismo se hace.

c) De tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad o de política criminal, se sancionan con pena única. Carácter cuestionado en algunas resoluciones aisladas, como señala CAMPO MORENO, en tanto que algunas resoluciones judiciales lo consideran como delito permanente. Cuestión examinada más adelante.

d) De mera actividad, a través del cual y en razón de la prevalencia y garantía de la tutela más eficaz y completa que merece la defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de los seres humanos y la paz social –valores constitucionales de primer orden, según los Arts. 10,1º, 15 y 17 de la Carta Magna- el legislador se ve compelido a anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un

¹⁹⁸ STS 2/1997, de 29 de noviembre (Mesa Nacional de HB), Ponente: Sr. D. Roberto García-Calvo y Montiel. Citado expresamente por QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.), MORALES PRATS, FERMÍN (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 2107-2108

resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia de los resultados en el sentido naturalístico del término.

e) De peligro abstracto, que no lleva aparejado la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro al bien como elemento material integrante del tipo.

Procede, pues, realizar un somero examen de dichos caracteres que definen los perfiles del tipo de colaboración con organización terrorista. Si bien, se dedicará una mayor atención a su caracterización como delito de peligro, puesto que ya se ha señalado que el tipo previsto por el artículo 576 CP encierra en su dicción delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, debiendo examinar dichas categorías con mayor detenimiento y detalle; y ello con más razón por cuanto justifica el adelantamiento de la frontera de lo punible a hechos que no suponen lesión de bienes jurídicos primarios (vida, integridad física o moral...).

V.3.A. a) Colaboración con organización terrorista como delito autónomo o básico.

ROXIN¹⁹⁹ señala que por delito autónomo debe entenderse aquél que «contiene ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no son casos agravados o atenuados de ese otro delito, sino tipos autónomos con su propio tipo (clase de injusto)». Ejemplo paradigmático de tipo autónomo lo constituye el robo respecto del hurto: en efecto, el robo tiene los mismos elementos del hurto, y sin embargo, concurriendo las circunstancias previstas legalmente (fuerza en las cosas, violencia o intimidación) se transforma en otro tipo diferente del hurto, sin que sea una versión agravada del hurto.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997 (Reimpresión 2003), Págs. 340

Siguiendo la estructura señalada, parece difícil concretar cuál es el delito con el que dicho tipo comparte los mismos elementos. Es decir: del mismo modo que el referente para el robo es el hurto, constituyendo un *prius* lógico para determinar su carácter de tipo autónomo, ¿cuál es el referente del tipo de colaboración con organización terrorista? La jurisprudencia es unánime al afirmar que el referente de la colaboración con organización terrorista es la conducta propia de quien participa en las actividades de la organización sin que venga sometida dicha conducta al principio de accesoriedad.

El delito de robo, como ejemplo paradigmático, comparte con el delito de hurto los mismos elementos objetivos. Lo que justifica el hecho de que se examine el tipo de robo como tipo autónomo es la propia conducta típica, de carácter objetivo. Tanto la conducta típica del robo como la del hurto se hayan referidas al autor. Sin embargo, para señalar que el tipo de colaboración con organización terrorista es un tipo autónomo, debe hacerse referencia a la conducta propia del partícipe (no del autor), en conductas propiamente terroristas como la del que comete el tipo, por ejemplo, de un asesinato terrorista. La autonomía de los delitos de colaboración, por tanto, se predica de una forma diferente a la que habitualmente rige para supuestos autónomos más claros, esto es, cuando se diferencia (teniendo como referente un delito base o básico) entre derivaciones típicas del delito base (tipos agravados y tipos atenuados) y delitos autónomos²⁰⁰. De hecho, como señala también ROXIN, «el concepto de delito autónomo ha sido frecuentemente objeto de crítica (...) en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y tipos cualificados» De este modo, puede entenderse que el delito de colaboración con asociación terrorista es un tipo autónomo, pero no en el sentido que lo es el delito de robo en relación con el hurto; sino de un modo más complejo, que supone la excepción de las normas generales de participación en los delitos de participación y fundación de las asociaciones de tal tipo.

²⁰⁰ ROXIN, Claus *Derecho...*, Pág. 339

V.3.A. b) Colaboración con organización terrorista como delito residual o subsidiario.

El tipo examinado es definido como residual o subsidiario, en la medida en que su punición sólo procede cuando los hechos no constituyan una figura de mayor entidad punitiva. Esta conceptualización no es examinada con carácter general por la doctrina científica, pero que sí es reiteradamente señalado por la jurisprudencia, en la medida en que constituye un carácter íntimamente relacionado con la autonomía del delito examinado.

El carácter subsidiario del tipo de colaboración con organización terrorista, para algunos autores, se halla muy especialmente ligado a la consideración del tipo como actos preparatorios especialmente castigados. Esta conexión es puesta de relieve por LAMARCA PÉREZ²⁰¹, cuando, en el marco de la consideración del tipo como acto preparatorio, señala la “relación de subsidiariedad” que tienen los actos de colaboración con organización terrorista respecto de los concretos delitos terroristas. Es decir, se insiste una vez más, en la relación necesaria que debe existir entre la colaboración con la organización terrorista, en previsión de las concretas acciones que la misma desarrolla: asesinatos terroristas, secuestros terroristas, etc.

Ahora bien, como se pone de relieve en este trabajo, no siempre puede establecerse dicha relación subsidiaria, en la medida en que no siempre cabe afirmar que la conducta de colaboración sea un acto preparatorio. Más aún: no debe, por cuanto el tipo de colaboración con organización terrorista (entendido en abstracto) posee un contenido de injusto específico, que no es necesario poner necesariamente en relación con las concretas acciones de organización. Supuestos que no se identifican con actos preparatorios de clase alguna. Así, por ejemplo, la actividad consistente en el reclutamiento de individuos y la

²⁰¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento...*, Pág. 255, referido al antiguo artículo 9 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, sigue siendo interesante la consideración hecha al respecto : «Tal vez el problema más interesante que suscita la colaboración delictiva del Art. 9 tiene su origen en una consolidada interpretación jurisprudencial que quiere ver en las figuras de favorecimiento la tipificación de unos actos preparatorios que sólo resultan punibles cuando el delito principal no ha llegado a ejecutarse; cuando el hecho delictivo inicia la ejecución, su favorecimiento habrá de sancionarse conforme a las reglas sobre participación, ya sea como autoría por cooperación necesaria, ya sea como complicidad. Desde esta perspectiva, los actos de colaboración previstos en el Art. 9 se presentan como un favorecimiento genérico de los delitos que pueden llegar a cometer las organizaciones terroristas y rebeldes, hallándose en una relación de subsidiariedad respecto al tipo delictivo concreto ejecutado».

intervención en los procesos de radicalización de los mismos es una acción que, independientemente de la pertenencia o no del sujeto activo a la organización terrorista, constituye una actividad de colaboración auténtica. Ahora bien, resulta más bien difícil conectar causalmente dicha actividad con la perpetración de un asesinato terrorista, por ejemplo. Luego, en este caso, parece evidente que el tipo de colaboración examinado no tiene carácter residual sino principal. Por tanto, nos encontramos con que dentro del catálogo previsto en el apartado segundo del artículo 576 CP, existen conductas que pueden considerarse subsidiarias de otras (por ejemplo: la vigilancia de las rutinas horarias de alguien que, después, resulta asesinado); y otras que en absoluto pueden concebirse como tales: supuestos de colaboración que se encuentran conectados con las acciones propiamente terroristas (actos preparatorios) y otros supuestos que suponen un auxilio estructural a la organización sin dicha conexión (actos de colaboración auténtica). De donde se deduce que, en efecto, las conductas de colaboración pueden tener carácter subsidiario siempre que concurren tres requisitos esenciales: a) que la conducta sea susceptible de tal subsidiariedad; b) que exista una relación causal entre la conducta de colaboración y la principal, respecto de la cual, la primera es subsidiaria; y c) que tal consideración tenga una traducción adecuada en sede de participación o, lo que es lo mismo, que el colaborador sea un cómplice del delito en concreto: un supuesto de participación en el delito en concreto, que no integrará propiamente el delito de colaboración previsto en el artículo 576 CP.

La conducta típica que reúne tales requisitos, en realidad, no es una conducta propia del tipo previsto en el artículo 576 CP, sino que es la conducta propia de un cómplice en la comisión de un delito y, por tanto, supone la aplicación de las reglas generales de la accesoriedad en la participación. Mientras que las conductas propias del tipo previsto en el Art. 576 CP no son, en realidad, una excepción del principio de accesoriedad en la participación del delito terrorista en concreto, respecto del cual es un tipo básico cuyo sujeto activo natural es el autor, sin que tenga por qué hacerse referencia al concreto delito terrorista. En tal momento desaparece la generalidad de la conducta, exigida como requisito típico en la colaboración; transformándose en una conducta propia de cómplice que no está tipificada en el artículo 576.

Cuestión distinta será la consideración de la conducta de colaboración en relación con los artículos 515 2º y 516 CP, en los que se regula la participación y fundación de asociaciones terroristas. En relación con tales preceptos la colaboración genérica con la organización sí que reúne los caracteres propios de la complicidad y, por tanto, sí que supone una excepción de las normas de accesoriadad limitada, en relación con los mismos. Cuestión esta que se abordará más adelante.

El tipo señalado no tipifica “conductas propias del cómplice” en relación con los concretos delitos terroristas, especialmente tipificadas en los casos de terrorismo; sino que, por el contrario, configura un tipo específico que castiga a quienes no perteneciendo a banda armada organización o grupo terrorista, colaboran con ella sin que sea necesaria una relación causa- efecto de su colaboración respecto de los concretos actos terroristas (por eso es general); ni tampoco se requiere la existencia de un resultado concreto (razón por la cual es un delito de peligro abstracto), que no exige referencia alguna a otro delito. Ahora bien, distinta será su relación con el delito de participación y fundación de asociaciones terroristas, en cuyo caso sí que cabe afirmar dicha subsidiariedad y carácter excepcional.

V.3.A. c) Colaboración con organización terrorista como delito de tracto sucesivo y reiterado.

Ya se señalaba más arriba que, en relación con el delito de colaboración con organización terrorista, la doctrina y la jurisprudencia estaban de acuerdo en considerar a tal delito como de tracto sucesivo y reiterado. No obstante lo cual existen voces discordantes que, desde la jurisprudencia, consideran que el tipo que se examina no es de tracto sucesivo sino uno de tipo permanente. Al respecto, es manifiesta la indefinición existente a la hora de examinar el tipo de colaboración como delito de tracto sucesivo o permanente, pareciendo que se confunden ambos términos. En este sentido, siguiendo a LLORIA GARCÍA, debe considerarse que los delitos de tracto sucesivos son un género, dentro del cuál existen distintas especies. Así, delitos de tracto

sucesivos son «todos aquellos cuya ejecución se dilatan en el tiempo»²⁰² Y como especies del género “tracto sucesivo” deben señalarse los delitos permanentes, los continuados y los habituales. Señala en este sentido dicha autora que como delitos de tracto sucesivo deben conceptuarse todos aquellos cuya estructura ejecutiva sea «iterativa». Desde este punto de vista, y trayendo a colación lo ya señalado por CAMPO MORENO²⁰³ sobre la existencia de una cierta doctrina jurisprudencial contradictoria en relación con la calificación del tipo examinado como delito permanente o delito de tracto sucesivo, es evidente que la misma deviene estéril. A esta contradicción también se refiere PRATS CANUT²⁰⁴.

El delito permanente es, en todo caso, un delito de tracto sucesivo. Así, lo definitivo será examinar cada una de las conductas que constituyen la concreta colaboración con organización terrorista para determinar si, efectivamente, el delito puede conceptuarse como permanente o no, en función de la concurrencia de los requisitos exigidos por este tipo de delitos. Y ello porque, como queda dicho, todo acto de colaboración con organización terrorista es de tracto sucesivo, pero ello no implica necesariamente que reúna los requisitos del delito permanente. ROXIN²⁰⁵ señala que delitos permanentes son aquellos en los que el delito no está concluido por la simple realización del tipo, sino que dicho delito se extiende en el tiempo en tanto la voluntad de su autor hace subsistir el estado antijurídico que él ha creado. Por su parte,

²⁰² LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, 2006, Pág.45

²⁰³ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Págs. 55 y 56, señala que « El delito de colaboración con banda armada, en unas ocasiones se ha configurado por nuestros Tribunales como delito permanente en otras, como un delito de tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad, se castiga con pena única. La Sentencia de 10 de junio de 1991, de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional hablaba de la “holgura propia de la colaboración”, frente a los caracteres de permanencia, continuidad y sometimiento a los postulados de la organización que exige la integración. El propio TS en sentencia de 20 de enero de 1989 manifestaba, reiterando una doctrina expuesta en SS. de 20 de noviembre de 1984 y 13 de julio de 1987, tratarse, “de un tipo abierto, de mera conducta o actividad, porque no exige un resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia del resultado.”

Acabamos de indicar como, el delito que nos ocupa, se debate entre un delito permanente (sentencias, entre otras, de 20 de enero de 1986, o, 18 de marzo de 1991, de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, (...)) y, un delito de tracto sucesivo y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad, se castiga con pena única. »

²⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, sobre la polémica reseñada se indica que tal carácter es «(...)cuestionado en algunas resoluciones aisladas (...)».

²⁰⁵ ROXIN, Claus *Derecho...* Pág. 329, concretamente dice que «Delitos permanentes son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo».

LLORIA GARCÍA señala que por delito permanente se entiende aquel integrado por «comportamientos (activos u omisivos) que suponen la creación de un estado antijurídico (de lesión o de peligro) para el bien jurídico protegido que se puede mantener a lo largo de un periodo de tiempo más o menos dilatado por la voluntad del autor y que termina cuando se levanta dicho estado antijurídico».²⁰⁶

Parece lógico asumir que, en efecto, cualquiera de las conductas previstas en el Art. 576 CP son claramente de tracto sucesivo. Pero que alguna de ellas sea o no permanente es algo que escapa a la configuración abstracta del tipo, debiendo determinarse caso por caso. Una determinación que debe realizarse del modo indicado, en especial, dado su carácter abierto. A pesar de ello, basta un corto recorrido por las conductas catalogadas por el apartado segundo del tipo en cuestión para considerar si las mismas suponen la creación de un estado antijurídico como presupuesto de la continuidad delictiva:

1) En primer lugar, la información o vigilancia de individuos, bienes o instalaciones parece que, en principio, no se adecua bien a lo indicado en relación con el delito permanente. El sujeto, por ejemplo, apostada frente a una estación de metro que vigila los horarios del personal de seguridad, las cámaras de vigilancia y las rutinas de limpieza no genera, *per se*, un estado antijurídico. Cuestión distinta es que se considere como un solo acto de colaboración los sucesivos actos de vigilancia que se suceden en el tiempo que son necesarios para la obtención de la información que permitirá el auxilio de la asociación terrorista. No existen tanto delitos de colaboración como actos integran la conducta típicamente descrita, sino un solo delito de colaboración compuesto de una serie de actos sucesivos que conforman la unidad de colaboración.

2) La construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos merece un comentario semejante al anterior. La construcción de un lugar como el señalado en el tipo es, desde luego, una conducta de tracto sucesivo. Pero no parece que pueda deducirse el carácter

²⁰⁶ LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación...*, Pág. 39

de delito permanente porque, en realidad, la construcción de un “zulo” no supone la generación de un estado antijurídico. Piénsese en el caso de que dicha habitación, destinada en principio a depósito de armas, posteriormente se usara como leñera. De nuevo es la finalidad, el ánimo de colaboración con la banda armada, organización o grupo terrorista, la que determina la antijuridicidad de la conducta, sin que se genere una situación antijurídica.

3) La ocultación o traslado de sujetos vinculados a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, por el contrario, sí que podría adaptarse más a los requisitos previstos por los delitos permanentes. Y ello porque resulta enormemente similar al tipo que castiga el secuestro salvo por un detalle fundamental: quien es ocultado o trasladado lo hace voluntariamente y de común acuerdo con el sujeto activo de la conducta. Sin embargo, por lo demás, resulta una conducta prácticamente idéntica a la de quien oculta a otro individuo contra su voluntad.

4) Por último, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, merece el mismo comentario que se realizó en los tres primeros casos. El hecho de que la organización de un campo de entrenamiento para terroristas se componga de una multiplicidad de operaciones que se extienden en el tiempo no implica, necesariamente, la existencia de un estado antijurídico que permita identificar el presupuesto básico del delito permanente.

V.3.A. d) Colaboración con organización terrorista como delito de mera actividad.

La conceptualización que resulta, sin duda, más interesante del tipo examinado es la que, junto con la que reserva para el último lugar de examen, lo describe como tipo de mera actividad. ROXIN contrapone los delitos de mera actividad a los delitos de resultado, señalando que por tales debemos considerar a aquellos delitos «en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella». A efectos prácticos, la diferencia crucial que se establece entre tipos de

resultado y tipos de mera actividad es la relativa a la consumación del delito y, por tanto, a la tentativa. En los delitos de mera actividad la consumación se produce por la simple producción de la conducta descrita por parte del autor, sin necesidad de que exista resultado físico espacio-temporalmente separable del mismo. Consecuencia clara de dicha apreciación es la inexistencia de tentativa acabada en los tipos de mera actividad: delito consumado y en tentativa acabada coinciden, porque ambos consisten en la realización por parte del autor de la conducta descrita en el tipo. Esta cuestión de la tentativa será abordada con más detenimiento en otro lugar del presente trabajo.

Sin embargo, la consideración más interesante que debe examinarse como consecuencia de la configuración del tipo examinado como de mera actividad es la que MUÑOZ CONDE²⁰⁷ pone de relieve cuando se refiere al delito de mera actividad en el sentido de desconectar la actuación colaboradora de la utilidad de la misma para la organización; esto es, la consideración de que el tipo examinado es de mera actividad porque no se requiere el beneficio de la organización que resulta ayudada. Idéntica asociación es la trazada por parte de JIMÉNEZ DE PARGA²⁰⁸ en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136], sobre la Mesa Nacional de Herri Batasuna. En efecto, dicho magistrado incide en la consideración del tipo de colaboración como un tipo de mera actividad, en tanto que se desconecta el hecho de colaborar con el resultado de la colaboración para la organización. En el caso planteado por la Sentencia: el hecho de ceder los espacios televisivos electorales a ETA por parte de Herri Batasuna constituía una acción de colaboración con organización terrorista, independientemente de que dicha cesión reportara beneficios o no a la misma.

²⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho...*, Pág. 909 «(...) Se trata de un delito de mera actividad independientemente de que la organización se beneficie de la conducta de colaboradora, es decir, con independencia de que esta última haya sido o no efectivamente útil para la organización (...)».

²⁰⁸ «Con otras palabras: Aceptada por este Tribunal, en plena coherencia con su doctrina, la competencia de la Sala Segunda para entender consumado el delito de colaboración con banda armada -compete en exclusiva a los Tribunales ordinarios determinar si una figura delictiva admite o no formas imperfectas de ejecución (ATC 247/1993 [RTC 1993\247 AUTO]-, ¿cómo se puede decir que no estamos ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada? Se olvida así que el Tribunal Supremo, cuando entiende que estamos ante un delito de mera actividad, no hace sino sostener que el legislador, al instaurar el tipo, está castigando el mero hecho de colaborar con organizaciones terroristas con independencia del resultado de tal colaboración, y, por referirnos a este caso, con total independencia de que el mensaje que se trataba de difundir llegase a ser emitido o no (es inequívoco, al respecto, el fundamento 22 de la Sentencia del Supremo)».

Sin embargo, este carácter no está del todo bien definido, como lo pone de relieve el propio Tribunal Supremo en la Sentencia que fue recurrida al Tribunal Constitucional y que motivó la Sentencia antes citada. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo²⁰⁹ parece confundir, en cierta medida, el carácter de mera actividad con la naturaleza de los tipos de peligro abstracto cuando hace referencia a que los tipos de mera actividad suponen un instrumento al servicio del legislador para anticipar la barrera de protección penal. Se considera que existe confusión, no porque en efecto se pueda argumentar que los tipos de mera actividad sirvan para tal adelantamiento; sino porque lo fundamental de dichos tipos es la ausencia de resultado naturalístico, más allá del perfeccionamiento físico de la acción que dicho tipo describe. Ese es, desde el punto de vista que en el presente trabajo se sostiene, el elemento fundamental que caracteriza al delito de mera actividad.

V.3.A. e) Colaboración con organización terrorista como delito de peligro abstracto.

La relevancia que la configuración del delito como de peligro abstracto tiene es tan elevada que justifica dedicar a su estudio una atención mayor que la mostrada previamente. En la determinación de la naturaleza del delito de colaboración con asociación terrorista, tipificado en el artículo 576 del Código Penal se examina su configuración como delito de peligro abstracto. La clásica distinción entre delitos de resultado y de peligro se la debemos a BINDING, en la medida en que existen delitos que suponen la destrucción del bien jurídico protegido o aquellos no lo destruyen, pero sí hacen peligrar el bien jurídico en cuestión. Los primeros se refieren a los delitos de resultado; mientras que los segundos hacen lo propio con los de peligro²¹⁰. El análisis de los delitos de

²⁰⁹ « (...) d) De mera actividad, a través del cual y en razón de la prevalencia y de la garantía de la tutela más eficaz y completa que merece la defensa de bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social -valores constitucionales de primer orden, según los Arts. 10.1, 15 y 17 de la Carta Magna- el legislador se ve compelido a anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia de los resultados en el sentido naturalístico de este término».

²¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA señala al respecto la siguiente consideración, que por su brevedad y claridad reproducimos a continuación: «(...) La distinción [lesión y peligro] tiene su origen en BINDING: los delitos de lesión incorporan al tipo la destrucción del bien jurídico protegido; el tipo, en los segundos, requiere que el juez constate, caso a caso, que se produjo la probabilidad de dicha lesión (peligro).

peligro se puede hacer desde una doble perspectiva: en cuanto a la justificación de la técnica del peligro, en especial, de peligro abstracto, considerada como una cuestión de dogmática jurídico-penal; y en cuanto a la legitimidad del legislador para emplear dicha técnica en el ámbito penal, siendo, por tanto, una cuestión de política criminal

1) La justificación de la técnica de peligro abstracto: cuestión de dogmática jurídico-penal

Es común en la doctrina científica establecer la diferenciación entre delitos de peligro abstracto y concreto mediante la definición positiva del peligro concreto, de forma que el peligro abstracto quedaría definido de forma residual o negativa. Lógicamente, el principal elemento común a ambos tipos de peligro es precisamente el peligro. Las conductas de peligro (abstractas o concretas) son tales porque mediante un juicio de valor *ex ante* se determina que una conducta dada supone un riesgo para un determinado bien jurídico. Ambas conductas reciben, por tanto, un desvalor de acción: la acción humana en que se concreta la conducta supone un ataque *inicial* a un bien jurídico determinado²¹¹. De acuerdo con la estructura propuesta para el estudio del tipo previsto en el artículo 576 CP, el apartado segundo de dicho precepto contiene un tipo de peligro abstracto. En dicho apartado se sanciona a quienes realizan determinadas acciones (información o vigilancia de individuos, construcción de alojamientos o depósitos...) que, si bien no suponen una lesión de los bienes jurídicos protegidos (el orden democrático constitucional, la vida, la integridad física, etc.), sí que lo ponen en peligro en la medida en que son acciones logísticas en relación con la perpetración de los concretos delitos terroristas previstos en los artículos 571 a 574 CP. Mientras que el Inciso I del párrafo segundo de dicho apartado recoge un tipo agravado de la conducta antes descrita. Agravación que se produce, precisamente, por la mutación en la naturaleza del peligro que acecha al bien jurídico, pasando de ser un peligro

Ciertamente, las fronteras de la lesión y el peligro son elásticas, y caben combinaciones de una y otro en un mismo tipo; pero el criterio delimitador parece claro: la mayor o menor intensidad del ataque al bien jurídico. » En GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones...*, Pág. 182

²¹¹ Cfr. En MENDOZA BUERGO, Clara *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* Granada, 2001, Págs. 19-20

abstracto un peligro concreto. De ahí la mención expresa que hace el tipo a la puesta en peligro de los bienes jurídicos amenazados por la conducta de informar o vigilar a individuos que son potenciales objetivos terroristas.

Aunque resulte difícil de conceptualizar adecuadamente la categoría “bien jurídico”, parece pacífico para la mayoría de la doctrina que el la misma es el elemento central de la dogmática jurídico-penal, en tanto que es el único elemento que puede justificar la tipificación de una conducta como criminalmente reprobable. Un bien jurídico, por tanto, está en peligro cuando se encuentra en la órbita de conductas que, potencialmente, pueden llegar a lesionarlo. Y en esa órbita se constituyen de conductas de peligro. Ya decíamos más arriba que toda conducta peligrosa recibe un desvalor de acción, por cuanto potencialmente pueden infligir un daño al bien jurídico protegido. Pero, entonces: ¿cuál es la diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto? Según la doctrina mayoritaria, el elemento diferenciador esencial sería la exigencia de que, en el caso del peligro concreto, además del desvalor de acción concurra un efectivo desvalor de resultado: una puesta en peligro concreta, y no genérica. Esto es: ha de existir un contacto entre acción peligrosa y “un” concreto objeto de protección.

La principal dificultad para entender la distinción existente entre peligro concreto y peligro abstracto puede que derive de la traducción directa que se ha hecho del término alemán *abstrakte Gefährungsdelikte*, esto es, puesta en peligro abstracta²¹². No es objeto de este trabajo la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, pero sí que exige una determinada posición sobre tales conceptos y su contenido, para que pueda entenderse por qué se considera que el delito de colaboración con organización terrorista es un delito de peligro abstracto; y también cuándo

²¹² MENZOZA BUERGO lo explica así: «El término delitos de peligro abstracto constituye la adaptación castellana de la expresión comúnmente utilizada por la doctrina alemana *abstrakte Gefährungsdelikte* que, literalmente, hace referencia a delitos de puesta en peligro abstracta. La expresión “puesta en peligro” junto con el calificativa “abstracto” resulta contradictoria, puesto que como se ha destacado acertadamente, el peligro es siempre concreto; si hay puesta en peligro ésta no puede ser abstracta, pues tal expresión hace referencia a una situación o estado concreto en la que algo o alguien entra en el radio de eficacia de una fuente de peligro –que es calificable de peligroso-. Por tanto la puesta en peligro sólo puede ser concreta y requiere un objeto de la acción también concreto que es puesto en peligro». Resulta, por tanto, la expresión delitos de abstracta puesta en peligro absolutamente impropia». En MENDOZA BUERGO, Clara, *Límites.....*, Págs. 33-34

dentro de este tipo puede hablarse de peligro concreto. En este sentido, se acude al sentido propio de la palabra abstracto para determinar cuándo un peligro puede ser conceptuado como tal. Así, ZAINQUI señala que el adjetivo “abstracto” denota alguna cualidad que excluye la existencia de un sujeto o realidad concreta; aplicándose a cosas irreales o no materiales, que sólo se captan por medio de la mente²¹³. En tal sentido, puede decirse que son espirituales, por contraposición a materiales.

Un peligro es abstracto cuando se puede percibir tal condición de una conducta simplemente con la mente, sin que exista referencia necesaria a un sujeto o una realidad material concreta. Por el contrario, existe peligro concreto cuando la conducta peligrosa afecta de forma material a un ser humano o una realidad material concreta. Es una conducta peligrosa en abstracto, por ejemplo, la simple idea de conducir un vehículo a 250 kilómetro por hora por una carretera convencional. Es indiferente que el sujeto que conduce sea un experto piloto o que la carretera por la que circula no esté siquiera abierta al tráfico: el sentido común indica que una conducta tal es peligrosa porque un imprevisto no controlado por el sujeto puede suponer un accidente que acabe con la vida del conductor y, por qué no, de otros individuos: su acompañante, etc. Por no hablar de los daños que puede ocasionar un accidente de tal carácter.

Peligro concreto supone un paso adelante en la materialización del peligro abstracto mediante la concreción del valor que protege el peligro abstracto. Ya no es el peligro genérico de conducir a una gran velocidad: es el efecto que tiene esa conducción para concretos individuos que ven amenazadas con la conducta peligrosa “sus” bienes jurídicos, y no “los” bienes jurídicos. Se trata, por tanto, de una materialización del peligro, un “poner-la-cara-a” un bien jurídico determinado.

Señalado lo anterior, procede preguntarse por la razón que justifica el castigo de los delitos de peligro, en especial de los de peligro abstracto. La doctrina se escinde básicamente en dos teorías que examinan dicho

²¹³ Cfr. ZAINQUI, José María, *Diccionario razonado de sinónimos y antónimos*, Barcelona, 1977, Pág. 14

fundamento punitiva²¹⁴: la teoría de la presunción del peligro y la teoría de la peligrosidad general o peligrosidad como motivo del legislador. Ambas teorías comparten un elemento común y su conclusión:

a) Un elemento común, puesto de manifiesto por MENDOZA BUERGO, en la medida en que en tales delitos «ni el peligro como situación o resultado, ni la peligrosidad de la acción concreta, constituyen un elemento del tipo que deba ser comprobado por el juez y que, por tanto, en ellos basta que la conducta realizada coincida con la descrita en el tipo».

b) En cuanto a la conclusión a las que ambas teorías llegan, tampoco parecen diferir mucho una de otra: en ambas teorías se parte de una justificación o fundamento de la punición del comportamiento basado en una consideración general y no particular del hecho que finalmente se imputa al autor; si bien, en la teoría de la presunción se realiza a través de una presunción de carácter general, establecida por el legislador, de que el comportamiento típico implica, en todo caso, un peligro; mientras que en la teoría de la peligrosidad general, tal juicio se alcanza a través de la idea de que toda conducta perteneciente a una “clase” de comportamiento que, generalmente, implica un peligro, ha de ser también reputada peligrosa.

A pesar de tales elementos comunes, no existe identidad absoluta entre ambas teorías, por lo que resulta interesante el análisis diferenciado de ambas, procurando considerar las implicaciones que en la punición de las conductas de colaboración pueden suponer:

1.- Teoría del peligro abstracto o de la relevancia lesiva abstracta: presunción de peligro

Según MENDOZA BUERGO, esta Teoría estaba muy extendida en el pasado, pero es minoritaria en la actualidad²¹⁵. De acuerdo con esta teoría «en

²¹⁴ MENDOZA BUERGO, Clara, *Límites...*, Págs. 67 y SS.

²¹⁵ Así la han sostenido, según la autora que últimamente se ha citado, en Alemania: BAUMANN y WEBER, MAURACH y ZIPF. En la actualidad, es en parte sostenida en versiones que combinan ambas teorías, como OSTENDORF, KAUFMANN, SCHROEDER, WESSELS. Mientras que en España se han pronunciado favorablemente: Rodríguez MOURULLO, BERISTAIN, QUINTANO, CÓRDOBA y

los delitos de peligro abstracto se lleva a cabo una presunción por parte del legislador que, según la mayor parte de sus sustentadores, va referida a la producción de un peligro a través de la realización de la acción típica o, según otros, solamente a la peligrosidad de de la propia acción típica». Una presunción que, en la versión más tradicional de la misma era *iuris et de iure*, en el sentido de «presunción legal de que la realización de ciertas acciones supone indefectiblemente la producción de un peligro». Pero que se ve suavizada en versiones posteriores, adquiriendo la naturaleza de presunción *iuris tantum*, esto es, rebatible en el seno del proceso penal. La necesidad que viene a satisfacer esta teoría parece evidente, desde el punto de vista procesal, y así es señalado por MENDOZA BUERGO cuando entiende que «ante las dificultades de prueba que surgen en los procesos implicados se recurre a la presunción de que siempre que se dan unas condiciones mínimas descritas en el tipo correspondiente, se considera producido el peligro».

En lo que al tipo examinado se refiere, y según esta teoría, el legislador presume (*iuris tantum o iuris et de iure*) de la realización de las conductas previstas en el tipo del artículo 576 CP suponen un peligro para el bien jurídico protegido. Debe recordarse, en este momento y de forma sintética, las conductas que, en todo caso, son conductas de colaboración según el artículo 576 CP:

- Información o vigilancia de seres humanos, bienes o instalaciones.
- Construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos.
- Ocultación o traslado de sujetos vinculados a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
- Organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas.

RODRÍGUEZ RAMOS. Más recientemente se pronuncias a favor QUINTERO, MORALES y PRATS, aunque consideran que la presunción debe entenderse *iuris tantum*, rebatible, por tanto, en el proceso. También se manifiesta favorable MÉNDEZ RODRÍGUEZ.

- En general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género.

Si se observa con detenimiento, resulta difícil que desde una perspectiva exclusivamente objetiva (conducta típica) pueda sostenerse que tales conductas pueden merecer una presunción *iuris tantum* (cuanto menos una presunción *iuris et de iure*) de peligro. Parece complejo poder considerar razonable que pueda establecerse una presunción de tal cariz si se atiende únicamente y exclusivamente a la conducta en cuestión. Cosa que, por el contrario, no sucede en otros tipos de peligro abstracto puro como por ejemplo, la tenencia ilícita de armas. En efecto, en este último caso, es razonable el establecimiento de dicha presunción, en la medida en que objetivamente la probabilidad de que un sujeto que porta armas sin su debida licencia administrativa sea un peligro potencial para la comunidad que la rodea. Pero no parece que pueda presumirse dicho peligro, desde una perspectiva objetiva, en relación con sujetos que, por ejemplo, se dediquen a observar los movimientos de los agentes de seguridad en una estación de ferrocarril, que lo pueden hacer por simple aburrimiento o para aportar información a una asociación terrorista.

De lo anterior resulta que la conceptualización del peligro abstracto como presunción de peligro no se adecua al carácter abstracto de las conductas castigadas por el delito de colaboración con organización terrorista. Y ello porque resulta determinante acudir a la parte subjetiva del tipo para considerar que determinada conducta es propia del autor del delito previsto en el artículo 576 CP.

2.- Teoría del peligro general o de la relevancia lesiva general: peligrosidad como motivo del legislador.

En la doctrina alemana, esta teoría es mayoritaria, seguida por ROXIN²¹⁶ y JAKOBS²¹⁷, entre otros. Si bien, debe matizarse que «muchos de los que se

²¹⁶ Así, ROXIN dice refiriéndose a tales delitos de peligro abstracto que «(...) la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo», en ROXIN, *Claus Derecho...*, Pág. 407.

decantan por esta explicación del fundamento de estos delitos, toman la idea central de la probabilidad de la lesión o de la puesta en peligro del objeto de protección como motivo para la prohibición del correspondiente comportamiento en la ley, como punto de partida de una argumentación que ha de precisarse más, especialmente en lo que hace referencia a al fundamentación del injusto individual de estos delitos»²¹⁸.

En España también es mayoritaria dicha postura en la doctrina; así: CERESO, MIR, LUZÓN, COBO-VIVES, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, BACIGALUPO, OCTAVIO/HUERTA, GÓMEZ BENÍTEZ, RODRÍGUEZ DEVESA, entre otros. Si bien, como deja constancia la autora antes citada, resulta patente la existencia de una fuerte influencia de la teoría de la presunción en nuestra doctrina, que lleva a los autores a reconocer que tal peligro general supone una presunción de peligrosidad por parte del legislador, de modo que se traslada el sujeto encargado de considerar la presunción de peligro: del juez al legislador. En este sentido, pueden considerarse las opiniones de MIR, RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, DOVAL PAÍS, CUELLO CONTRERAS, MATA y MARÍN²¹⁹.

Según esta teoría los delitos de peligro abstracto surgen como consecuencia de la tipificación de conductas que el legislador considera que, de modo general o típico, conllevan el menoscabo de un bien jurídico, por lo que merecen una reproche penal. Dado que el legislador parte de la peligrosidad típica de determinadas conductas, es factible que para algunos autores, sea el legislador el que presuma determinados comportamientos como peligrosos *per se* en atención a la probabilidad con que tales conductas implican una lesión para bienes jurídicos. Y derivado de dicha consideración se formulan preceptos que sólo describen el comportamiento desvalorado, sin incluir en ellos la característica del peligro como resultado.

En este sentido, las conductas descritas por el tipo previsto en el artículo 576 CP son sancionados porque son comportamientos que de modo general

²¹⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, Madrid, 1995, Págs. 212-214

²¹⁸ MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Pág. 78

²¹⁹ MENDOZA BUERGO, *Límites...*, Pág. 79

conducen al menoscabo del bien jurídico protegido. Peligrosidad esta que es tenida en cuenta por el legislador en una representación lineal de la actuación típica, de forma que pretende reducir la posibilidad de lesión, atajando las conductas en sus estadios más iniciales, de forma que pueda evitarse el resultado de lesión. Se adelantan, así, las barreras de protección penal a aquellas conductas desarrolladas no ya por los propios integrantes de la organización terrorista, sino incluso por sujetos ajenos a la misma; pero que observan conductas conducentes a la lesión de los bienes jurídicos personales que se encuentran, en todo caso, detrás de los concretos delitos terroristas tipificados en los artículos 571 a 574 CP.

Así, pues, según esta teoría, la referida peligrosidad general es la *ratio legis* del legislador para tipificar conductas que, de forma estadísticamente general, producen un resultado lesivo. La consecuencia es clara: la conducta típica no está prohibida por el daño o efectivo peligro de dañar que tenga la misma; sino que la razón de su prohibición es que pertenece a una clase de comportamiento que generalmente, es decir, con una frecuencia relevante, conlleva determinadas consecuencias indeseables. Y la principal consecuencia de esta tipificación, atendiendo a la peligrosidad genérica que tienen las conductas descritas en el tipo del artículo 576 CP se concreta en que se priva al juez no sólo de la tarea de la comprobación del peligro, sino también de la de constatar la mera peligrosidad de la conducta en particular que el sujeto activo haya llevado a cabo. Y ello porque lo decisivo es la **experiencia estadística** de que determinadas acciones generalmente acarrearán determinados resultados. En el caso concreto que se examina, sería tanto como señalar que la realización de las conductas de colaboración por parte de sujetos ajenos a la organización suponen un aportación a la actividad terroristas que, estadísticamente, favorece la comisión por parte de los integrantes de la organización, de los delitos que le son propios a éstos: los tipos previstos en los artículos 571 a 574 CP, en cuanto a delitos concretos; y en los tipos previstos en los artículos 515 2º y 516 CP, en relación con la aportación realizada a la simple existencia de asociaciones terroristas.

La misión de determinar ese silogismo estadístico no corresponde al juez sino al legislador. De esta forma, el injusto del hecho ha sido ya determinado por el legislador, no quedando al juez otra misión que la determinación de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que conforman el tipo, prescindiendo de la lesión del bien jurídico en el contenido de injusto. Así se explica que puedan sancionarse penalmente acciones cuyo contenido de injusto es nulo desde una perspectiva únicamente objetiva (vigilar a un individuo en la calle o por la ventana, por ejemplo), porque dicho injusto ya ha sido determinado genéricamente por el legislador, atendiendo a las reglas de experiencia auxiliadas por las de la estadística y, sobre todo, porque contempla la conducta en su conjunto, considerando también la parte subjetiva del tipo.

MENDOZA BUERGO considera que el núcleo duro de la crítica a los delitos de peligro abstracto y, por ende, el hilo conductor de la explicación de tales delitos se centra en su justificación. ¿Puede castigarse penalmente a un sujeto por la comisión de una acción típica pero que era, tanto *ex ante* como *ex post*, absolutamente inofensiva? Porque si la respuesta es positiva, en tal caso, ¿no sería ello afirmar con rotundidad que lo que se sanciona no es la comisión de un hecho lesivo, sino la simple vulneración de una norma del ordenamiento jurídico? Lo cual sería tanto como afirmar que, en términos de teoría jurídica avalada por JAKOBS, lo que protege la norma penal con la amenaza de la pena es su propia vigencia: el contenido material de la norma penal pasaría, en su caso, a un segundo plano. Así, pues, las opciones que se plantean son básicamente dos:

- a) Una opción por la inclusión de delitos puramente formales dentro del ámbito penal, sin referencia a un daño efectivo para el bien jurídico protegido o, lo que es lo mismo, la asunción de tipos carentes de contenido de injusto material.
- b) O bien, una opción que rechaza la anterior, considerando que en el ámbito penal, únicamente son admisibles los tipos penales con un contenido de injusto material y real que supongan lesión o amenaza concreta para el bien jurídico protegido. Al respecto, se remite al amplio estudio de MENDOZA BUERGO sobre las distintas posturas relativas a los delitos de peligro abstracto y la

opción doctrinal mayoritaria²²⁰, que no se abordan en este lugar, en profundidad, por no constituir propiamente objeto de estudio.

Teniendo en cuenta que, desde la perspectiva planteada en este estudio, el bien jurídico protegido se configura como la clave interpretativa del Derecho Penal en su conjunto, resulta coherente abordar la cuestión desde la teoría que reconoce en las normas penales una antijuridicidad material que confiere a las mismos su legitimidad. Situados, pues, en dicha postura, cabe señalar que las objeciones planteadas a los tipos de peligro abstracto en cuanto a su legitimidad son, en esencia, las siguientes:

1) La **violación del principio de culpabilidad** que implica el empleo de la técnica del peligro abstracto. Y es que, en efecto, en palabras de MENDOZA BUERGO «La imputación subjetiva de un hecho cuya peligrosidad no se constata en el caso concreto, sino que se da por supuesta a través de una presunción o de la existencia de una regla de experiencia, viola el principio de culpabilidad entendido en el sentido de que sólo puede hacerse responsable al autor de un injusto realizado de manera culpable»²²¹.

2) La **falta de lesividad real** de las conductas tipificadas como de peligro abstracto, negando un contenido material de antijuridicidad a tales tipos. Cuestión esta que ha sido estudiada con especial énfasis por la doctrina italiana y que, en los últimos tiempos, aboga de forma amplia en la misma por «un análisis diferenciado de los distintos sectores donde se utiliza este modelo de técnica legislativa para buscar en cada caso los argumentos favorables o no a su utilización»²²². Los distintos grupos de teorías que han intentado buscar la justificación de los delitos de peligro abstracto en el desvalor de acción (hoy

²²⁰ Cfr. MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Págs. 89-338. La autora realiza una compleja y completa clasificación de los modelos dogmáticos de interpretación de los delitos de peligro abstracto en la doctrina científica. Dicha clasificación la realiza en torno a tres posiciones:

1. Los delitos de peligro abstracto como delitos de lesión específica.
2. Los delitos abstractos como delitos con desvalor de resultado
3. Los delitos de peligro abstracto como delitos basados en el desvalor de acción.

A ella nos remitimos para profundizar más sobre las concretas posturas doctrinales referentes a los delitos de peligro abstracto, que se apartan del contenido del presente trabajo.

²²¹ MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Pág. 88

²²² MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Pág. 88

mayoritarios en la doctrina), pueden dividirse en los siguientes, de acuerdo con MENDOZA BUERGO²²³:

a) Por un lado, aquellos que pretenden proceder a una caracterización unitaria de los delitos de peligro abstracto.

b) Y por otro, las posturas pluralistas, hoy mayoritarias, que insisten en la necesidad de hacer un estudio diferenciado de las distintas tipologías de delitos de peligro abstracto (así delitos de peligro abstracto «puros», «acciones en masa», delitos de aptitud, tipos de «acumulación») y en función del ámbito de regulación, esto es, atendiendo a los respectivos bienes jurídicos protegidos y la clase de actividad regulada en cada caso».

Considerando la postura de la autora antes citada como la mayoritariamente compartida por la doctrina, resultan de especial interés «aquellas posiciones que, partiendo de postulados en parte diversos y en parte comunes entre ellas, se caracterizan por una orientación a la búsqueda de soluciones que eviten, en la mayor medida posible, la punición de comportamientos sin un contenido de lesividad objetivo para bienes jurídicos que sean claramente merecedores de protección penal»²²⁴. Posturas que comparten un mismo punto de partida y que, desde los postulados de un Derecho Penal garantista, resulta decisivo: la protección de bienes jurídicos frente a comportamientos que realmente puedan implicar un peligro real para el objeto tutelado. Así, pues, la tipificación de conductas sólo podrá hacerse respecto de aquellas que, de hecho, suponga un peligro objetivo manifiesto para el bien jurídico protegido por dicho tipo. Se trata, como se ve, de una opción que apuesta claramente por la materialidad del peligro en relación con el objeto de protección típico. Opción que sirve además para limitar el ámbito de responsabilidad penal de forma que no pueda ser sancionado el autor de una conducta típica que, sólo desde una interpretación formalista del tipo penal concreto, pudiera considerarse lesiva del bien jurídico protegido.

²²³ Cfr. MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Págs. 89-91

²²⁴ MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Pág. 336

Debe señalarse que MENDOZA BUERGO se posiciona, como casi toda la doctrina actual, en la justificación y legitimación de los delitos de peligro abstracto en la medida en que se toma como referente esencial de los mismos el contenido típico de los delitos imprudentes: la infracción del deber de cuidado. Pero sucede que dicha explicación choca frontalmente con el delito de colaboración con banda armada, toda vez que no cabe afirmar la existencia de una infracción del deber de cuidado en quien, por ejemplo, sigue a un individuo que ostenta un cargo político para realizar un dossier sobre su vida y después entregarlo a una organización terrorista. Tal afirmación es, evidentemente, insostenible. Y de ello se deriva, de forma necesaria, la construcción del contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto de forma separada. En tal sentido, no tiene el mismo contenido de antijuridicidad un delito contra la seguridad del tráfico (la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, por ejemplo) y los supuestos descritos en el artículo 576 CP: las justificaciones deben ser diferentes porque en el primer caso sí existe una infracción del deber de cuidado (imprudencia), que no cabe afirmar respecto de las segundas.

En este sentido, parece evidente que la justificación de la naturaleza abstracta del tipo previsto en el artículo 576 CP se adecua sin dificultad al esquema descrito por la mayoría de la doctrina actual, esto es, al la peligrosidad general como razón de legislador sin que quepa una ulterior determinación del peligro concreto por parte del juzgador. Cuestión distinta será la legitimidad de la técnica del peligro como instrumento al servicio del legislador penal. Si en la parte previa, se hablaba de la justificación de la técnica del peligro abstracto, como cuestión dogmática; corresponde ahora examinar la legitimidad de su recurso por parte del legislador, en cuanto que cuestión de política criminal.

2) La legitimidad del empleo de la técnica del peligro abstracto por el legislador: cuestión de política criminal.

El principal problema de los delitos de peligro abstracto, en relación con los delitos de peligro concreto y, sobre todo, con los delitos de lesión. En éstos últimos, cuando la conducta peligrosa que implica un delito de lesión o peligro

concreto, castigada genéricamente, se individualiza (A mata a B), la acción concreta en que se individualiza el tipo penal colma las exigencias de la antijuridicidad material: se ha producido la muerte de un ser humano. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, la conducta genéricamente peligrosa no tiene por qué producir, cuando se individualiza, un daño o peligro concreto al bien jurídico protegido por la norma. De ahí que se considere el peligro como abstracto; y de ahí también la polémica planteada en torno a este tipo de delitos en tanto que, si no existe un peligro real en el caso concreto enjuiciado, se trataría de meras desobediencias, castigadas por el simple hecho de concurrir una conducta típica determinada. Se trataría, en definitiva, de un mero delito formal. En este sentido en el que hay que entender la afirmación de MENZOZA BUERGO cuando señala que «son imaginables supuestos en los que la acción formalmente típica, sin embargo, no sea una acción individualmente peligrosa, aunque pertenezca a una clase de acciones que, según una máxima de experiencia, son peligrosas en el sentido de que frecuentemente van seguidas de lesiones a bienes jurídicos protegidos»²²⁵.

Sin embargo, cuando se examina desde esta perspectiva los delitos de peligro abstracto, parece obligado realizar un examen crítico *ad casum*. Como se verá después, la consideración del delito de colaboración con organización terrorista como de peligro abstracto dista mucho, desde un punto de vista dogmático, de otros tipos de peligro abstracto como pudiera ser, por ejemplo, la conducción temeraria prevista en el segundo párrafo del artículo 381 del Código Penal. Por esta razón, se considera útil la referencia al estudio de las asociaciones ilícitas que desarrolló GARCÍA-PABLOS DE MOLINA en el ya lejano año 1977, pero que ilustra la problemática del delito de colaboración con organización terrorista²²⁶. En efecto, cuando se examina dicho tipo, en cuanto que delito de peligro abstracto, se hace partiendo de una consideración previa: lo decisivo, lo que realmente explica este examen, es que dicho delito obedece a una técnica de anticipación que resulta útil para el castigo de las conductas relacionadas con el terrorismo. Y es, precisamente, esa utilidad la que se considera como elemento legitimador desde un punto de vista político-criminal. Lógicamente, no es posible que la simple utilidad sea suficiente para

²²⁵ MENDOZA BUERGO, Clara *Límites...*, Pág. 79

²²⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones...*, Pág. 165

determinar la idoneidad de una técnica legislativa, sino que la misma debe examinarse a la luz de los principios que ilustran el Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho²²⁷.

El delito de colaboración con organización terrorista tiene un carácter pluriofensivo, en la medida en que el sujeto activo que lo comete desarrolla una conducta que afecta a bienes jurídicos diverso. Si bien la pluralidad de bienes jurídicos puede sistematizarse en dos géneros distintos: de un lado, el bien jurídico protegido y que señalábamos como superior en el apartado correspondiente: el orden democrático constitucional. Y de otro lado, los concretos bienes jurídicos que se ponen en peligro con las conductas ejecutivas de los concretos delitos terroristas que se ven auxiliadas por las conductas de estos colaboradores: la vida, la libertad, la seguridad... Es en esta consideración bifronte del delito de colaboración con organización terrorista, desde la perspectiva del bien jurídico, donde cobra relieve la consideración del tipo como un delito de lesión o un delito de puesta en peligro. Y ello porque si existen bienes jurídicos diversos, cabe la posibilidad de que la afección de los mismos sea distinta en función de cuál sea el bien jurídico que se considere. Y así, no parece aventurado considerar que las conductas de colaboración con organización terroristas, por un lado, son auténticos delitos de lesión en relación con el bien jurídico "orden democrático constitucional"; mientras que son delitos de peligro abstracto en relación con los bienes jurídicos que potencialmente se verían afectados como consecuencia de una hipotética utilidad de los recursos que ponen a disposición tales colaboradores a los integrantes de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas respecto de los delitos que estos puedan cometer, afectando bienes jurídicos fundamentales. Esta consideración conduce a dos conclusiones, en lo que a legitimidad de los tipos se refiere, desde la perspectiva del legislador:

En primer lugar, el hecho de que la conducta típica castigada por el tipo del Art. 576 CP sea un delito de lesión del bien jurídico protegido "orden democrático constitucional" supone un apoyo material considerable a la postura adoptada por el legislador de 1995, que no es otra que la manifestada desde

²²⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones...*, Pág. 165

hace más de treinta años por el legislador: castigar las conductas de aquellos ciudadanos que, apartándose de las vías legítimas, deciden acudir a conductas aparentemente inofensivas que, puestas en relación con las organizaciones a quienes se auxilia con pleno conocimiento, cobra un contenido antijurídico que justifica su punición.

Por otro lado, la consideración del tipo estudiado como de peligro abstracto en relación con los bienes jurídicos que, potencialmente, se verían afectados por las conductas llevadas a cabo por los “auxiliados”. Desde esta perspectiva, la legitimidad procedería de la perentoria necesidad de aislar preventivamente cualquier comportamiento que pueda suponer el más mínimo auxilio material de las conductas terroristas, adelantando las barreras de protección a conductas aparentemente inofensivas pero que la experiencia se ha ocupado de poner de manifiesto como esenciales para el éxito de las estrategias criminógenas de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Dicho adelantamiento encuentra además su adecuada justificación (aunque parezca paradójico) en el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, pues ¿acaso puede prevenirse la conducta observada por los colaboradores mediante su configuración como ilícito civil o administrativo? Parece que la restricción de la libertad que supone la configuración de tales conductas como ilícito demanda necesariamente la cobertura de una norma de naturaleza penal precisamente para salvaguardar la libertad de aquellos individuos que pudieran verse incurso en procedimientos judiciales en tal materia. Salvaguarda que, como se sabe, sólo es posible de forma plena con el concurso de las garantías previstas en el proceso penal.

V.3.B. Colaboración con organización terrorista: propuesta de simplificación.

Sucede con el delito de colaboración lo que con muchas otras instituciones jurídicas: la multiplicidad de conceptos que habitualmente se utilizan para referirse a una misma realidad hace que, en ocasiones, se oscurezca la realidad que se pretende describir. Oscurecimiento que debe admitirse en cierto sentido, puesto que el ser humano no puede aprehender toda la “realidad” en un solo momento y por un solo sujeto. Ahora bien, dicha

indeterminación debe reducirse al mínimo imprescindible cuando se trata de conceptos jurídico-penales por mor del principio de taxatividad. La correcta identificación del fenómeno que se pretende definir (hasta lo que humanamente es posible) es un *prius* hermenéutico fundamental porque se pretende castigar la realización (la puesta en realidad) de dicho concepto.

En el caso del artículo 576 del Código Penal, si se pretende enunciar el delito que contiene dicho tipo de una forma estrictamente positiva, podría ser enunciado como *colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista*. Sin embargo, formulaciones tan complejas, habitualmente suelen ser poco útiles a efectos de una correcta definición. Podemos señalar dos inconvenientes que acarrea la mencionada enunciación:

1. De un lado, la mención de la colaboración bien con actividades bien con las finalidades parece irreal. No deja de ser sorprendente que pueda existir una actividad de colaboración que lo sea únicamente con la actividad sin que, al mismo tiempo, se colabore con la finalidad; y, viceversa, cómo puede colaborar con las finalidades, sin que la actividad concreta que se realiza no sea una colaboración con la actividad. A fin de cuentas ¿qué se entiende por actividad y cuáles son sus límites? Y ¿qué es finalidad? Ello no obstante, es claro que con la fórmula empleada, el legislador pretende referirse a una cuestión más compleja y que será analizada debidamente en otro lugar más oportuno: el elemento subjetivo del tipo de los delitos de colaboración.

2. En segundo lugar, la prolija enumeración de entes receptores de la colaboración: bandas armadas, organizaciones (terroristas) y grupos terroristas ¿Este grupo de sustantivos hacen referencia a una misma realidad, o se están refiriendo a entes distintos entre sí? La cuestión puede no resultar baladí, porque puede imaginarse sin mucho esfuerzo una banda armada que altere la paz pública pero cuyos objetivos no sean los puramente políticos; es decir: bandas armadas no terroristas. Una realidad cada vez más conocida desgraciadamente en

España la constituyen los grupos armados de ex-militares procedentes del Este europeo (habitualmente de la extinta Yugoslavia o Albania) que se dedican a perpetrar delitos contra la propiedad mediante técnicas cuasi-militares caracterizadas por la profesionalidad y la brutalidad. ¿Podría plantearse la aplicación al colaborador de estos grupos del tipo previsto en el artículo 576? Parece que no si se parte de la concepción de terrorismo que se esbozó al comienzo de este trabajo y que pretende limitar el uso de dicha palabra para los supuestos de violencia política.

Se concluye, por tanto, la necesidad de denominar el tipo examinado en este trabajo de una forma sintética que exprese, en la medida de lo posible, la esencia de la realidad que se pretende castigar sin introducir elementos que distorsionen la misma. Por esta razón, se considera que la mejor denominación que puede recibir el tipo examinado es el de “delito de colaboración con asociación terrorista”. Dicha denominación se explica del siguiente modo:

a) Delito, porque estamos dentro de la parte dedicada por el Código Penal a la punición de tales ilícitos penales, y no de las faltas.

b) De colaboración, porque dicho concepto es la entraña de la realidad que se pretende evitar mediante su punición.

c) Y asociación terrorista, porque supone una referencia obligada por el término “colaboración”: ¿con quién se colabora? Indudablemente, con una asociación terrorista porque el ente con el que se colabora es una pluralidad de sujetos que constituyen un entramado orgánico al que se refiere el artículo 515 2º CP: bandas, organizaciones o grupos terroristas. Puesto que el artículo 515 CP castiga, *in genere*, las asociaciones ilícitas, resulta evidente que la relación que existe entre los tres conceptos apuntados y el de asociación ilícita es el de especie a género. Es decir, las bandas, organizaciones o grupos terroristas son especies de un mismo género, cual es la asociación ilícita. De ahí que pueda considerarse que las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas son asociaciones ilícitas terroristas. Pero en la medida en que no pueden existir asociaciones terroristas que sean lícitas, para evitar el pleonismo que conlleva la primera definición debe restringirse al concepto más acabado de asociación terrorista. Cuestión nada novedosa, en especial si se tiene en cuenta el Código Penal alemán sigue esta misma sistemática: el § 129 castiga la formación de

asociaciones criminales (*Bildung krimineller Vereinigungen*), constituyendo una subespecie de las mismas la formación de asociaciones ilícitas terroristas en el § 129^a (*Bildung terroristischer Vereinigungen*). Así, pues, para el legislador alemán lo decisivo para la punición del delito de terrorismo y sus múltiples formas de auxilio se construye en torno a la mención de las asociaciones terroristas como especie de las asociaciones criminales (ilícitas, por tanto).

Esta apuesta por la denominación “delitos de colaboración con asociación terrorista” concuerda con el resultado de la investigación realizada sobre los textos normativos históricos antes examinados y que ya decíamos constituye la “genealogía” del actual tipo penal previsto en el artículo 576 CP. Sucintamente, puede hacerse un recorrido por las principales normas examinadas que contribuyen a la modelación de la realidad que se pretende describir.

a) Así, en primer lugar, el Código de Justicia Militar, modificado por la Ley 42/1971, de 15 de noviembre, en su artículos 294 bis a) hacía referencia a «organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional»

b) Por su parte, el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, en su Artículo cuarto habla de «grupos u organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas, y aquéllos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social».

c) El Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana en su artículo 3.1 se refiere a « grupos o bandas organizados y armados y sus conexos».

d) La Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar, introduce un nuevo artículo 174 bis b) en el Código Penal de 1973, cuya referencia a la realidad que se examina es indirecta, toda vez que se produce un reenvío normativo a otra norma con rango legal.

Y así, en dicho artículo se habla de «bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre». Dicha Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, en su artículo 1º se refiere al supuesto previsto en el artículo 55.2 de la Constitución Española, esto es, a los individuos afectados por las restricciones previstas en el artículo 55.2 de la Constitución, señalando como tales a aquellas que estén «presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana». Mención esta que merece una especial referencia, por tratarse de una declaración de gran calado, en la medida en que se realiza a través de una Ley Orgánica de desarrollo de un precepto constitucional que, precisamente, hace referencia expresa al fenómeno del terrorismo. Dicho examen se realizará una vez terminado el examen histórico que se está realizando, para no interrumpir el orden cronológico de progresión; máxime si se considera que la siguiente norma examinada contiene una relación íntima con el precepto examinado.

e) Y así, en efecto, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución en su Artículo 9 se refiere, simplemente a «un grupo terrorista o banda armada o rebelde». Lo que supone, como se ve, una cierta alteración semántica y sistemática de la referencia inmediatamente anterior.

f) La Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, que vuelve a la sistemática previa a la Ley anterior, devuelve el delito que se comenta al seno del Código Penal. Y así, en su 174 bis a) refiere el tipo penal al cometido en relación con «banda armada o de elementos terroristas o rebeldes»

g) Por último, el actual Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 20 de noviembre, regula la materia examinada en el artículo 576, comprendiendo en cierta medida las expresiones

contenida en la legislación histórica y condensado su sentido. Así, se habla de «banda armada, organización o grupo terrorista».

Debe destacarse, en primer lugar, el hecho de que el Código Penal de 1995 no haga referencia a grupos u organizaciones rebeldes. Mención que, como puede comprobarse, permaneció implícita durante gran parte de la historia legislativa del tipo comentado, hasta la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, en que expresamente se recoge dicho tipo de organización. En efecto, dichas organizaciones rebeldes desaparecen de los tipos relativos al terrorismo, toda vez que el nuevo Código Penal dedica el Capítulo I del Título XXI precisamente a tales delitos, rubricándose como “Rebelión” (artículos 472 a 484 del Código Penal).

Como se indica más arriba, merece un especial comentario lo señalado por el artículo Primero de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, por cuanto realiza una distinción que, a efectos sistemáticos, puede denotar la esencia de los delitos de terrorismo. Dicho precepto se refiere a sujetos presuntamente integrados o relacionados bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana. Esta distinción de elementos terroristas, por un lado; y bandas armadas, por otro, resulta enormemente revelador. Y es que, en efecto, no puede considerarse que una banda armada sea, necesariamente, lo mismo que una organización o elemento terrorista. Una organización terrorista no es siempre una banda armada ni una banda armada es siempre y en todo caso una organización terrorista; pero tanto la organización terrorista como las bandas armadas de carácter terroristas son, siempre y en todo caso, asociaciones terroristas porque para la imposición de sus postulados emplean la violencia políticamente orientada. De hecho, el artículo 22.2 CE consagra constitucionalmente el abuso de la libertad de asociación, declarando fuera de la ley a aquellas asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, siendo evidente que las asociaciones terroristas constituyen el paradigma de la asociación ilícita absolutamente inconstitucional.

Las razones esgrimidas hasta ahora justifican que en este trabajo se considere al tipo del artículo 576 del Código Penal como referido al delito de colaboración con asociación terrorista. Y, por ello, una de las propuestas de *lege ferenda* que se proponen es la unificación de las distintas especies organizativas terroristas (banda armada, organización y grupo) en un único género: la asociación terrorista, puesto que a tal fin se reduce la punición de los tipos relativos al terrorismo: castigar a quienes integrados en una asociación terrorista o colaborando con la misma, traten de imponer unos determinados postulados de tipo político con el empleo de la violencia en el seno de un sistema democrático.

V.3.C. El concepto de colaboración como base de la conducta típica.

V.3.C. a) El término colaboración: concepto equívoco.

Siendo el término “colaboración” el más importante y el que debería contribuir a una más adecuada definición del tipo delictivo que se examina en este trabajo, no deja de ser sorprendente que sea, quizá, el término más equívoco y menos preciso que se utiliza por parte del legislador. Ello hace que incluso se hable de una repetición «hasta el delirio» de la referencia a la colaboración²²⁸. Una indefinición que viene determinada por el empleo de la misma palabra en cinco artículos destinados a castigar los delitos terroristas. Así, a colaborar se refieren los artículos 571²²⁹, 572²³⁰, 573²³¹, 574²³² y 576 del Código Penal. A la vista de este empleo múltiple del verbo colaborar, se plantea una pregunta: ¿significa en todos los preceptos lo mismo?

²²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones...*, Pág. 59

²²⁹ El tipo establece que «Los que perteneciendo, actuando al servicio o **colaborando** con bandas armadas, organizaciones o grupos (...)»

²³⁰ Por su parte, el precepto citado dispone: «Los que perteneciendo, actuando al servicio o **colaborando** con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (...)»

²³¹ Al final del artículo señalado se lee « (...) serán castigados (...) cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (...)»

²³² El artículo 574 prácticamente reproduce la fórmula antes señalada: «Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (...)»

Lo primero que se advierte con la simple lectura comparada de los preceptos citados es que en los artículos 571 a 574 CP la colaboración aparece ligada a la locución “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando (...)”.Enumeración de gerundios que se coordina con la conjunción final disyuntiva “o” que por coherencia interna y sentido común implica una cierta igualdad entre tales términos. Así, pertenecer, actuar al servicio y colaborar con banda armada en los preceptos señalados tienen un elemento común de carácter objetivo cual es el sujeto que encarna todas las acciones verbales descritas. El perteneciente, el actuante y el colaborador, en estos supuestos, debe tener el carácter de *intrañeus* a la asociación para que exista una relación de coherencia en la descripción de las conductas agrupadas disyuntivamente. La clave interpretativa viene dada, especialmente, por el verbo que se emplea en primer lugar y encabeza la relación: pertenecer. En efecto, por tal se entiende, en este concreto sentido, formar parte integrante de una asociación terrorista. Ser, en sentido formal, un miembro activo de la organización. Dicho lo cual, y atendiendo a la locución que ahora se examina, parece que el legislador trata de describir, de forma decreciente, el nivel de participación de quienes pueden cometer los delitos a los que se refiere. Sujetos que, si bien realizarán conductas diferentes en atención a su realización física o espiritual, en todo caso recibirán el tratamiento de autores de los delitos tipificados.

De acuerdo con lo indicado, tras distinguir lo que implica la pertenencia, un segundo grado de actuación en la banda armada de los sujetos que pueden ser autores de los tipos señalados sería la figura de quienes actúan al servicio de una asociación terrorista. Actuar al servicio es tanto como actuar por encargo, en la medida en que no necesariamente el individuo que actúa al servicio de tal asociación tiene que ser miembro de la misma. Sin embargo, el acuerdo al que se llega entre el sujeto encargada por la asociación terrorista y la propia asociación es de tal naturaleza que la antijuridicidad propia de los hechos cometidos por los miembros de la asociación terrorista se extiende a quienes realizan tales acciones por encargo. En cierto sentido podría emplearse aquí el ejemplo de la subcontrata en la realización obras públicas: obrar por encargo vendría a ser una “subcontrata criminal” de carácter terrorista. Así, una empresa puede construir un puente sobre un río; pero lo hará seguramente subcontratando la realización de determinados elementos

necesarios para llevar a cabo dicha construcción. *Mutatis mutandi*, esto es lo que ocurriría si una banda armada encargase, por ejemplo, a un sicario profesional el asesinato de un individuo frente al que tenía previsto atentar pero que, por falta de efectivos, no se puede llevar a cabo por miembros de dicha organización terrorista. Ciertamente dicho sujeto no es propiamente un *intraneus* a la asociación terrorista, pero la “contratación de sus servicios” le coloca en una posición tal que lo ubica dentro de la estructura asociativa terrorista, aún cuando sólo se refiera al concreto acto terrorista que haya cometido por encargo de la asociación.

Sin embargo el término que más confusión introduce es, sin duda, el de colaborar. ¿Qué se entiende por colaborar en el ámbito propio de los artículos 571 a 574 del Código Penal? Y, especialmente, ¿qué significa dicha expresión si se pone en relación con el tipo previsto en el artículo 576 CP? Parece lógico pensar que sí, como la doctrina mayoritaria sostiene y se verá más adelante, el sujeto de la acción prevista en todos los tipos señalados es un *intraneus*, es decir, un sujeto que se encuentra dentro del ámbito propio de organización de una asociación terrorista; lógicamente, *sensu contrario*, el sujeto que realiza la acción prevista en el artículo 576 CP es un *extraneus*, es decir, un individuo que permanece ajeno a ese ámbito de organización ejecutiva de la asociación. De lo dicho pudiera considerarse que la punición del terrorismo en el Código Penal español es bifronte, en tanto que sanciona:

1.- Por una parte, a los promotores, directores e integrantes de una asociación terrorista, en el artículo 516 CP, en relación con el artículo 515 párrafo 2º CP.

2.- Por otra, a quienes ejecutan las concretas acciones delictivas en las que realiza el fin propio de una asociación terrorista, que no es otro que la comisión de delitos (gravemente lesivos, por lo general), en los tipos previstos en los artículos 571 y siguientes del Código Penal.

Y esta punición bifronte obedece a la distinción de dos ámbitos organizativos diferentes dentro de la propia asociación: un ámbito directivo y asociativo; y un ámbito ejecutivo. Así, como toda asociación humana que surge para la realización de un fin determinado, una cosa es la organización de la

actividad social y otra diferente es la concreción particular del fin social en determinadas acciones. Se utiliza el adjetivo “social” en el sentido de “grupal” o “comunitario”, en tanto que el ser humano es un ser social por naturaleza y necesita, para su desarrollo integral, a los demás individuos que lo rodean. Desde este punto de vista es indiferente que dicho desarrollo integral se oriente hacia fines tan encomiables como ayudar a ancianos o cuidar enfermos, en definitiva, hacia el bien; o fines dignos de desprecio, tales como el asesinato, tráfico de seres humanos, o lo que es lo mismo, hacia el mal.

El sujeto que puede realizar los tipos del artículo 571 a 574 CP es, por antonomasia, el miembro de la organización. Miembro que puede ser promotor, director o integrante de la asociación terrorista. Pero en todo caso, un sujeto que se encuentra dentro de uno de los dos ámbitos sociales en los que se desarrolla la actividad de la banda armada: el directivo/asociativo o el ejecutivo. Por extensión, como ya decíamos, quien actúa al servicio de una banda armada tiene la misma responsabilidad que el miembro de la misma, tal y como señalábamos más arriba, convirtiéndose para el caso concreto en un *intraneus* de la organización.

Así las cosas, el colaborador con asociación terrorista, a los efectos de los preceptos 571 a 574 del Código Penal, ha de ser un sujeto que se integra también dentro de los círculos organizativos propios de dicha asociación porque, de otro modo, no podría entenderse su punición como autor de los tipos reseñados y no como autor de un delito de colaboración, *stricto sensu*, del artículo 576 CP²³³.

No obstante lo anterior, en el curso de la investigación se ha considerado oportuno plantear la pregunta de si no podría existir un criterio de

²³³ Según CAMPO MORENO, respecto de los « (...) diversos tipos penales los cuales, toman acomodo en los artículos 571 a 576, y 578. Los cuatro primeros artículos implican la colaboración en actuaciones delictivas concretas, diferenciándose entre ellas por el quantum de la pena a imponer y ello, en función de la infracción criminal cometida. Posteriormente, el Art. 575 contempla una colaboración de carácter económico con atentado contra el patrimonio y, por último, el Art. 576 sanciona el delito de colaboración con banda armada propiamente dicho. Regulación en cierta medida semejante a la de los Arts. 174 bis a); 174 bis b); y en el 175, por remisión al 174.3 y 173; todos del Código penal derogado. Debiendo predicarse una tipificación rubricada de abierta y ambigua, donde se sanciona tanto los actos de cooperación específica (Arts. 571 a 575) como los genéricos del extraño a la organización ilícita, y ello, y respecto de ésta última necesidad sin que estén causalmente conectados a la producción de un resultado concreto (...)» CAMPO MORENO Juan Carlos *Represión...* Págs. 47-48

distinción de las dos formas de colaboración examinadas que no se centrara exclusivamente en la figura del autor y su condición de miembro, o no, de la asociación terrorista. Un criterio que intentara reconducir la distinción al ámbito objetivo de las conductas para que la diferenciación con la pertenencia a banda armada, en función del tipo de autor, fuera un criterio complementario, y no el único, a la hora de distinguir los distintos tipos de colaboración.

V.3.C. b) La naturaleza social como fundamento de la organización: asociaciones lícitas e ilícitas.

El ser humano es, ya lo decíamos, constitutivamente un ser social. En efecto, la naturaleza del ser humano se manifiesta como un ser que responde a sus propias necesidades sobre la base de una subjetividad relacional, es decir, como un ser libre y responsable que reconoce la necesidad de integrarse y de colaborar con otros seres humanos, en orden a la consecución de una vida lograda, alcanzando fines propuestos en común que obedecen a un ideal de vida concreto. Y es que la sociedad no es otra cosa que un conjunto de seres humanos ligados de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas. Esta consideración genérica del ser social de hombre recibe una concreción especialmente importante en lo que hace a actividad asociativa de los ciudadanos, como así reconoce la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, cuando indica que «El derecho fundamental de asociación, reconocido en el artículo 22 de la Constitución (...), constituye un fenómeno sociológico y político, como tendencia natural del ser humano y como instrumento de participación, respecto al cual los poderes públicos no pueden permanecer al margen». Importancia que se ve confirmada, y concretada en sus justos términos, en la misma Exposición de Motivos cuando trae a colación el Dictamen de 28 de enero de 1998 del Comité Económico y Social de la Unión Europea para, ni más ni menos, que la conservación de la democracia. Y ello porque «las asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios. Al organizarse, los ciudadanos se dotan de medios más eficaces para hacer llegar

su opinión sobre los diferentes problemas de la sociedad a quienes toman las decisiones políticas. Fortalecer las estructuras democráticas en la sociedad revierte en el fortalecimiento de todas las instituciones democráticas y contribuye a la preservación de la diversidad cultural».

Pero siendo esto así, y como la propia Ley Orgánica 1/2002 reconoce (al igual que hacen todas las normas de tipo societario de nuestro país), esta tendencia natural del hombre a la asociación para vivir y para lograr fines determinados puede ser precisamente fundamento de la negación de la democracia. Capacidad destructiva que aporta a cualquier tipo de asociación un ingrediente único: la violencia. Si una asociación sirve al bien común para que los ciudadanos puedan sostener determinadas convicciones en el marco de la sociedad plural y democrática, entonces se llama asociación lícita; pero también pueden existir asociaciones que aglutinen a ciudadanos que consideren necesario (es el caso que nos ocupa) sostener sus convicciones e imponerlas por la fuerza, haciendo uso de una violencia políticamente orientada, denominándose entonces asociaciones ilícitas.

Esta dicotomía entre asociación lícita e ilícita es necesaria para concluir que la única diferencia entre ambas es el adjetivo que las califica; pero no la realidad social que constituye su fundamento basilar. De este modo, una asociación ilícita no deja de la respuesta a la naturaleza social del ser humano: no deja de ser una reunión de individuos para realizar una determinada actividad, en sentido amplio. Cuestión esta que ya se valoró adecuadamente en este mismo trabajo poco antes.

Dentro del examen que interesa traer aquí a colación, la ilicitud a la que venimos refiriéndonos no es la ilicitud civil o administrativa, sino la ilicitud penal a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2002 cuando:

a) en su Exposición de Motivos señala que «la ilicitud penal de las asociaciones, cuya definición corresponde a la legislación penal, constituye el límite infranqueable de protección del derecho de asociación».

b) y cuando en su artículo 2 nº 7 dispone que «Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales».

Curiosamente, si se presta atención a esta conjunción se puede apreciar la misma idea bifronte que preside la punición de las asociaciones ilícitas en el Código Penal y que ya expresábamos anteriormente. Así, mientras que en la Exposición de Motivos se realiza un reenvío normativo a la ley penal para determinar cuándo una asociación es ilícita penalmente (artículo 515 y SS.); en el artículo 2.7 de dicha Ley se refiere a la ilicitud penal de tales asociaciones por la vía de la mención de los concretos actos en que se acrisola la acción social. Y tratándose de asociaciones ilícitas, penalmente hablando, dicha concreción no puede referirse sino a la realización de acciones penalmente ilícitas: delitos y también faltas, aún cuando a las mismas no se refiere la citada Ley. Ello no obstante, por exigencia del más elemental sentido común, es claro que no podría asumirse que una asociación sea lícita penalmente si sus miembros se dedican a cometer faltas.

Siguiendo esta línea de carácter extrapenal, el examen de la asociación terrorista como asociación de sujetos, guardando las debidas distancias, puede realizarse desde la perspectiva que aporta al exegeta la configuración legal de los tipos sociales considerados como lícitos, en la medida en que obedecen a una misma realidad asociativa. En especial, merece un lugar destacado el análisis conjunto de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo ya citada y la 27/1999, de 16 de julio, reguladora de las Cooperativas. Examen conjunto que no pretende trazar una relación de total paralelismo entre una forma social lícita y una ilícita, sino que pretende poner en común algunos datos que permitan realizar una regulación jurídica lo más ajustada posible a la realidad de un fenómeno (la asociación terrorista y las acciones de sus miembros o colaboradores) que obedecen a una misma necesidad natural: el carácter social del ser humano. Añádase a ello, además, que la imaginación del ser humano es más reducida de lo que tiende a imaginarse, de forma que la forma de organización social puede tener más puntos en común que disensos.

V.3.C. c) Legislación asociativa española como punto de partida para comprender la organización terrorista.

Como se indicaba en el epígrafe anterior, la asociación es un fenómeno social idéntico tanto si ésta es lícita como si es ilícita. De ahí que pueda

realizarse un examen paralelo de la Ley de Cooperativas con el afán de encontrar elementos que pueda contribuir a la aclaración conceptual que se intenta en este momento. Esta búsqueda encuentra sus elementos esenciales en un cierto paralelismo organizativo que puede encontrarse entre una cooperativa y una organización terrorista. En este sentido, REINARES define la organización terrorista como «una clase peculiar de organización política caracterizada por su naturaleza clandestina y tamaño relativamente reducido, que trata de afectar la distribución del poder en una sociedad dada mediante un repertorio de acción colectiva en el que ocupa un lugar predominante la práctica de esa forma de violencia que cabe conceptuar como terrorismo»²³⁴.

Siguiendo este empeño de trazar un paralelismo entre la asociación terrorista y los tipos sociales lícitos, el propio artículo **1 de la Ley de Cooperativas**, define la misma señalando que:

«La cooperativa es una **sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y *baja voluntaria*, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático (...)**».

Una definición que puede utilizarse también para abordar el fenómeno asociativo criminal de una organización terrorista, matizando las palabras en cursiva: una sociedad (conjunto de individuos) constituida por sujetos que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria (no tal libre en este supuesto) para la realización de actividades, en nuestro caso no empresariales (aunque pueden ser perfectamente compatibles, si se examina el artículo 575CP), encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales (como la creación de Euskadi como un Estado libre e independiente; o la implantación del Califato y la *sharia* a nivel global).

²³⁴ REINARES NESTARES, Fernando, *Terrorismo...*, Pág. 31

Incluso si se examina con detenimiento el **artículo 11.1 de la Ley de Cooperativas**, siguiendo el ejemplo de la mayoría de las normas societarias españolas, se pueden dar más coincidencias que las que en un primer momento podrían esperarse. Dicho artículo se refiere al elemento esencial de todo tipo social, cuales son los Estatutos de la misma, que pueden ser glosados como sigue en cuanto a su contenido, relacionado con una asociación terrorista:

- a) La **denominación de la sociedad**: ETA, Al-Qaeda...
- b) **Objeto social**: la lucha por la libertad del pueblo vasco, la recuperación de la *Umma*, etc.
- c) El **domicilio**: en sentido amplio, considerando como tal el lugar físico indispensable para la realización de las actividades: locales de la organización, campos de entrenamiento...
- d) El **ámbito territorial de actuación**: España, Occidente y países islámicos...
- e) La **duración de la sociedad**: indeterminada o sometida a condición, como la independencia del País Vasco, la restauración del Califato...
- f) El **capital social mínimo**, que hace referencia a la necesaria liquidez económica que exige el desarrollo de cualquier actividad humana: impuesto revolucionario, tráfico de drogas, rescates por secuestro, fortunas personales...
- g) Las **clases de socios, miembros y afines de la organización**.
- h) **Derechos y deberes** de los socios, habitualmente de conocimiento y aceptación tácita.
- i) **Normas de disciplina social**, tipificación de las faltas y sanciones, procedimiento sancionador, y pérdida de la condición de socio; cuestión evidente en cuanto a funcionamiento interno de todo tipo de organización terrorista: arrepentidos, desertores...
- j) Composición del **Consejo Rector**, cúpula directiva de la organización terrorista.

Trazado este paralelismo con la realidad cooperativa que supone una Sociedad del mismo nombre, traemos a colación un precepto de la Ley citada que puede aportar una serie de criterios interpretativos que permitan deslindar el concepto de colaboración que se utiliza en los artículos 571 a 574 del Código Penal y el propio del artículo 576 de dicho texto punitivo. Dicho precepto es el **artículo 14** relativo a los denominados “socios colaboradores”. La norma en cuestión conceptúa lo que se entiende por tal socio colaborador cuando señala que:

«Los Estatutos podrán prever la existencia de **socios colaboradores** en la cooperativa, personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución».

Es decir: un socio colaborador es un individuo que pertenece a la asociación (terrorista, en el caso de este trabajo) pero que no pudiendo participar en la actividad propia del objeto social, **contribuye** a la consecución de dicha actividad. Traducida esta consideración a los efectos que interesan en el presente trabajo, esto es, deslindar el significado de los distintos tipos de “colaboración”, podría realizarse la siguiente distinción:

1.- Colaboración, a los efectos de lo previsto en el artículo 571 a 574 CP, es la actividad desarrollada por sujetos que forman parte integrante del equipo humano constitutivo de una asociación terrorista. Socio o miembro de la banda cuya actividad no implica participación activa en la realización del objeto de la banda (comisión directa de delitos terroristas); sino que por el contrario, su aportación se traduce en una **contribución** a la consecución de la actividad armada cifrada en la comisión de tales delitos terroristas. Pudiendo designarse este tipo de colaboración como **colaboración contributiva**.

2.- Colaboración, a los efectos de lo previsto en el artículo 576 CP, es la realizada por un individuo ajeno a la organización terrorista (*extraneus*) que lleva a cabo una aportación objetivamente valiosa para

la consecución de los fines terroristas genéricos, pero no una contribución específica en la actividad que dicha banda armada desarrolla. Se trata, pues, de un supuesto de **colaboración auténtica**.

V.3.C. d) Colaboración contributiva y colaboración auténtica.

Esta distinción puede encontrar apoyo, además de en los razonamientos esgrimidos, en el propio sentido literal de los conceptos enunciados. La Real Academia Española señala en el Diccionario que el sentido propio de los términos que ahora se examinan (colaboración y contribución) es el siguiente:

1.- De un lado, **colaborar** significa «trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra», procediendo en su origen etimológico del verbo latino *collaborare*, que a su vez se compone de los términos *cum* y *laborare*, que en sentido estrictamente literal significa “trabajar-con”

2.- De otro, **contribuir** posee un marcado acento económico que se revela en sus dos primeras acepciones, y que tiene una gran relevancia puesto en relación con su etimología. La tercera acepción, más genérica y menos ligada a la mencionada significación económica, es la que puede resultar más interesante en orden a identificar conceptualmente qué se entiende por contribuir. Así, por tal se considera «ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin». El origen etimológico de la palabra es el verbo latino *contribuere*, que a su vez procede de *cum* y *tribuere*, que vendría a significar “dar-con”. En este sentido se utiliza dicho verbo en el principio general de Derecho esencial para la concepción de la justicia, tal y como lo enunciara el jurista romano Ulpiano: *Suum cuique tribuere*.

Examinando detenidamente el origen de ambos vocablos, apoyándonos en su origen etimológico, y especialmente en ediciones antiguas de los Diccionarios de la Lengua Española, podríamos concluir que, efectivamente,

pese a que en la actualidad contribuir y colaborar son dos términos prácticamente análogos, en tanto que suponen una actuación realizada por más de un sujeto, cooperando entre las mismas (*cum*); es también cierto que connotan un matiz diferencial esencial a los efectos que se examinan en el presente trabajo. Para poder entender mejor dicha connotación, resulta esclarecedor acudir a las definiciones más antiguas que de ambos vocablos castellanos se tienen, resultado ser los siguientes:

Colaborar, según el Diccionario de la Real Academia Española de 1829 es «trabajar con otra u otras personas, **especialmente en obras de ingenio**». De contribuir, dice el Diccionario de la Real Academia Española de 1729 significa, en su acepción genérica, que «vale también concurrir, ayudar o asistir con otros **o con alguna obra o con alguna cosa**, a la consecución de un fin».

Del contraste de las acepciones que colaborar y contribuir evidencian, podemos advertir de forma inmediata que, mientras que contribuir ha seguido fiel a su significado original de **aportación material**, física; colaborar ha perdido ese matiz más espiritualizado, que tiene que ver más, precisamente, con la elaboración conjunta de una obra de **ingenio**. En efecto, basta ver la evolución de este término en los diferentes Diccionarios de la Real Academia, para advertir este intrincado camino de la desaparición del elemento espiritualista que, no obstante, persiste en algunas realidades actuales (baste pensar lo que se entiende por colaboración en una Revista, o en una obra científica). Evolución que puede resumirse en los siguientes periodos:

- 1.- Desde el diccionario de 1884 hasta el de 1970, permanece inalterada la redacción primitiva que hace mención al elemento espiritualista del ingenio.
- 2.- El diccionario de 1970 sustituye en la definición el término ingenio por el de espíritu, pero denotando una misma realidad supramaterial.
- 3.- En 1989 se vuelve a la voz ingenio.
- 4.- En 1992 se acude de nuevo al cambio experimentado en 1970, utilizándose el término espíritu.
5. Para, finalmente, en la acepción que ya señalamos más arriba, perder toda referencia espiritualista tradicional, y aproximando su significación a

la de contribuir, en la medida en que hace referencia a la realización de “una obra”. No obstante, es claro que habida cuenta el desarrollo histórico-conceptual apuntado, tales obras son más espirituales que materiales.

De lo hasta aquí señalado se puede concluir lo siguiente: el verbo colaborar utilizado en los tipos previstos en los artículos 571 a 574 CP, por un lado; y el utilizado en el artículo 576 CP connotan dos realidades diferentes, como ya decíamos, que pueden conceptuarse respectivamente como propias de una **colaboración contributiva** y una **colaboración auténtica**.

La *colaboración contributiva* en los tipos previstos en los artículos 571 a 574 CP es una contribución no sólo realizada por un *intrañeus* de la organización sino que, sobre todo, implica una aportación **material**, física, en el sentido apuntado por el término contribuir. El colaborador, en este caso, concurre, ayuda o asiste con otros miembros activos **con alguna obra o con alguna cosa o actividad** a la consecución de un fin; un fin que se materializa en la comisión de los delitos concretos a los que se refieren los propios preceptos en los que se utiliza el término colaborar. En este sentido, aunque no se utiliza este razonamiento expresamente, puede citarse a CARBONELL MATEU, que habla precisamente de “contribución”, para referirse a las conductas de colaboración propias de los miembros de una organización terrorista²³⁵.

Por el contrario, la *colaboración auténtica* que se utiliza en el artículo 576 CP, en el sentido más espiritualizado que denota, no implica la participación física en la comisión de un delito concreto. Por el contrario, supone una labor de sostenimiento más espiritualizada, que implica un soporte para la comisión de los delitos previstos en los artículos 571 a 574 CP. Una labor espiritualizada que está distanciada, en principio, de la comisión de los concretos delitos a los que se ordena la punición de los preceptos citados. Una actuación espiritualizada que tiende más al soporte inmaterial de la banda armada en su

²³⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Delitos contra el orden público*, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador et al. *Derecho...*, Pág. 1043

finalidad última: la imposición de una determinada idea utilizando la violencia para ello.

Este doble concepto puede atisbarse en la configuración que hacen del delito de colaboración con banda armada CALDERÓN/CHOCLÁN, cuando hablan de “actos de colaboración material” y “actos de colaboración psicológica”, salvando las distancias existente, que son muchas, con la ideas sostenida en este trabajo²³⁶. Y los mismo cabe decir de la doble distinción entre “colaboración ejecutiva” y “colaboración no ejecutiva” en la obra coordinada por GANZENMÜLLER²³⁷.

Esta concepción de la colaboración auténtica abarca, por tanto, el hecho de amparar ideológica e interiormente el empleo de la violencia como instrumento político; supuesto que se configura, desde luego, como una colaboración con organización terrorista. Así, el solo pensamiento de un sujeto por el que justifica el empleo de la violencia es, en todo caso, un acto de colaboración. Sin embargo, a efectos punitivos, no toda colaboración auténtica va ser castigada, por lógicas razones de política criminal y sumisión a los principios fundamentales que rigen el Derecho Penal, en especial, el de *ultima ratio*, que implica que otros instrumentos de control social deben jugar el papel que les corresponde en el desarrollo de las relaciones sociales. Así, por ejemplo, los simples pensamientos que suponen un apoyo o colaboración espiritual, merecen un reproche estrictamente moral, pero en ningún caso penal. Moral, además, por cuanto si tales ideas o pensamientos no se vierten en expresiones orales o escritas, no dejan de pertenecer al arcano íntimo de la conciencia, que es el fuero indiscutible de la moral. En este sentido puede entenderse a la doctrina científica española cuando hablan, como LAMARCA PÉREZ, de “actos de colaboración material y genéricos”²³⁸. O también a CALDERÓN/CHOCLÁN, cuando se refieren a los actos de “colaboración

²³⁶ CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José Antonio, *Manual ...*, Pág. 646

²³⁷ « (...) Parece que la colaboración a que se refieren los artículos últimamente citados, es una colaboración ejecutiva (atentaren, cometan, cometidos son los términos empleados por el CP), reservándose para la aplicación del artículo 576, los supuestos de colaboración no ejecutiva, desligada de un delito concreto, en los términos expuestos. (...)» en GANZENMÜLLER, C. ET AL. *Delitos ...*, Pág. 352

²³⁸ LAMARCA PÉREZ, CARMEN (Coor) et al. *Derecho ...*, Pág. 692

material”²³⁹. Y también contribuye a esta noción lo sostenido por MESTRE DELGADO a la luz de lo sostenido en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional²⁴⁰. Por su parte, SORIANO SORIANO habla de “colaboración genérica” para referirse a los actos de colaboración²⁴¹.

Siendo esto así, el problema se sitúa en los actos de colaboración espiritual con la banda armada, no relativos a delitos concretos, y sus fronteras de punición. Tarea que, para no ser excesivamente abstracta, puede realizarse mediante el examen del tipo delictivo dedicado a la punición de la forma de colaboración auténtica prevista en el artículo 576 CP. Contemplando el contenido de dicho precepto y poniéndose el relación con lo hasta aquí considerado, pudiera decirse que el Derecho Penal puede intervenir en el control del apoyo espiritual al terrorismo, siempre y cuando dicha colaboración espiritual se “materialice” en determinados comportamientos asequibles intelectualmente con una base sensitiva. Así, por ejemplo, las labores de vigilancia de un determinado cargo político, la sustracción de determinados documentos relativos a los sistemas de seguridad de un edificio público, etc. Conductas todas ellas que constituyen una manifestación material concreta de una colaboración espiritual de sus autores con la banda armada a la que, sin pertenecer, auxilian con su inestimable ayuda.

Pudiera objetarse a lo antes enunciado que si lo que diferenciaba un supuesto de colaboración contributiva y un supuesto de colaboración auténtica era, precisamente, el hecho de que la primera suponía un apoyo material y no meramente espiritual, la diferencia que se ha hecho hasta ahora resulta ociosa. Pero dicha aseveración puede ser contestada, en la medida en que la distinción realizada obedece a razones estrictamente conceptuales. Es decir:

²³⁹ CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José Antonio, *Manual...*, Pág. 647

²⁴⁰ « Para que la AN entienda procedente la aplicación a un supuesto de hecho de la figura penal de la colaboración con banda organizada y armada es preciso que se acredite suficientemente la comisión de uno o varios actos individualmente determinados de auxilio, cooperación o favorecimiento de las actividades de la banda o sus miembros, no siendo objeto de esta figura penal la represión de la colaboración en abstracto, como respaldo moral o plasmación de un estado anímico favorable a las actividades de la organización terrorista. Por ello, la Audiencia ha absuelto de acusaciones por este tipo penal cuando aquellas no han determinado en concreto los actos de colaboración cuya punición se solicita.»MESTRE DELGADO, ESTEBAN *Delincuencia...*, Págs. 197 y 198.

²⁴¹ SORIANO SORIANO, José Ramón *El terrorismo ...*, Pág. 192

ambas colaboraciones son conceptualmente diferentes, porque suponen un auxilio a la banda cualitativamente distinto. Lo dicho no obsta para que, a efectos punitivos y por mor de los principios que rigen un Derecho penal del hecho, se requiera que los actos de colaboración auténtica de tipo más espiritualizado tengan una concreción material para su punición. De tal modo que, en efecto, una acción realizada por un sujeto debe estar materialmente concretada para que pueda ser punida por el Derecho Penal. Pero existe una diferencia óptica esencial entre esa acción, como acto de colaboración contributiva o como acto de colaboración auténtica. En el primer caso, el auxilio es en todo caso material o físicamente concretable, dirigido a un fin bien determinado (un delito terrorista), realizado dentro del mismo seno de la banda armada. Por el contrario, el acto de colaboración auténtica, en realidad, es un acto de corte espiritual o inmaterial, porque lo que se sanciona es la contribución inmaterial de quien apoya el empleo de la violencia como instrumento válido en el seno de una democracia. Pero, para que dicho apoyo sea efectivo, es absolutamente necesario que se plasme de forma física de forma que pueda ser aprehendida y limitada espacio-temporalmente. De ahí que ese auxilio espiritualizado requiera una concreción material en alguna de las conductas enumeradas por el párrafo 2º del artículo 576 CP o alguna que pueda ser asimilada a las mismas.

Es, precisamente, en este marco donde pudiera examinarse el complejo problema punitivo relativo a la apología del terrorismo. Apología que constituye un claro supuesto de colaboración auténtica, y que por afectar a un derecho tan radicalmente fundamental y necesario para la democracia como es la libertad de expresión, merece un tratamiento más pausado y comedido, que se escapa por completo a la finalidad del presente trabajo. Basta, pues, apuntar la opción metodológica desde la que, en la opinión aquí sostenida, puede examinarse el problema de la apología terrorista, sin acudir necesariamente al expediente de la condición del autor como miembro o no de una organización terrorista.

V.3.D. Estructura del tipo previsto por el artículo 576 y contenidos de injusto.

V.3.D. a) Estructura del tipo. Una posible aplicación procesal.

Habida cuenta la distinción conceptual que se ha tratado de dibujar en el epígrafe anterior, resulta ahora conveniente examinar la forma en que está construido el tipo previsto en el artículo 576 del Código Penal a la luz de esa doble consideración del término “colaboración”, del que se parte en el presente trabajo. En primer lugar, se realiza una exposición esquemática, más visual que de contenido, que luego se verá completada con una explicación sucinta. Así, el tipo del artículo 576 se construye siguiendo el siguiente esquema:

Artículo 576

Apartado Primero

Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista

Apartado Segundo

Párrafo Primero

Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Párrafo Segundo

Inciso I

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la

pesa prevista en el apartado 1 en su mitad superior.

Inciso II

Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

La estructura que se ha tratado de dibujar (gráfica y conceptualmente) en el examen del tipo penal al que nos referimos obedece a la siguiente explicación. Se toma prestada la nomenclatura, en cierto sentido, que utiliza al efecto LANDECHO VELASCO²⁴²:

Tanto el **Apartado Primero** como el **Apartado Segundo, Párrafo Primero**, contienen lo que podría considerarse como núcleo duro del delito de colaboración con organización terrorista. Tales apartados lo configuran como un tipo de colaboración auténtica, en los términos que antes se consideraban, cuya naturaleza se identifica de forma sustancial, no obstante lo que después se dirá, con un delito de peligro abstracto.

Por el contrario, el **Inciso I del Párrafo Segundo**, apartado segundo, muta su naturaleza esencial por la de un delito que aún siendo de colaboración auténtica, se transforma en un delito de peligro concreto, restringido a supuestos de información o vigilancia. Tal mutación se produce, en esencia, por la cercanía del peligro que trata de conjurar dicho precepto; razón que motiva el agravamiento de la sanción impuesta al autor del mismo. De este modo, se configura como un subtipo agravado de naturaleza diferente, en la medida en que se trata de un delito de peligro concreto.

Finalmente, el **Inciso II del Párrafo Segundo** supone una pequeña frase llena de contenido y que ofrece al intérprete una llave maestra para la integración del tipo de colaboración con los delitos propiamente terroristas, acudiendo a la ya sabida colaboración contributiva. Efectivamente, si se

²⁴² LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho...*, Págs. 582-583

comete un acto de colaboración tal que, aún cuando se trate de una actividad de colaboración, el riesgo que se pretendía evitar se produce realmente (concurriendo los preceptivos requisitos de causalidad y su prueba) dicha actividad muta su naturaleza por la de un delito de lesión, sin dejar de ser un acto de colaboración; pero que se deriva al concreto delito en el que se ha colaborado, como partícipe o autor, sirviendo de cláusula concursal. Si bien debe tenerse en cuenta que en el caso de la autoría, más que un autor en sentido estricto, se refiere el Código Penal, desde la interpretación que aquí se sostiene, a la participación elevada a rango de autoría. Es decir: a la figura del cooperador necesario. Y es importante este pequeño párrafo, porque, si el delito que se ha cometido es un asesinato terrorista, de los previstos por el artículo 572 del Código Penal, el colaborador del que ha llegado a demostrarse su cooperación necesaria en el mismo, responderá por el delito previsto en el artículo 572 CP, aún cuando el mismo **no pertenece a la organización terrorista**. El cooperador necesario es un colaborador contributivo, y no un colaborador auténtico, en el sentido antes expuesto. Aunque al inciso ahora comentado se dedica una parte más extensa al tratar los problemas concursales, parece necesario plantearse en este momento la pregunta por el sentido que pueda tener el Apartado Segundo Párrafo Segundo Inciso II. Una posible respuesta pasa por considerar que dicho precepto tiene una doble función:

1.- Una función penal distributiva entre los actos de colaboración y los actos terroristas concretos, en la medida en que se constituye como nexo de unión entre las dos colaboraciones posibles: colaboración contributiva y colaboración auténtica, en el ámbito de la información y vigilancia de individuos. Una función que cobra sentido si se tiene en cuenta que la mayor parte de los actos de colaboración en materia de vigilancia e información son análogos, desde la perspectiva objetiva; y puesto que la descripción de lo que se considera como acto de colaboración que recoge en el artículo 576CP es abierta, es lógico que sea el último párrafo de este artículo el que haga extensivas estas conductas a la colaboración contributiva de los artículos 571 a 574 CP,

pero siempre con conciencia de la diferente sustancia entre ambos tipos penales, y dentro de la información y vigilancia de individuos.

2.- Y en segundo lugar, probablemente desde un enfoque eminentemente práctico, aunque no por ello menos importante, pudiera concebirse dicho Párrafo como una norma de carácter procesal al servicio del juzgador e, incluso, del Ministerio Fiscal. Una norma que serviría, ante hechos que pudieran revestir carácter criminal, para flexibilizar la calificación de los mismos en dos momentos: instrucción y sustanciación del Juicio Oral. De este modo, podría incardinarse en un determinado tipo penal (la colaboración auténtica del artículo 576 CP) hasta el momento culminante de la elevación a definitivas de las conclusiones o modificación de las mismas, practicada ya toda la prueba existente. Puesto que la diferencia entre conductas de colaboración contributiva y auténtica es esencial, pero no formal, constituyendo aparentemente las mismas actuaciones (tomar matrículas, vigilar cargos políticos, etc.), pudiera resultar que de la prueba practicada, lo que en principio se creía una mera colaboración auténtica, resultó ser una colaboración contributiva para la perpetración de un determinado delito. De ahí que el Párrafo comentado venga a dar respaldo legal, desde esta perspectiva, a la práctica procesal del cambio de calificaciones por parte del Ministerio Fiscal y, en su caso, por las acusaciones particulares. Un cambio procesal que se corresponde con el cambio sustancial antes explicado de un acto de colaboración auténtica a un acto de colaboración contributiva, mutando sustancialmente la tipificación desde un delito de los previstos en el artículo 576 CP a uno de los previstos en los artículos 571 a 574 CP, como cómplices de dichas acciones terroristas consumadas o intentadas.

En apoyo de dicha consideración viene la normativa procesal, pudiendo encontrarlo en la medida en que se hace referencia a los dos momentos esenciales en los que se debe calificar los hechos provisionalmente, siendo el momento esencial en el que el Párrafo examinado podría tener la aplicación descrita. Así, en primer lugar, por lo que se refiere al período de instrucción, el

artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que «constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». Es evidente que una de las principales circunstancias que pueden influir en la calificación de un delito es la tipicidad del mismo. Obviamente, la muerte de un ser humano en circunstancias poco claras es una evidencia clara de la relevancia típica de dicha muerte. Pero, *ab initio*, no se podrá determinar si el responsable de dicha muerte (que acaso ni siquiera se conoce) lo es de un homicidio o de un asesinato, o de un asesinato terrorista, o de un homicidio imprudente. Precisamente al esclarecimiento de dichas circunstancias se dirige la instrucción y la formación del Sumario por parte del Juez Instructor para que, oportunamente, en fase de Juicio Oral, se pueda determinar con inmediatez y todas las garantías procesales establecidas, el tipo concreto que se ha cometido.

En Segundo lugar, dentro ya de la propia fase del Juicio Oral, el Párrafo examinado puede desempeñar la misma función procesal que hasta el momento se ha comentado. En efecto, decretado el Auto de conclusión del sumario, y abierta la fase del Juicio Oral, refiriéndose al escrito de calificación, el artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que « El escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas: los hechos punibles que resulten del sumario; la calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan (...)». De tal modo que en dicho escrito de calificaciones, el Ministerio Fiscal, con los datos obtenidos de la instrucción, deberá consignar la calificación legal de los hechos. Vale tanto como decir que deberá consignar la tipicidad de los hechos, incardinándolos en una determinada figura del Código Penal, aunque todavía con un cierto carácter de provisionalidad.

El momento en el que se produce la virtual utilidad del precepto comentado es el de la elevación a definitivas o modificación de las conclusiones, practicado ya todo el aparato de prueba. A dicho momento se refieren el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dispone

que « Practicadas las diligencias de la prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación (...)».

Probablemente un ejemplo pueda resultar útil para aclarar lo que se trata de expresar: un individuo puede haber realizado labores de vigilancia de cargos políticos con cierta habitualidad, constituyendo una conducta de colaboración auténtica porque dicha labor, al no está conectada con el desarrollo de una determinada acción terrorista, sólo puede punirse como un acto de colaboración genérica de auxilio a una asociación terrorista. En efecto, cuando se produce el periodo de instrucción del sumario, ese sujeto será responsable como autor de un delito de colaboración del artículo 576 CP, de forma provisional. Calificación que puede ser sostenida, también provisionalmente, en el escrito de calificaciones con el que se abra la fase de Juicio Oral. Pero si, una vez practicada la prueba, se puede concluir que las labores de vigilancia de un determinado individuo han resultado ser necesarias para la comisión de su asesinato, existiendo una conexión causal y concreta con dicha acción, el autor de tales hechos puede ver modificada la calificación de sus hechos. Y, en efecto, serán las partes acusadoras las que podrán mutar la naturaleza del delito imputado, pasando de una colaboración auténtica a una colaboración contributiva a la realización de ese asesinato, la cual puede incardinarse dentro del artículo 572 CP, respondiendo como cooperador necesario o cómplice en el mismo.

En auxilio de dicha interpretación, también puede traerse a colación el artículo 733 LECrim. Dicho precepto recoge la posibilidad de intervención, limitada, del juzgador en la calificación de los hechos que considere errónea. Una calificación que, desde luego, puede venir referida a la errónea tipificación realizada en el escrito de calificaciones elevadas a definitivas. Tal sería el caso siguiente: practicada la prueba, el juzgador (en lo que nos afecta) puede considerar que una determinada conducta, por ejemplo, la vigilancia y seguimiento de rutinas de un determinado individuo, es calificada como colaboración del artículo 576 CP; siendo, más bien, un acto de cooperación necesaria en la muerte de dicho ser humano. Se trataría de un homicidio que no hubiera podido perpetrarse sin la ayuda inestimable de quien día y noche vigiló informo sobre las rutinas del objetivo para alcanzar el resultado previsto:

la muerte de tal ser humano. En tal caso, el juzgador podría pensar, razonablemente, que se trata de una conducta sancionable como cooperación necesaria en un asesinato terrorista previsto en el artículo 572 CP. En esta tesitura encuentra acomodo específico el mencionado Párrafo Segundo Inciso II del Apartado Segundo del artículo 576 CP, haciendo plausible una alteración esencial, de una misma conducta típica en función de las pruebas y, sobre todo, del carácter contributivo a la comisión de un delito determinado que pudiera tener, o no, dicha conducta.

V.3.D. b) Contenido de injusto del delito de colaboración con organización terrorista.

Cuando se realiza la pregunta por el injusto concreto de un tipo penal, se intenta dilucidar por qué se castiga penalmente una determinada conducta: por qué un hacer o un omitir humano es merecedor de una pena que incluso puede suponer la privación de libertad.

Para la determinación del injusto de las conductas examinadas resulta interesante traer a colación los elementos esenciales sobre los que la doctrina ha intentado construir un concepto de terrorismo. Concepto que, por otra parte, no ha sido alcanzado, parece, por motivos más ideológicos que técnicos o jurídicos. En tal sentido, y sin entrar a examinar pormenorizadamente las posturas doctrinales existentes sobre el concepto de terrorismo, parece evidente que gozan de mayor predicamento aquellas que hacen recaer el peso de tal definición sobre tres bases fundamentales²⁴³:

1.- La utilización de la violencia como medio empleado para alcanzar determinadas metas.

2.- La búsqueda de la creación de un estado de terror o psicosis social como resultado de dichas acciones violentas.

3.- La finalidad política que las metas perseguidas implican.

²⁴³ Cfr. BUENO ARÚS, Francisco, *Principios generales de la legislación antiterrorista*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 11, Madrid, 1986, Pág. 136

De la interrelación de estos tres conceptos podemos extraer el contenido de injusto básico del delito de terrorismo que, lógicamente, es extensible al tipo de colaboración con organización terrorista. Pero, en relación con este último, deberá hacerse una pequeña puntualización en tanto que puede considerarse una mayor influencia de las dos últimas características y un alejamiento (relativo) del empleo de la violencia (material) en las actividades de colaboración con asociaciones terroristas.

La comisión de una acción terrorista implica un supuesto de interacción social violenta de carácter grave y con un alcance físico determinado. A pesar de ello, si se examina con cierta distancia el hecho y se lo compara con otro tipo de interacciones sociales violentas, podría deducirse su limitado alcance físico. Puede imaginarse, por ejemplo, que un atentado no cause víctimas mortales, o cause un número incluso elevado de víctimas: 20 ó 30 muertos más cientos de heridos. Pero la dañosidad social de dicha actuación resulta alejada de la de otro tipo de acciones delictivas graves pero de menor impacto social, como por ejemplo, los supuestos de intoxicaciones alimentarias masivas. Así, pues, el elemento esencial que determina la gravedad de la acción terrorista es el impacto psíquico extraordinario que de su perpetración se sigue en la conciencia colectiva de una determinada sociedad. Un impacto que puede incidir en la estabilidad de la sociedad democráticamente establecida (alterando el sentido del voto ante unas elecciones, determinando corrientes ideológicas determinadas en el seno de los parlamentos...). Por esta razón, REINARES señala que «cuando una acción de violencia genera efectos psíquicos desproporcionados respecto a sus consecuencias materiales adquiere las peculiaridades propias de lo que se denomina *terrorismo*»²⁴⁴. Y es precisamente este mismo autor el que pone de manifiesto que las consecuencias más comunes de las acciones terroristas, tales como reacciones emocionales desaforadas, ansiedad, incertidumbre o amedrentamiento de sectores concretos de la población; hacen factible el condicionamiento de las actitudes de tales ciudadanos y el encauzamiento de sus comportamientos hacia unos objetivos preestablecidos por la asociación

²⁴⁴ REINARES, Fernando, *Terrorismo...*, Pág. 15

terrorista²⁴⁵. Esta opinión parece ser la más extendida entre los politólogos especializados en la investigación del fenómeno terrorista, desde un punto de vista social y psicológico²⁴⁶.

El terrorismo o, mejor dicho, las acciones terroristas en las que se materializa el concepto abstracto de terrorismo, resultan punibles precisamente porque pretende condicionar violentamente la actitud de los ciudadanos de forma que se pueda **dirigir** su voluntad en una dirección predeterminada por la asociación terrorista. Cuestión ésta absolutamente intolerable en el seno de una sociedad democrática.

Generalmente, en los delitos terroristas, la acción determinada (dar muerte a otro, por ejemplo) coincide con un tipo básico ya recogido por el Código Penal (homicidio o asesinato). Sin embargo, recibe un tratamiento jurídico-penal individualizado por la existencia de ese *plus* que le confiere el efecto psicológico (brutal) que amenaza la libre determinación de la voluntad y que tuerce el designio democrático en una sociedad avanzada. Como ya se indicaba más arriba al tratar la cuestión relativa al bien jurídico protegido, los delitos de terrorismo son delitos que protegen diversos bienes jurídicos, y no solo uno. Ello no obstante, el bien jurídico protegido que determina la intervención penal agravada y que ostenta una preeminencia sobre los demás, desde el punto de vista aquí sostenido, es el orden democrático constitucional. En efecto, aquí se centra el contenido antijurídico de las conductas terroristas: no es admisible el empleo de la violencia (cualquiera que sea el grado en que se desarrolle) en una sociedad democrática, dirigido a determinar de forma arbitraria la libre voluntad de los ciudadanos para alcanzar unos objetivos políticos (en el más amplio sentido de la palabra).

En este marco, el delito de colaboración con organización terrorista ocupa un puesto esencial para la comprensión del carácter preeminente que tiene el orden democrático constitucional como bien jurídico protegido. En este delito puede contemplarse con más fuerza la intensidad de que se dota la protección de dicho bien. Una intensidad que viene determinada, en el tipo

²⁴⁵ Cfr. REINARES, Fernando, *Terrorismo...*, Pág. 15 y 16

²⁴⁶ Así lo señala también, por ejemplo, DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis *La lógica ...*, Pág. 41: «(...) Sobre todo, hay que insistir en el papel preponderante que los aspectos psicológicos juegan en la planificación y la ejecución de los actos terroristas»

previsto por el Art. 576 CP, por el hecho de ser el único bien jurídico protegido. En efecto, tal es el bien jurídico protegido de forma prioritaria por el ordenamiento jurídico-penal en el precepto citado y, por ello, debe incidirse en la ilegitimidad de toda acción terrorista dentro de un Estado social y democrático de Derecho. La pregunta por la legitimidad debe ser examinada con mayor rigor porque, en términos absolutos, no es el terrorismo un fenómeno extraordinariamente grave si se contemplan, por ejemplo, las cifras totales de fallecidos por estas u otras causas. Así, DE LA CORTE IBÁÑEZ menciona el hecho significativo de que entre 1996 y 1999, las muertes ocasionadas por el terrorismo en todo el mundo ascendieron a 11.772 seres humanos. Lejos de las 44.692 víctimas ocasionadas por la rabia, las 20.904 ocasionadas por atropellos de automóvil; o las 167.190 que perdieron la vida como consecuencia de un accidente de automóvil²⁴⁷. Si un criterio tan objetivo como es el número de víctimas producido por el fenómeno terrorista no justifica la persecución penal agravada del mismo, deberán considerarse otros posibles factores que determinen la agravación penal de dicho fenómeno. Y uno de tales factores es, desde luego, la ilegitimidad de las acciones terroristas. Tal falta de legitimación puede motivar el plus de injusticia que implica su comisión, lo que, además, justifica que la pena prevista sea muy superior, por ejemplo, a la del conductor ebrio que mata al conductor de un ciclomotor en un accidente de circulación. Puede decirse que el contenido de injusto de la colaboración con asociación terrorista, en cuanto atenta contra el bien jurídico del orden democrático constitucional, se cifra en dos razones claves.

a) De un lado la ilegitimidad de violencia ejercida. Ello implica, naturalmente, la distinción de una violencia legítima y una violencia ilegítima. En el seno de un sistema democrático, la cuestión es evidente. Con palabras de DE LA CORTE IBÁÑEZ, puede decirse que las «sociedades están gobernadas en función de leyes que adquieren su legitimidad gracias a un sistema que prescribe la elección popular de los responsables políticos y la concesión al Estado del monopolio en el uso de la violencia»²⁴⁸.

²⁴⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica ...*, Pág. 42

²⁴⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica...*, Págs. 54 y 55.

b) De otro, la vulneración del postulado básico consistente en la cesión el empleo de la violencia al Estado para que, de acuerdo con Leyes democráticamente aprobadas de conformidad con la Constitución y respetuosas con los derechos fundamentales del ser humano, utilice comedidamente la violencia en el caso de que no pueda resolverse una determinada controversia sin acudir a otro medio menos lesivo.

El resultado que obtiene el terrorismo (buscado incesantemente por los terroristas) consiste en desdibujar los contornos reales del Estado y del monopolio de la violencia legítima mediante la captación de individuos propensos a crear una versión parcial o falsa de la realidad. De este modo, el terrorista concibe en su fuero interno que sus acciones son justas, y las injustas son las reacciones de Estados subversivos, produciéndose una inversión desde la perspectiva moral de los sujetos (malos y buenos), siendo los terroristas los verdaderos autores de una realidad más justa, de acuerdo con su sesgada visión de la realidad.

Al ser la democracia un sistema pleno de libertades, la protección de los medios de la libre determinación de la voluntad de los ciudadanos debe ser prioritaria en el esquema de protección de dicho estado democrático. Es más: la carencia de tales medios profilácticos implicaría graves patologías democráticas manifestadas en alguno (o en todos) los siguientes síntomas: pensamiento único, división de los ciudadanos en buenos y malos según criterios ideológicos, unicidad de los medios de comunicación social, etc. En definitiva, un estado democrático aquejado de dichas dolencias se dirige a gran paso hacia su autodestrucción. En el seno de una sociedad tal, el terrorismo coadyuva de forma esencial a la deformación de la realidad, entorpeciendo la capacidad volitiva de los ciudadanos utilizando como instrumentos el miedo y/o la sugestión.

En la medida en que el terrorismo es un factor decisivo para la destrucción del sistema democrático, al atentar contra los cauces de libre formación de la voluntad individual y colectiva; en esa misma medida, decimos, debe ser considerado su injusto. Se trata, por tanto, de conductas gravemente dañosas para el sostenimiento del régimen democrático constitucional. Y es

dicha razón la que motiva la intervención penal, como medio necesario para la erradicación de tal fenómeno social.

V.3.E. La discutida naturaleza de los actos de colaboración con organización terrorista.

V.3.E. a) El delito de colaboración con organización terrorista, como acto preparatorio: colaboración e iter criminis.

Gran parte de la doctrina científica considera que las conductas castigadas por el tipo previsto en el artículo 576 CP son meros actos preparatorios, excepcionalmente castigados por el legislador de 1995 que los eleva a la categoría de delito autónomo.

Como es sabido, el Código Penal de 1995 restringe la punición de los actos preparatorios adoptando un sistema por el que sólo excepcionalmente se castigan tales actos siempre que expresamente así lo recoja un precepto del Código²⁴⁹. Señalaba CUELLO CONTRERAS²⁵⁰ que las figuras punibles de actos preparatorios son, básicamente, de dos tipos:

- a) La provocación, la proposición y la conspiración.
- b) Otras formas preparatorias de algunos delitos **en particular**, que tienen igual o parecida naturaleza. Y en la misma idea insiste CAMPO MORENO cuando señala que en nuestro ordenamiento coexisten dos especies de actos preparatorios: por un lado, la conspiración, la proposición y la provocación; y por otro, determinados supuestos excepcionales de actos preparatorios que el legislador eleva a la categoría de delitos autónomos²⁵¹.

Esta idea, la de considerar el delito de colaboración con asociación terrorista como meros actos preparatorios especialmente castigados y elevados

²⁴⁹ Así lo prevén los artículos 17.3 CP para la proposición y conspiración; y artículo 18.2CP para la provocación.

²⁵⁰ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del Art. 4, I, CP: los actos preparatorios de la participación*, Barcelona, 1978

²⁵¹ «En nuestro ordenamiento penal vigente son punibles: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir y ello, dejando a salvo los supuestos excepcionales en que el legislador eleva a la categoría de delitos autónomos determinados actos preparatorios» En CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Los actos preparatorios punibles*, Valencia, 2000, Pág. 18

a la categoría de delitos autónomos, exige detenernos un instante en la consideración del plano en el que se van a desarrollar los siguientes párrafos.

En efecto, la consideración de la conducta típica del colaborador como acto preparatorio del delito nos sitúa en plano del *iter criminis* o, lo que es lo mismo, en el plano dinámico del delito en cuanto a su comisión, entendida en un sentido amplio. La doctrina señala, generalmente, que la aparición del delito, su nacimiento a la realidad, se realiza a través de dos tipos de actos: internos y externos. Respecto de los primeros (fase de ideación, deliberación, etc.) se entiende que no cabe su punición, en la medida en que resulta de aplicación el aforismo latino *cogitationes nemo patitur*, toda vez que lo que se encuentra en la mente del sujeto activo es difícilmente cognoscible; y, por otra parte, no supone ataque alguno al bien jurídico como no sea el que se produce en la imaginación.

Sin embargo, cuando dichos actos internos comienzan a tener una presencia externa, aprensible por los sentidos, la atención del Derecho penal se centra en tales actuaciones, en la medida en que potencialmente resultan lesivas para un bien jurídico-penalmente protegido. Se configuran como tales actos preparatorios aquellos que suponen la primera exteriorización de los actos internos (por naturaleza, inaprensibles) hasta el momento en que tales actos pasan de ser meramente preparatorios para comenzar a suponer la auténtica ejecución de la conducta típica prevista por el precepto penal. Así, pues, son actos preparatorios del delito aquellos que se encuentran entre la pura fase interna del delito hasta la realización de los actos ejecutivos del mismo²⁵². Prescindiendo de la consideración de los actos internos, puede hablarse de la existencia de dos fases dentro de los actos externos: una fase ejecutiva y una fase no ejecutiva, incardinándose los actos preparatorios del delito en esta última y vasta consideración, en la medida en que actos preparatorios existen tantos como modos de actuar tiene cada individuo.

Señalado lo anterior, resulta adecuado ahora presentar la opinión de aquellos autores que configuran las conductas de colaboración con asociación terrorista como meros actos preparatorios elevados a la categoría de delito

²⁵² Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios...*, Pág. 567

autónomo; pudiendo citar, por todos, a MUÑOZ CONDE²⁵³ y (en parte) a LAMARCA PÉREZ²⁵⁴.

Sin embargo, esta postura plantea serias dudas en la medida en que surgen preguntas como las siguientes:

1.- Si nos encontramos en el plano del *iter criminis*, concretamente, en la fase no ejecutiva del delito, ¿qué delito preparan los actos preparatorios que constituyen el artículo 576 CP?

2.- En el caso de que no se prepare delito alguno, ¿es posible sostener que el artículo 576 recoge actos preparatorios que no preparan ningún delito? ¿Cabe plantearse la existencia de unos actos preparatorios que se limiten a preparar conductas de carácter general y abstracto y que, de ordinario, no son delictivas?

En efecto, la simple noción de acto preparatorio determina necesariamente considerar qué delito concreto se está preparando, porque si una acción no prepara una conducta penalmente relevante, difícilmente podrá sostenerse que tales acciones tampoco sean nada penalmente relevante y, por

²⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho...*, Pág. 909 «La distinción entre colaboración y participación en un acto delictivo se lleva a cabo, como dice LAMARCA PÉREZ (1985, P. 253) “en función de la fase delictual en la que se preste la colaboración”. Se trata, según establece la STS de 2 de febrero de 1987, de un “acto preparatorio especialmente castigado como favorecimiento, cuyo fundamento punitivo de excepción a la regla de impunidad de tales actos radica ... en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas”»

²⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento...* Págs. 249 y 250 «A la vista de estos precedentes, nuestra Ley orgánica ha optado por diseñar un tipo, o quizá mejor, una compleja tipología de diferentes figuras agrupadas bajo el rótulo de “delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes”. Frente a la figura de favorecimiento de asociaciones ilícitas comunes, el delito del artículo 9 de la Ley orgánica se presenta (sic) como un “tipo especial y cualificado”. En él se recogen formas de participación criminal cuya configuración como delito autónomo se justifica desde sus orígenes en que, de no estar específicamente previstas, sólo cabría su incriminación “cuando estén en relación con actos concretos de terrorismo, pero no cuando aparezcan desligadas de un acto terrorista determinado, ya sea porque éste no se haya ejecutado o porque no exista prueba suficiente de la relación subjetiva y objetiva entre las conductas en cuestión y el supuesto del hecho principal. Se trata, pues, de una expresión más de la severidad con este género de legislación, preocupada siempre por la agravación de las sanciones, y por suplir la falta de pruebas mediante una extensión de la responsabilidad criminal; más concretamente, en el caso que nos ocupa se trata de eso último, ya que si no llega a realizarse el hecho en que se colabora, o no se puede probar el nexo de causalidad, o no se puede probar el nexo de causalidad, sería imposible exigir una responsabilidad por estas conductas como forma de participación accesoria en el hecho delictivo, es decir, como complicidad o encubrimiento, por lo que las mismas sólo serían constitutivas en todo caso y según alguna opinión de actos preparatorios impunes..

Estas razones, unidas a la importancia y peligrosidad que habían adquirido las conductas de colaboración en la realización de las actividades delictivas terroristas, aconsejaron la específica previsión de un tipo penal que las sancionara sin necesidad de ligarlas a la ejecución de un hecho delictivo concreto. (...)»

ende, acciones lícitas. Al respecto, resulta especialmente ilustrativo lo que señala DEL ROSAL BLASCO²⁵⁵, entendiendo que su opinión coincide con la de MIR PUIG, aunque expresada de forma diversa: los actos preparatorios no pueden constituir delito alguno sin la conexión sistemática con el correspondiente tipo de la parte especial, ya que con un acto preparatorio sin delito de referencia (el delito que se prepara) no se ataca bien jurídico alguno y, por ende, resultaría injustificada su punición por carecer la conducta en cuestión de contenido de injusto concreto, ya que los actos preparatorios participan del contenido de injusto del delito que preparan y sin conexión con el mismo, su contenido de antijuridicidad desaparece²⁵⁶. Así, pues, las posibilidades que se ofrecen al análisis son básicamente dos con carácter excluyente:

a) En primer lugar, cabe que las conductas de colaboración con asociación terrorista sean actos preparatorios, elevados a la categoría de delito autónomo, en la medida en que no pueden existir actos preparatorios sin delito de referencia (delito que preparan dichos actos), pudiendo servir de cómo tal:

1.- El tipo de asociación terrorista, tipificado en los artículos 515 2º CP y 516 CP.

2.- O los tipos de delitos terroristas contenidos en los artículos 571 a 574 CP.

b) O bien las conductas de colaboración realmente no son actos preparatorios de delito alguno sino que son conductas con un contenido de antijuridicidad específico que justifica su punición como delito dotado de autonomía propia.

En primero lugar, se examina la posibilidad de que las conductas de colaboración con asociación terrorista sean actos preparatorios del delito previsto en los artículos 515 2º CP y 516 CP. De esta forma las conductas de

²⁵⁵ «La afirmación de tal naturaleza para los actos descritos en los artículos 17 y 18 del Código penal implica, al mismo tiempo, **la negación de que tales conductas constituyan, por sí mismas, sin la conexión sistemática con el correspondiente tipo del libro II del Código penal delito**». BLASCO DEL ROSAL, Bernardo, *La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* VV.AA. Madrid, 2005 Pág. 952

²⁵⁶ BLASCO DEL ROSAL, Bernardo, *La regulación...*, Pág. 952 « (...) si prescindimos de tal conexión sistemática, ni la conspiración, ni la proposición ni la provocación implican un ataque a un bien jurídico autónomo o independiente del bien jurídico protegido por el correspondiente delito de la Parte Especial para el que se conspira, propone o provoca». Si bien, haciendo extensivo lo indicado por el autor al género de los actos preparatorios, sin limitarse a las tres especies citadas.

colaboración supondrían, en realidad, actos preparatorios de las conductas tipificadas en el último artículo citado, es decir, serían actos que prepararían la promoción y dirección de las bandas armadas y organizaciones terroristas así como la dirección de cualquiera de sus grupos; o la mera integración de las citadas organizaciones. La crítica que se puede realizar a dicha opción se centra fundamentalmente en dos puntos concretos:

1.- De un lado, resulta difícil reconducir todas las conductas que puedan incardinarse dentro del tipo previsto en el artículo 576CP a formas preparatorias de las conductas examinadas por simples motivos de incompatibilidad o nula eficacia para dicha preparación. Cuestión ésta que, además, puede verse reforzada con el hecho de que el tipo previsto en el artículo 516CP, en relación con el 515 2º CP, protege como bien jurídico el derecho de asociación garantizado en el Art. 22 CE; por ende, el acto preparatorio de que se trata deberá dirigirse también al ataque de dicho bien jurídico. Baste, por ejemplo, examinar las conductas que el artículo 576 CP señala como de colaboración, en todo caso, para advertir que no se produce dicha puesta en peligro: la información o vigilancia de individuos, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de sujetos vinculados a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas en relación con el Derecho de asociación. Examinadas detenidamente tales conductas, difícilmente puede catalogarse como un acto preparatorio dirigido a atentar contra el bien jurídico protegido, es decir, el uso torticero del derecho de asociación proclamado en el Art. 22 CE. Sin que ello sea óbice para que tal conducta sea peligrosa objetivamente; pero en ningún caso peligrosa en relación con el bien jurídico protegido en el artículo 516CP, en relación con el artículo 515 2º. Y es que debe recordarse que tales preceptos no se orientan a la represión de conductas concretas que ponen en peligro los bienes jurídicos tradicionales, sino que se protege el recto ejercicio del derecho de asociación pacífica consagrado en la Constitución. No cabe duda que dicho uso “torcido” del derecho de asociación puede ser de mortal eficacia para el sistema democrático, que tiene uno de sus pilares en el mencionado derecho de asociación. Y aún cuando las conductas reseñadas pudieran concebirse como

un lejano ataque al bien jurídico protegido, es evidente que dicha interpretación chocaría frontalmente con una interpretación que se ajustara a los principios de responsabilidad por el hecho y de intervención mínima del Derecho penal.

2.- Existe además una razón sistemática que aboga por no concebir las conductas previstas en el artículo 576CP como actos preparatorios. El artículo 519CP²⁵⁷ se refiere, precisamente, a los actos preparatorios punibles (provocación, preparación y conspiración), castigando de forma general tales actos relativos a los tipos previstos en los artículos precedentes al mismo. Parece, pues, sistemáticamente inadecuado concebir las conductas del tipo previsto en el artículo 576 CP como actos preparatorios de los delitos consistentes en la promoción, dirección o integración de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, ya que esas conductas están ya específicamente castigadas por el artículo 519CP. Dicho de otra forma: el legislador ha querido castigar las conductas que pueden preparar las conductas delictivas previstas en el artículo 516 CP y, para ello, ha previsto la punición de las proposición, provocación y conspiración para cometer tales delitos en el artículo 519 CP. De ahí que no puedan considerarse conductas preparatorias las del artículo 576CP porque tales conductas ya están castigadas por el artículo 519CP. Resultaría una incoherencia sistemática concebir que existe una doble punición de los actos preparatorios porque sería frontalmente contradictoria con el sistema de punición “extraordinaria” de los actos preparatorios previsto en los artículos 17CP y 18CP.

Si se examina conjuntamente la razón sistemática antes esgrimida con el primer argumento relativo a la naturaleza de los hecho y su incompatibilidad en cuanto acto preparatorio de los delitos de asociación ilícita, la consecuencia es clara: las conductas castigadas en el artículo 576CP no son actos preparatorios del tipo previsto en el artículo 516CP en relación con el artículo 515 2º CP.

²⁵⁷ El tenor literal de dicho precepto es el siguiente: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

La segunda posibilidad que se abría para considerar las conductas del tipo previsto en el Art. 576CP como actos preparatorios era la de tomar como delito de referencia (como delito que se prepara con tales actos) los delitos que castigan los concretos actos de terrorismo previstos en los artículos 572CP y 574CP. Respecto de tal postura, cabe desarrollar un análisis paralelo al realizado anteriormente:

a) Por un lado, no resulta difícil imaginar que efectivamente algunas de las actividades desarrolladas por los colaboradores con asociaciones terroristas pueden ser actos preparatorios de otros delitos terroristas. Así, por ejemplo, la vigilancia de un objetivo terrorista que, posteriormente en el tiempo, es concretada en un informe que se suministra a un grupo activo de una asociación terrorista para perpetrar un atentado. Tal supuesto, desde luego, puede ser un acto preparatorio. Pero también es cierto que, en el plano que ahora se examina, no todas las conductas de colaboración están ordenadas a la realización de un delito terrorista subsumible en alguno de los preceptos citados (artículos 571 a 574CP). Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 786/2003, de 29 de mayo [RJ 2003\4242] examina su supuesto de hecho que retrata como: «un típico caso de identificación con unos difusos y acriticamente aceptados fines políticos, a cuya consecución se realizan típicos actos de sabotajes en total sintonía con las directrices de la banda ETA, que obviamente actúa desde la clandestinidad (...) la sintonía y comunión de actividad e ideas con ETA está claramente proclamado por la naturaleza de los hechos analizados, totalmente enmascarados en la estrategia de la banda armada difundida a través de notas o de sus boletines. Es este un dato que surge del análisis, incluso superficial, de la realidad vasca. Al respecto no cabe ambigüedad o ignorancia». Concluyendo que «Se está en definitiva ante un caso de atracción o fascinación de la actividad terrorista que cautivó al recurrente y le movió a actuar en grupo sin vinculación orgánica con ETA, pero en comunión con su ideología patógena y con su actividad terrorista, (...) actuando como factor de cohesión una identidad de medios y estrategias».

El sujeto en cuestión, condenado como autor de un delito de colaboración del artículo 576 CP y otro de delito de terrorismo individual del artículo 577 CP (conexión interesante que será abordada al tratar los

concursos), realizó una serie de actividades (incendio de cajeros automáticos de la entidad BBK e información sobre individuos integrados en los cuerpos policiales del Estado y de la Comunidad) como un perfecto *extraneus* de la organización. Estas conductas son muy distintas entre sí porque, en el caso del incendio de cajeros automáticos, resulta difícil poder configurar objetivamente tal conducta como un acto preparatorio. En realidad, no se prepara nada: es una conducta lesiva de bienes jurídicos que favorece estructuralmente a la organización terrorista, sin que se ordene a la preparación de ningún delito terrorista cometido por los miembros de la organización. Estas conductas, de seguir la teoría que configura la colaboración como actos preparatorios, se catalogarían como actos preparatorios sin delito de referencia que, como ya señaló DEL ROSAL BLASCO, no pueden ser considerados en modo alguno como delito independiente por falta de contenido de antijuridicidad.

b) Por otro lado, del mismo modo que el artículo 519CP castigaba los actos preparatorios relativos a los tipos previstos en los artículos 515CP a 518CP, otro tanto ocurren con el artículo 579.1CP²⁵⁸. Es decir: el precepto mencionado pune expresamente la conspiración, la proposición y la provocación de los delitos terroristas previstos en el artículo 571CP a 574CP, luego la exigencia de punición específica que reclama el artículo 17.3CP y 18.2 CP se ve colmada con la previsión de dicho precepto. Así, pues, ¿cómo se puede considerar que las conductas del artículo 576CP son actos preparatorios si tales acciones ya están castigadas por el artículo 579.1CP en relación con los concretos actos terroristas? Desde el punto de vista aquí sostenido, la pregunta debe responderse negativamente: los actos preparatorios de los concretos actos de terrorismo encuentran su adecuada subsunción de los actos preparatorios previstos en el artículo 579.1CP. Es más, sucede que el ya citado artículo 579.1CP hace referencia a la punición de los actos preparatorios de los tipos previstos en los artículos 571 a 578 del Código Penal; luego también se castigan los actos preparatorios de las conductas de colaboración con asociación terrorista del artículo 576CP. Si interpretáramos que tales conductas

²⁵⁸ El artículo 579.1CP dispone: « La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

son, en efecto, actos preparatorios, nos encontraríamos con un resultado poco esperado: si el artículo 576 CP castiga actos preparatorios; y el artículo 579.1 CP pune los actos preparatorios de las conductas previstas en el artículo 576CP, sucede que con el juego de preceptos se estarían castigando actos preparatorios de actos preparatorios, lo cual resulta absolutamente inviable, como recordaba DEL ROSAL BLASCO. Si los actos preparatorios son punibles en la medida en que su contenido de antijuridicidad se deriva del propio del delito que preparan ¿cuál es el contenido de antijuridicidad de unos actos preparatorios que preparan, a su vez, unos actos preparatorios que, además, no tienen delito que preparar? O dicho, de una forma más sencilla: no se pueden castigar los actos preparatorios de otros actos que no preparan ningún delito.

Así, pues, en el caso de que una actividad sea considerada como acto preparatorio de un concreto acto terrorista subsumible en los artículos 571-574CP, ésta deberá considerarse como acto preparatorio de dicho delito a los efectos del artículo 579.1CP, esto es, imponiéndose al autor del mismo la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda al delito que preparan. Y sólo en el caso de conductas que estén desligadas en el plano del *iter criminis* de un delito de referencia, es decir, aquellas conductas de auxilio genérico, y no concreto, a la infraestructura y funcionamiento de la asociación terrorista, podrá ser castigada como colaboración con la misma a los efectos del artículo 576CP.

De todo lo anterior, se deduce que tampoco pueden considerarse las actuaciones castigadas en el artículo 576CP como actos preparatorios de los delitos castigados en los artículos 571 a 574CP porque:

a) No todas las conductas de colaboración tienen aptitud objetiva para preparar delito alguno.

b) Si alguna de las conductas de colaboración observadas realmente hubieras sido actos preparatorios de algún delito específico, corresponde aplicar lo previsto por el artículo 579.1CP

c) Las auténticas conductas subsumibles en el artículo 576CP no suponen, en el plano del *iter criminis*, una actividad dirigida u orientada a la perpetración de un delito concreto, sino que son actividades de auxilio genérico

a la asociación terrorista, desvinculadas causalmente de cualquier concreto acto terrorista.

Una posible interpretación de la razón que lleva a parte de la doctrina a considerar las conductas previstas en el artículo 576CP como actos preparatorios arranca, desde el punto de vista sostenido en este trabajo, de la regulación penal sobre la colaboración con asociación terrorista posterior al Decreto Ley 10/1975: el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y, posteriormente, el nuevo artículo 174 bis b) del Código Penal de 1973 introducido por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar, especialmente en la regulación que introduce esta última norma. Conviene recordar el texto de dicho precepto:

Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan:

- a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.
- b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas, la pena se elevará a reclusión mayor.

Este precepto, que ocupa el espacio punitivo del antiguo artículo 7º del Decreto Ley 10/1975, reprime las conductas de colaboración pero también otras conductas distintas de la colaboración que, lógicamente, suponen una mezcolanza que sólo contribuyó a oscurecer lo que realmente castigaba el precepto. ARROYO ZAPATERO aporta una interpretación decisiva para el

esclarecimiento de la norma. Y así, considera que el precepto reproducido se dirige a punir conductas de favorecimiento de las asociaciones terroristas, pero un favorecimiento que tiene un doble objeto, a los que se refieren respectivamente las letras a) y b) del precepto:

En primer lugar, examina el apartado b) que castiga al que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de cualquier clase de delito por sujetos integrados en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. ARROYO ZAPATERO señala que en este apartado «se supera el marco del favorecimiento a la actividad de la asociación y se incriminan actos de colaboración que favorecen la comisión de los concretos delitos por los miembros de la asociación»²⁵⁹. Pues bien, citando sendas Sentencias del Tribunal Supremo²⁶⁰ referidas al artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, aplicable al supuesto examinado, concluye «primero, que los actos de preparación a que se refiere el apartado b) –que es la nueva versión de los artículos estudiados por el Tribunal supremo- son sólo los de carácter preparatorio del delito, y segundo, que el tipo es aplicable solamente cuando el delito no se ha llegado a cometer»²⁶¹. Nos encontramos, en definitiva, con la configuración de la conducta prevista en la letra b) del precepto como un acto preparatorio del delito especialmente sancionado.

Sin embargo, la letra a) castiga al que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o

²⁵⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 408-409

²⁶⁰ SSTs de 3 de marzo de 1981 y 10 de abril de 1981.

²⁶¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma...*, Pág. 409 *in fine*.

la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados. Puede comprobarse la diferencia sustancial que existe entre el favorecimiento antes examinado y el que ahora se pone de manifiesto. Y tan es así, que el propio ARROYO ZAPATERO señala respecto del mismo que «en el apartado a) se hace referencia al favorecimiento de la asociación ilícita como tal, de su estructura organizativa y de los presupuestos materiales de la continuidad de la misma y de todas las actividades tendentes a dar cumplimiento al fin para el que éstas surgen»²⁶². Ante tan configuración, es evidente que no nos encontramos ante actos preparatorios del delito, en lo que se refiere a “la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados”; sino que ,como también indica el autor citado, «tiene un contenido más amplio, que va más allá de los actos preparatorios, como se deduce del literal del precepto, pues los actos preparatorios son sólo la parte inicial del precepto, favorecimiento de la fundación o reconstitución de las banda, (...) El favorecimiento del apartado a) mantiene, por tanto, el contenido propio del favorecimiento de la asociación ilícita, en los términos acuñados legislativa y doctrinalmente con anterioridad a la reforma»²⁶³.

En conclusión, tanto el artículo 2 del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; como, posteriormente, el nuevo artículo 174 bis b) **letra b) y primera parte de la letra a)** del Código Penal de 1973 introducido por Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, recoge supuestos de actos preparatorios. Pero no es el caso del núcleo esencial de la letra a) del artículo 174 bis b) (“la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas”), que no son actos preparatorios y que son, realmente, la continuación de la primitiva regulación penal de la auténtica colaboración con asociaciones terroristas introducida por el Decreto Ley 10/1975, coexistiendo en el mismo precepto, por tanto, actos preparatorios y actos propios de colaboración denominándose todos como “actos de colaboración”.

²⁶² ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 409

²⁶³ ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 411

Del hecho antes expuesto se explica porqué la doctrina considera actos preparatorios a los actos de colaboración previstos en el artículo 576 CP. Esta consideración es consecuencia de la extrapolación del comentario de **parte** del antiguo artículo 174 bis b) del Código de 1973, sin entender que dicha consideración sólo era predicable de parte de las conductas previstas por dicho precepto: primera parte de la letra a) (fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados) y letra b) (comisión de cualquier clase de delito por sujetos integrados en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos). **Pero no** de lo previsto en la letra a) en su segunda parte: organización, planificación o realización de las actividades de cualquier clase por parte de las referidas bandas o grupos armados; conductas que son herederas directas de las previstas en el artículo 7 del Decreto Ley 10/1975.

Por lo tanto, debe afirmarse que las conductas típicas previstas en el actual artículo 576CP no son actos preparatorios porque las mismas son las herederas de aquellas conductas previstas en el artículo 7 del Decreto Ley 19/1975 que, a su vez, fueron sucedidas por las previstas en la segunda parte de la letra a) del artículo 174 bis b) del Código anterior. Y ello porque las conductas previstas por el actual artículo 576 CP sólo pueden considerarse, en la terminología del artículo 174 bis b) CP1973, como actos de favorecimiento de “la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados”.

V.3.E. b) El delito de colaboración como acto de participación, elevado al grado de autoría: colaboración y participación.

Parte de la doctrina, sin que ello implique que no puedan considerar los actos de colaboración con organización terrorista, también, como actos preparatorio, opta por ubicar la razón de su existencia en sede de autoría y participación. Se deduce de tal opción que la característica que mejor define el acto de colaboración con organización terrorista es la referencia al autor, en la medida en que se configuran las conductas previstas en el artículo 576CP como conductas propias del partícipe. Si la postura que se examinó antes se preguntaba por el *cuándo* de la acción; la postura que examinamos ahora se

pregunta por *quién* y *en relación con qué* se produce la colaboración. Por ello cabe afirmar que esta postura, *a priori*, no excluye la anterior ya que las conductas de participación delictiva pueden asociarse a estadios iniciales de ejecución delictiva.

Dentro del esquema aquí trazado se entiende la consideración del tipo de colaboración como forma autónoma de la participación especialmente sancionada. Desde esta perspectiva, el acto de colaboración con organización terrorista es la propia del cooperador necesario o del cómplice en relación con actividades o finalidades de una banda armada. La distinción entre cooperación necesaria o complicidad servirá, como podrá comprobarse más adelante, para configurar la autoría y participación en el delito que se examina.

Esta postura es la mantenida en la doctrina española, por ejemplo, por CARBONELL MATEU²⁶⁴ y PRATS CANUT²⁶⁵; considerando, pues, que el tipo de colaboración con organización terrorista castiga conductas que implican participación en actividades de asociaciones terroristas sin venir subordinadas a las exigencias del principio de accesoriedad.

Antes de considerar la cuestión central, parece necesario detenerse en apuntar unas notas preliminares sobre el principio de accesoriedad y la complicidad, esenciales para la posterior comprensión de la idea que aquí se defiende. Así, puede señalarse que el principio de accesoriedad implica la existencia de una real dependencia entre sujetos, hechos o situaciones en relación con una determinada conducta humana que se considera jurídico-penalmente relevante. Aplicado al elemento de la participación delictiva, se indica que la participación es siempre accesoria, es decir, que el hecho del partícipe depende siempre del hecho del autor²⁶⁶. Según OLMEDO

²⁶⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Delitos contra el orden público*, en VIVES ANTÓN, T.S. et Al. *Derecho...*, Pág. 1044: «Pero no queda con esto resuelto la problemática que suscita el concepto de colaboración. Al lado de las conductas de autoría directa de delitos a la que acabamos de referirnos, el artículo 576, como veremos más adelante, castiga otros actos que denomina “de colaboración”, que sí tienen la consideración técnica de conductas de participación; es decir, conductas de cooperación necesaria o complicidad con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista, que no consiste en la comisión de figura delictiva, al margen de la propia del 576».

²⁶⁵ PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *Comentarios...*, Pág. 2103

²⁶⁶ Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Artículo 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios ...*, Pág. 163 y 164

CARDENETE, la doctrina más moderna distingue dos aspectos de la accesoriedad en la participación: a) una accesoriedad cuantitativa o externa y b) una accesoriedad cualitativa o interna.

Respecto de la accesoriedad cuantitativa o externa, se señala cuál es el grado de desarrollo de la conducta observada por el autor para que pueda desencadenarse la punibilidad del partícipe. Al respecto, BARJA LÓPEZ DE QUIROGA²⁶⁷ señala de forma clara y taxativa que sólo puede ser a partir del momento en que el hecho del autor comienza a ser punible, es decir, en palabras de OLMEDO CARDENETE²⁶⁸, cuando el autor da comienzo a la ejecución del hecho, que no es otra cosa que el estado propio de la tentativa, en términos de *iter criminis*. Ahora bien, cuando nos referimos a *hecho del autor*, con ello nos estamos refiriendo lógicamente a un tipo de la parte especial del Código Penal. Luego de lo anterior se deduce que sólo cabe participación cuando el hecho del autor está en fase, como mínimo, de tentativa; o, lo que es lo mismo, ha comenzado a realizar los actos propios de ejecución de la conducta descrita por el tipo de la parte especial en cuestión.

Como puede comprobarse, es en este punto donde tanto participación y actos preparatorios comparten elementos de unión a la hora de considerar la naturaleza propia de los actos de colaboración con asociación terrorista. Y es que, si la participación sólo cabe cuando el autor principal ha realizado sus actos propios de autor en grado de tentativa, sucede que en los actos preparatorios que haya podido observar el autor principal no cabe la participación, en atención a la punición excepcional que, como se indicó, prevé los artículos 17 y 18 CP. En el fondo, la participación en los actos preparatorios no es que no exista sino que, precisamente, esta participación del tercero constituye los propios actos preparatorios: proposición, provocación y conspiración para cometer delitos. Proponer, provocar y conspirar suponen siempre una pluralidad de individuos que, una vez se ha superado el estadio de preparación, van a desarrollar una serie de conductas que, entonces sí, podrán catalogarse como autores o partícipes.

²⁶⁷ Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Artículo 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios ...*, Pág. 163 y 164

²⁶⁸ Cfr. OLMEDO CARDENETE, M. *Artículos 27, 28 y 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Comentarios...*, Pág. 285 y SS.

En cuanto a la accesoriedad cualitativa o interna, se considera en dicha sede cuáles son los elementos del delito cometido por el autor, que deben constituir objeto de referencia para la conducta de participación. De entre las múltiples opciones planteadas en la doctrina por MAYER (que no se abordan por no ser objeto de estudio), la mayoría de los autores se decanta por la denominada accesoriedad limitada. Con ello se quiere decir que para la existencia de conductas de participación punibles, el hecho principal de referencia ha de ser *típico y antijurídico*. Y además, se requiere que el hecho principal del autor sea doloso, en la medida en que no cabe la punición de la participación en delitos imprudentes.²⁶⁹

En resumen, el principio de accesoriedad aplicado a la participación delictiva implica:

a) La existencia de un hecho principal de referencia (un delito de la parte especial cometido por un autor).

b) Como mínimo, la existencia del hecho del autor en grado de tentativa (*iter criminis*). Si no existe tentativa, se producirá un supuesto de acto preparatorio, en su caso.

c) Que el hecho principal del autor del delito referencial sea un hecho típico y antijurídico.

d) Por último, que el autor del delito en el que se participa haya obrado dolosamente.

Por lo que se refiere a la complicidad, se debe considerar en la medida en que las conductas de participación que supondrían los actos de colaboración con asociación terrorista serían, justamente, de complicidad (básica o necesaria). Señala BARJA LÓPEZ DE QUIROGA que cómplice es aquel sujeto que dolosamente presta ayuda a otra para que ésta realice dolosamente un hecho antijurídico. Así, la complicidad implica una colaboración que se concreta en una prestación de ayuda que facilita o favorece al autor principal la realización del hecho típico y antijurídico en que consiste su conducta criminal.

²⁶⁹ Cfr. OLMEDO CARDENETE, M. *Artículos 27, 28 y 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios...*, Pág. 285 y SS.

Una vez que se ha examinado de forma sucinta tanto el principio de accesoriidad limitada como la complicada, parece oportuno abordar la cuestión central de este apartado: cuando la doctrina científica señala que el artículo 576CP recoge conductas de participación (complicidad) elevada a la categoría de autoría ¿a qué se refiere concretamente esa participación? Y es que, como hemos visto al tratar brevemente el principio de accesoriidad, las conductas de participación requieren necesariamente un delito de referencia que sea cometido por un autor, de cuya conducta va a depender la propia del partícipe; y además, se requiere que la conducta del autor reúna aquellos caracteres que más arriba también se indicaron: que el hecho típico y antijurídico esté en fase, como mínimo, de tentativa; y que tal hecho sea doloso. Si las conductas previstas en el artículo 576CP son conductas propias de participación: ¿cuál es el delito de referencia? ¿Cuál es el hecho típico y antijurídico, dolosamente cometido, subsumible en un tipo concreto de la parte especial del Código penal cometido por un autor? Cabe pensar en dos opciones, considerando los posibles delitos de referencia:

- 1.- O bien se trata de conductas de participación en los tipos previstos en los artículos 571-574CP y, por ende, a los tipos comunes que les sirven de base a los mismos.
- 2.- O bien, de conductas de participación en el tipo de asociación terrorista castigado en los artículos 515 2º CP y 516CP.

En cuanto a la primera posibilidad, es decir, a que se trate de conductas de participación en los delitos que castigan los concretos actos de terrorismo, resulta difícil configurar las conductas previstas en el artículo 576CP como conductas de participación en los tipos de los artículos 571 a 574 CP ya que, en tal caso, lo que efectivamente se produciría serían conductas propias de participación en tales tipos, distintas de las castigadas en el artículo 576CP, respecto de la cuales no existe derogación de la normas de participación. O lo que es lo mismo: la existencia del artículo 576CP no es óbice para que se pueda castigar a un individuo como cómplice de un delito de los señalados en los artículos 571 a 574CP sin que tal conducta sea una conducta propia de colaboración con asociación terrorista. De este modo, puede afirmarse que coexisten en planos diferentes las conductas de colaboración, por un lado; y de

otro, las conductas de participación en los concretos delitos terroristas cometidos.

Esta coexistencia puede explicarse en la medida en que se contemplen de una forma dinámica lo señalado por los incisos I y II del artículo 576.2 Párrafo 2º CP, como se tendrá oportunidad de observar a continuación. En efecto, cabe imaginar la existencia de una conducta colaboradora (incluso de alguna de las catalogadas como tal por el apartado 2º del artículo 576) que no sean conductas subsumibles en el tipo previsto en el artículo 576 sino que, por el contrario, deban ser tipificadas como conductas de complicidad en el delito en concreto al que se orienta la actividad desarrollada. Así, por ejemplo, el *extraneus* que, sin formar parte de una banda armada, organización o grupo terrorista, aporta datos sobre las rutinas de un individuo determinado y otros datos importantes sobre su vida que, adecuadamente tratados por la organización terrorista a la que se auxilia, resultan determinante para que se produzca un atentado contra la vida de ese ser humano no va a responder como autor de un delito de colaboración con organización terrorista. Y no lo hace porque resulta de aplicación la norma concursal prevista en el artículo 576.2 Párrafo 2º Inciso 2º. Esta norma escinde y distingue la autoría del artículo 576 de los supuestos de participación (complicidad o incluso coautoría) en los delitos previstos en los artículos 571 a 576CP.

Existen, por tanto, conductas que aún siendo materialmente idénticas y llevadas a cabo por idéntico sujeto activo, pueden ser constitutivas del tipo de colaboración con asociación terrorista; o bien, pueden revestir la forma de participación en el delito terrorista concreto al que se ordenan. Y es por esta razón por la que existe la regla concursal, antes citada, del artículo 576CP, al menos en lo que a supuestos de vigilancia e información de individuos se refiere. Si por virtud de lo señalado, existen conductas de participación en los delitos de terrorismo previstos en el artículo 571 a 574CP, no puede decirse que las conductas previstas en el artículo 576 también son conductas de participación en los delitos indicados. Surgiría entonces una duplicidad de conductas castigadas que resultaría, desde todo punto de vista, absurda. Es de presumir que la actuación del legislador (más o menos acertadas según los personales puntos de vista) es en todo caso racional. De donde se deduce que,

en efecto, las conductas previstas en el artículo 576CP no son conductas de participación en los delitos terroristas previstos en los artículos 571 a 574 CP.

De lo indicado se deduce que aquellas conductas que, por no ser punibles como participación en alguno de los de los concretos delitos terroristas, constituyen el ámbito objetivo propio de las conductas de colaboración con asociación terrorista ya que, de lo contrario, resultarían impunes. Y ello a pesar de que desde una perspectiva puramente material, las conductas del partícipe en un delito de los previstos en los artículos 571 a 574CP y la conducta prevista en el artículo 576CP sean iguales. Así, siguiendo con el ejemplo antes expuesto, en el caso de que la información transmitida a la organización no hubiera sido utilizada para la perpetración de atentado alguno y simplemente fuera archivada para una mejor inteligencia de la organización, en la medida en que no existe un delito de referencia en relación con el cual la conducta del informador sea accesoria, no cabe considerar al mismo como partícipe de delito alguno, por la sencilla razón de que no existe esa conducta de autor principal de que es accesoria la conducta del partícipe.

Los criterios para determinar si una conducta de colaboración debe ser considerada como de autoría del tipo previsto en el artículo 576CP o como conducta de participación en el concreto delito terrorista son los siguientes (sin perjuicio de que esta idea se desarrolle más ampliamente al tratar la cuestión concursal):

a) En primer lugar, como ya se indicó en el apartado relativo al sujeto activo, sólo puede cometer el delito de colaboración con asociación terrorista la observada por un *extraneus* a dicha organización criminal. En caso contrario, nos encontraríamos ante una forma de autoría o participación de los tipos previstos en los tipos de los artículos 571 a 574CP, en forma de colaboración contributiva de quienes forman parte orgánica de la empresa criminal.

b) Por otra parte, la conducta de colaboración del artículo 576CP debe ser una conducta no ejecutiva, es decir, desconectada causalmente de la perpetración de un concreto acto terrorista. De este modo, las conductas delictivas observadas por un *extraneus* a la asociación terrorista pueden determinar su imposibilidad de ser autor de cualquiera de los tipos previstos en los artículos 571 a 574CP por no concurrir en sí mismo el requisito esencial de

la pertenencia orgánica a la asociación terrorista. No obstante lo cual, sí cabe la participación de tal sujeto en los concretos delitos especiales impropios contenidos en los ya mencionados artículos 571 a 574CP. Una participación factible en la medida en que los mismos se refieren siempre a tipos comunes de la parte especial que cobran una especial significación punitiva en el ámbito del terrorismo.

c) En línea con lo anterior, la conducta de colaboración debe ser siempre genérica, es decir, suponga un soporte genérico y estructural a la asociación terrorista con la que se colabora, ya que la especificidad de tal conducta orientada a la realización de un concreto hecho o actividad de la asociación terrorista, puede dar lugar a una de estas dos opciones:

1.- Una prueba indiciaria de la integración del sujeto en la banda armada, organización o grupo terrorista, siempre que se demuestre la habitualidad de tal colaboración, pasando a los supuestos de autoría o coautoría previsto en los artículo 571 a 574CP

2.- O bien la especificidad puede ser tal que, precisamente por su cualidad, se convierta en una colaboración ejecutiva en la perpetración de un hecho delictivo terrorista concreto. En tal caso, debería hablarse de un supuesto de participación del *extraneus* en delito especial impropio de que se trate (571-574CP) por virtud de la regla concursal antes citada del artículo 576. 2 párrafo 2º, inciso II (en los casos de información y vigilancia).

Configurada, pues, la conducta de colaboración que integra el tipo previsto en el artículo 576 CP como una colaboración realizada por un *extraneus*, no ejecutiva y de carácter genérico; unido a la previsión concursal de la regla previsto en el artículo 576. 2 párrafo 2º, inciso II, puede llegarse a la conclusión de que tales acciones no son, en modo alguno, supuestos de complicidad en los delitos de terrorismo previstos en los artículos 571-574CP. Por el contrario, se trata de otro tipo de conductas independientes de aquellas que integran los tipos reseñados y que de no existir el tipo previsto en el artículo 576CP, resultarían impunes.

En el segundo supuesto, esto es, considerar las conductas del artículo 576CP como conductas de participación en el tipo de asociación terrorista

castigado en los artículos 515 2º CP y 516CP, procede realizar su examen adelantando el resultado desde el que se parte en este trabajo: en efecto, las conductas señaladas son conductas de participación en el delito de asociación terrorista. Las razones que justifican esta afirmación parten de una base concreta: el colaborador al que se refiere el artículo 576CP es cómplice en la comisión del delito de asociación terrorista, del que serán responsables como autores o coautores aquellos sujetos que tienen dependencia orgánica de la organización y que, según el tenor literal del artículo 516CP, serán los promotores, directores e integrantes de la organización y sus grupos. Cuatro son los argumentos principales que cabe emplear para sostener dicha afirmación:

1.- En primer lugar, no debe perderse de vista el sistema bifronte de represión del terrorismo que se contiene en el Código Penal español. Dicho sistema, pues, divide el fenómeno terrorista para su punición, distinguiendo entre los preceptos destinados a reprimir la asociaciones terroristas (artículos 515 2º y 516CP y demás preceptos aplicables) ubicado en el Título XXI, Capítulo IV Sección 1ª, rubricado “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”; y, por otro, se sancionan los concretos actos terroristas en los delitos previstos en los artículos 571 a 574 de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Código Penal, que lleva por rúbrica precisamente “De los delitos de terrorismo”.

La razón esencial que justifica este sistema bifronte es, desde el punto de vista aquí sostenido, el distinto bien jurídico protegido afectado en cada uno de los grupos de delitos mencionados. Así, en el caso del delito de asociación terrorista, el bien jurídico protegido es el derecho de asociación consagrado por el artículo 22 de la Constitución²⁷⁰. De ahí la incardinación de los tipos

²⁷⁰ Artículo 22 CE:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

reseñados en el Capítulo IV dentro del Título destinado a proteger la Constitución española. Con ello se pretende garantizar el adecuado uso del derecho de asociación que, lógicamente, ve quebrantada su propia esencia y razón por parte de aquellos grupos que, sirviéndose del derecho de asociación torticeramente, tuercen el recto ejercicio democrático de dicho derecho con la constitución de asociaciones que socavan el fundamento mismo del Estado democrático en que surgen.

Por su parte, los tipos previstos en los artículos 571-574CP castigan los comportamientos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos esenciales, propios de los tipos comunes que les sirven de base (en la medida en que son delitos especiales impropios) junto con el especial bien jurídico protegido por estos tipos y que justifica su existencia independiente y agravada en relación con los tipos comunes de base: el orden democrático y constitucional. Para resumir lo señalado, cabe decir que la represión bifronte esbozada se resume en la punición de dos hechos diferentes: los hechos relativos a la asociación terrorista y los concretos actos terroristas.

Centrando el análisis ahora en los tipos que sancionan las asociaciones terroristas, debe descenderse al examen de los sujetos criminalmente responsables por tales hechos. Y así, el artículo 516CP considera como sujetos activos de dicho ilícito penal a los promotores, directores e integrantes de las asociaciones terroristas. La nota común de tales sujetos criminalmente responsables es su vinculación a la asociación, a la existencia de una relación orgánica con la misma que los convierte en *intraneus*, miembros de dicha asociación y, desde un punto de vista puramente material, en la asociación misma.

Sin embargo, respecto de tales delitos cabe plantearse la siguiente cuestión: las conductas previstas en el artículo 516CP (propias de autor, como todas las previstas en el Código Penal como norma general) ¿son susceptibles de participación? Y en especial ¿cabe la participación en tales tipos por parte de un *extraneus* a la asociación? Puesto que, de tratarse de un *intraneus* a la organización, no existiría participación sino integración y, por tanto, un supuesto de autoría del artículo 516CP. De ahí que parezca lógico que pueda pensarse, dentro de las figuras asociativas castigadas, la existencia de sujetos

que, sin vinculación orgánica con la organización, con su actuación contribuye a la lesión del bien jurídico protegido: el derecho de asociación previsto en el artículo 22CE. Y ello aún cuando personalmente no reúna el principal requisito para la comisión de los delitos: la condición de *intraneus*. Según la opinión sostenida en este trabajo, es posible la participación del *extraneus* en el delito de asociación terrorista aunque parece necesario realizar una aclaración centrada en el carácter del delito como especial propio. Y es que tal condición la reúne el tipo en cuestión en la medida en que la propia naturaleza de las cosas (la dinámica comisiva del delito) exige que para la lesión del bien jurídico (el derecho de asociación) concorra más de un sujeto que se asocien entre sí y constituyan la asociación²⁷¹. Y ello porque la asociación es una realidad de naturaleza plural, lo que motiva que no quepa lesión del derecho de asociación por parte de un sólo sujeto, aislada de otras: no existiría asociación en tal caso. No existe razón alguna para no aplicar las normas generales de participación al delito de asociaciones ilícitas, por lo que cabe la participación del *extraneus* en el delito de asociación ilícita, como cómplice o cooperador necesario.

En segundo lugar, sentado lo anterior, debe señalarse que no obstante lo indicado, no puede darse en los tipos de asociación ilícita la participación porque la misma se ve excepcionada por la vigencia del artículo 518CP²⁷², que castiga precisamente las conductas de participación de forma autónoma, derogando las normas sobre participación y haciendo responder como autores a los responsables de la participación en las asociaciones ilícitas. El *extraneus* que colabora con una asociación ilícita se convierte en autor del tipo de colaboración/cooperación con asociación ilícita previsto en el artículo 518CP; y no en partícipe de una conducta prevista en el artículo 515CP, produciéndose la derogación de las normas generales de participación para tal supuesto.

Si bien lo que se ha indicado previamente es de aplicación a todas las asociaciones ilícitas, lo cierto es que existe una sola excepción. Y justamente tal excepción es la que se refiere a las asociaciones terroristas del artículo 515

²⁷¹ El Diccionario de la RAE señala que la primera acepción del verbo “asociar” es: « Unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo»; accesible en la Web: www.rae.es

²⁷² El artículo 518 CP dispone: «Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1 y 3 al 6 del artículo 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años».

2º CP y que resulta de gran importancia para el estudio que se está desarrollando. En efecto, el referido artículo 518CP excepciona lo dispuesto en el mismo para las asociaciones terroristas, ya que solo se aplica a las «comprendidas en los números 1 y 3 al 6 del artículo 515». Así, pues, en virtud de lo previsto en el artículo 518CP existe una derogación expresa de las normas generales de participación relación con las asociaciones ilícitas salvo en el caso de las asociaciones terroristas: bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cabe plantearse, en función de dicha excepción, si ello implica que respecto de las asociaciones terroristas rigen las normas generales sobre participación. En principio, contemplando en su totalidad los tipos que regulan la represión de las asociaciones ilícitas, la respuesta habría de ser necesariamente positiva. Y en función de dicha consideración, deberían castigarse las conductas de participación en el tipo previsto en el artículo 516CP. Y sin embargo, dicha punición no se produce porque supondría una vulneración del principio *ne bis in idem* en relación, precisamente, con el artículo 576CP. Y es que, en efecto, el artículo 576CP ocupa el mismos lugar y función sistemáticos que el artículo 518CP para las asociaciones ilícitas no terroristas: la de elevar las conductas de participación al nivel de autoría, excepcionando las normas generales de participación para tales casos²⁷³. Así cobra sentido la excepción del artículo 518CP que, de otra forma, resultaría injustificada. Y es que ¿qué razón podría justificar que las conductas de colaboración con asociaciones terroristas no fueran incluidas en el artículo 518CP sino el hecho de que tal función la iba a desarrollar el artículo 576CP? El artículo 576CP se dedica a reprimir las actividades desarrolladas por los colaboradores con asociaciones terroristas a la par que los concretos actos en que se manifiesta, como posteriormente se verá. Centrando el examen en lo que se refiere estrictamente a la punición de la simple colaboración con asociación terrorista, se produce también (como en el caso del artículo 518CP) la derogación de las normas generales sobre participación y, en su virtud, el *extraneus* que colabora con una banda armada, organización o grupo terrorista

²⁷³ En el mismo sentido: VIVES ANTÓN, T.S y CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho...*, Pág. 823; GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (Dir.) *Derecho...*, Pág. 654; y TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al. *Comentario...*, Págs. 1952 y 1955

no responderá como partícipe del delito de asociación ilícita, sino como autor del delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista, o lo que es lo mismo, autor de un delito de colaboración con asociación terrorista. Y es que como ya se indicó previamente, banda armada, organización o grupo terrorista no dejan de ser tres especies de un mismo género: la asociación terrorista. Además, esta nomenclatura contribuye a clarificar la íntima relación existente entre el tipo de artículo 576CP y el previsto en el artículo 518CP, en relación con su *no previsión* de lo señalado por los artículos 515 2º CP y 516CP.

Así las cosas, ¿cuál es la razón que motiva el desplazamiento de la colaboración con asociación terrorista del Título XXI (Delitos contra la Constitución) al Título XXII (Delitos contra el Orden Público)? Pregunta que se plantea porque, en principio, parece sistemáticamente más adecuado haber ubicado el tipo en cuestión (576CP) dentro del Título XXI, como un artículo más. Sin embargo parece clara la intención del legislador de respetar el principio de *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho penal al realizar la ubicación del presente tipo. Como ya se señaló, la punición del fenómeno terrorista en nuestro ordenamiento jurídico obedece a un sistema bifronte que castiga la constitución o participación en la organización terrorista desde el punto de vista de la lesión o puesta en peligro del derecho de asociación; y también castiga las concretas acciones terroristas, materializadas en delitos comunes revestidos de la finalidad terrorista, y que son llevadas a cabo por los miembros de tales organizaciones (o de forma individual, en el artículo 577CP). En virtud de este sistema bifronte, cuando la acción judicial se dirige contra un integrante de banda armada que a su vez ha cometido delitos terroristas, la pena con que se conmina su conducta estará compuesta por la que resulte de un concurso real de delitos: el artículo 516CP (por relación al Art. 515.2º CP), sancionando la integración; y la sanción que corresponda por los actos terroristas cometidos (Arts. 571-574CP). Sin embargo, como se pudo comprobar, el sistema represivo de la colaboración con asociación terrorista previsto por el Código Penal difiere sustancialmente del paralelo previsto para los miembros de la asociación. El legislador ha querido vincular necesariamente la punición de la colaboración con asociación terrorista al castigo de los concretos hechos en los que la mencionada colaboración se

materializa. Así, mientras que cabe el castigo autónomo de la pertenencia a la asociación terrorista como promotor, director o integrante de la misma, sin necesidad de que exista delito terrorista alguno (homicidio, secuestro, etc.); no sucede otro tanto con la colaboración, ya que sólo se castiga la misma en la medida en que ésta se materializa de una forma real y apreciable por los sentidos.

Con la configuración del tipo de colaboración con asociación terrorista y su ubicación junto con los delitos que sancionan los concretos actos terroristas (sin que exista confusión con los mismos) se contribuye a limitar y circunscribir la punición de los actos terroristas dentro de lo necesario y sin que se adelanten de forma irresponsable las barreras de protección penal. Lo contrario sucedería en el supuesto de que se superpusieran (en concurso ideal) la punición de los concretos actos de colaboración, de un lado; y de otro, la punición del simple hecho de la colaboración (en el modo que se prevé para las asociaciones ilícitas no terroristas en el artículo 518CP).

Junto a lo ya indicado, también debe considerarse que la ubicación elegida y la forma de punición seleccionada resulta también consecuente con la mecánica comisiva de los delitos de colaboración con asociación terrorista y con las necesarias garantías constitucionales. Y es que la colaboración con tales asociaciones difícilmente puede ser probada si no se concreta en un hecho determinado y material. De lo contrario, podrían darse supuestos de colaboración inmateriales (meramente espirituales) con la asociación ilícita, materia reservada a los actos preparatorios del delito (singularmente al tipo de apología). Se trataría, pues, de un ámbito distinto al de la colaboración material con la asociación, de perfiles mucho más inseguros, en la medida en que habría de considerarse dónde terminan los actos de apoyo meramente morales, abarcados por la libertad de expresión; y dónde comienzan los actos apologéticos que merecen la sanción penal.

c) Por otra parte, y siguiendo con lo ya expresado en otros puntos anteriores, la propia naturaleza del tipo previsto en el artículo 515 2º CP invita a configurar la colaboración de la forma que actualmente presenta, atendiendo al carácter permanente que tiene el delito previsto en tipo mencionado. En efecto, la conducta que castiga el tipo de asociaciones terroristas consiste en la

generación de un estado antijurídico que se extiende y dilata en el tiempo sin solución de continuidad. Un estado antijurídico que viene constituido por el tiempo que transcurre desde el momento en que se funda la asociación terrorista con base en un acuerdo de los promotores y directores de la misma, con el concurso de los integrantes; y culmina en el momento en que ese pacto desaparece. Durante semejante íterin la situación antijurídica se mantendrá en la medida en que el bien jurídico protegido se vea lesionado de un modo permanente, puesto que el segmento de tiempo que ocupa la existencia de la asociación ilícita terrorista supone un ataque permanente y continuado al derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución, derivado de su empleo torticero y alejado de los valores democráticos y cívicos que lo inspiran.

Los promotores, directores e integrantes de la asociación terrorista son autores directos de la permanencia en el ataque al bien jurídico protegido, en tanto que miembros de la organización (*intraneus*); mientras que los colaboradores, como *extraneus* de la colaboración, con su actividad extraordinaria (ajena al funcionamiento interno habitual) no genera con su actuación el ataque al bien jurídico protegido, pero sí que contribuyen eficazmente con su actuación a que dicho ataque siga siendo permanente o, lo que es lo mismo, a que permanezca en el tiempo. Ahora bien, esto no quiere decir que el tipo de colaboración también sea permanente, como ya se indicó más arriba. En todo caso, el delito de colaboración con asociación terrorista es un tipo de tratos sucesivo, no necesariamente permanente. Debe tenerse en cuenta que la colaboración puede ser, por ejemplo, un solo acto de vigilancia o la prestación de un determinado servicio, sin que dicha actividad suponga un estado antijurídico que se extienda en el tiempo.

d) Por último debe señalarse que la configuración realizada del tipo previsto en el artículo 576CP supone una decidida apuesta por la naturaleza subsidiaria del mismo. Pero una subsidiariedad que se establece entre el mencionado tipo y el previsto en el artículo 515 2º CP en relación con el 516CP. Así, la naturaleza subsidiaria del tipo que es objeto de estudio, debe ponerse en relación con la polémica existente entorno al uso procesal que se realiza con el tipo en cuestión. Una polémica que ya se trató más arriba en este trabajo, centrada en

considerar que el artículo 576CP se utiliza como “cajón de sastre” para los supuestos en los que la falta de la prueba impida incriminar a un sujeto como integrante (al menos) de la asociación terrorista. De esta forma, el tipo examinado tendría como única razón de su existencia, un pretendido afán represivo e indiscriminado del Estado, ávido de sancionar ciudadanos inocentes de toda culpa.

Siendo, en parte, cierto que es la dificultad de prueba para justificar la sanción de determinados individuos como integrantes de asociaciones terroristas uno de los motivos (no el único ni el más importante) que motiva la existencia del tipo previsto en el artículo 576CP; no lo es menos que la interpretación aquí sostenida del mismo tienen un carácter más positivo y garantista en cuanto a su aplicación. Y es que, en efecto, existe en la técnica judicial un “juego” entre el tipo de colaboración y el de integración en función de la prueba existente. Pero ello no es más que el resultado del normal funcionamiento en la subsunción de los hechos en el tipo de que se trate. El tipo básico viene constituido por el previsto en el artículo 515 2º CP, mientras que el del artículo 576CP tiene un claro carácter subsidiario de aquél, para el caso de que (con independencia de la conducta material observada) el sujeto sea un *extraneus* a la organización. En cierto sentido, podría considerarse que ocurre lo mismo cuando la calificación jurídica de un hecho pivota entre el tipo de hurto y el de apropiación indebida: será la prueba de la concurrencia de los específicos requisitos de cada tipo la que determine la concurrencia de uno u otro.

Así, atendiendo a la doble naturaleza del tipo previsto en el artículo 576CP, lo determinante para configurar una conducta como integración o colaboración va a ser, sobre todo, el carácter del sujeto activo, en cuanto que *intraneus* o *extraneus* a la organización. Y este hecho va a depender casi en exclusiva de que mediante una prueba adecuada pueda configurarse al sujeto activo como uno u otro, sin que dicha alteración suponga una procesalización del Derecho Penal en el ámbito de la represión del terrorismo.

V.3.E. c) Consideración personal.

A modo de conclusión parcial en este largo apartado puede decirse que desde la perspectiva mantenida en este trabajo, las conductas de colaboración con asociación terrorista no pueden ser catalogadas como actos preparatorios de delito alguno. Sí, por el contrario, cabe su consideración como actos propios de la participación llevada a cabo por un *extraneus* a la asociación que colaboran en la lesión al bien jurídico protegido en los tipos de los artículos 515 2º CP y 516 CP. Respondiendo a esta última idea puede considerarse el hecho de que, dentro del sistema bifronte de punición del fenómeno terrorista en España, tal “bifrontalidad” se transmite al concreto tipo del artículo 576CP, de modo que en el mismo se castigan tanto las conductas de simple colaboración con la asociación terrorista (rellenando el hueco dejado por el artículo 518CP para tales asociación); y, al mismo tiempo, se punen los concretos actos en los que se materializa dicha colaboración. Con esto, el legislador ha considerado oportuno castigar con una sola pena ambos contenidos de antijuridicidad en atención al principio de *ultima ratio* del Derecho penal. Y de este modo, el artículo 576CP reúne en un solo tipo esa doble naturaleza punitiva: la que se refiere a la punición de la colaboración con la asociación ilícita y, por otro lado, la punición de los concretos actos en que se encarna.

V.4. MODALIDADES COMISIVAS

V.4.A.- Breve recorrido histórico-legislativo por las conductas típicas del delito de colaboración.

A efectos sistemáticos resulta interesante realizar un recorrido detenido por cada uno de los tipos históricos de colaboración con asociación terrorista, en cuanto a su contenido material típico. Es decir, atendiendo a las concretas conductas que el legislador ha considerado en cada momento como colaboración con las mencionadas asociaciones.

En primer lugar, aunque propiamente no supone la regulación explícita de la colaboración con asociación ilícita, corresponde examinar tanto el Código

penal de 1973 y el Código de Justicia Militar, en los tipos de terrorismo que tales Códigos contenían antes de la fecha en que el tipo concreto de colaboración se introduce por primera vez en nuestra legislación. De tal modo que, si bien no se punía expresamente la colaboración, en la medida en que los colaboradores realizaran actos propios de complicidad en tales medidas, podrían ser imputados como cómplices de tales delitos. Y así el **Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, del Código Penal** contenía las siguientes conductas típicas:

1.- La ejecución de actos encaminados a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías o medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos (artículo 260).

2.- La utilización de sustancias explosivas o inflamables o armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de los seres humanos, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o de comunicación (Artículo 261).

3.- La coacción o amenaza contra alguna persona (Artículo 262).

4.- La alteración del orden, a través de la cual se causen lesiones o vejaciones a las personas (artículo 263).

5.- La alteración del orden, a través de la cual se produzcan desperfectos en las propiedades obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios (artículo 263).

6.- El depósito de armas y municiones (artículo 264).

7.- La tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte, o suministro de cualquier forma (artículo 264).

8.- La mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados (artículo 264).

Mientras que, por su parte, el **Código de Justicia Militar, modificado por la Ley 42/1971, de 15 de noviembre** recogía las siguientes conductas:

1.- La alteración de la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos (artículo 294 bis a]).

2.- El atentado contra las personas (artículo 294 bis b]).

3.- El atentado contra la propiedad (294 bis c]).

Como ya se indicó más arriba, el verdadero nacimiento de los tipos de colaboración con asociación terrorista lo constituye el **Decreto-Ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo**, que marca en sus artículos Sexto y Séptimo, en sus distintos apartados, las conductas que se configuran como de colaboración. Así, en función de las disposiciones legales citadas, eran conductas de colaboración:

1.- En relación con locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas (los conocidos como "zulos"), se castigaba en el artículo Sexto la conducta consistente en:

- a) su construcción
- b) la orden o autorización de su construcción
- c) así como la disposición o permiso de su utilización

2.- En relación con el auxilio que se pueda prestar a las personas o personas implicadas en las asociaciones terroristas, se consideraba típica en el artículo Séptimo número Uno las conductas consistentes en:

- a) Alojarse o dar albergue a tales personas
- b) Facilitar sus desplazamientos

- c) Ocultar o transportar cosas o efectos que les pertenecieren
- d) O la prestación de cualquier género de ayuda para realizar sus propósitos.

3- En relación con los sujetos antes mencionados, el siguiente precepto recogía la colaboración en un ámbito muy concreto de la actividad de tales terroristas (en relación con unos hechos históricos también muy concretos), como son fue continuo trasiego de activistas de ETA por la frontera francesa, durante el tiempo en que se consideraba al país vecino como “santuario francés” de ETA. En relación con tales entradas y salidas clandestinas, el artículo Séptimo número Dos castigaba a quienes a tales fines facilitaren a tales individuos:

- a) Guía
- b) Documentación
- c) Medio de transporte
- d) Cualquier otro auxilio.

4.- En el número Tres del artículo Séptimo se sancionaba también otra actividad, frecuentemente aplicada por los tribunales de justicia, consistente en la intercomunicación de los miembros de las asociaciones terroristas mediante la función de correo. Y así, se consideraba punible la transmisión de mensajes entre tales sujetos.

5.- También se sancionaba en el artículo Séptimo número Tres otra conducta, distinta de la señalada anteriormente, que también resulta de vital importancia para las asociaciones terroristas: el suministro de datos o informaciones, siempre que tales datos resulten idóneos para el favorecimiento de los designios de la organización.

6.- Se castigaba, el artículo Séptimo número Cuatro, como conducta de colaboración con las asociaciones ilícitas señaladas aquellas que se relacionan de una forma más directa con los instrumentos utilizados para alcanzar las finalidades terroristas. Y así, se sancionaba a quienes, lógicamente sin estar legalmente autorizados, tuvieren en su poder sustancias, instrumentos o

efectos para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos, elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos.

7.- En la misma dirección indicada, se consideraba conducta de colaboración, en el artículo Séptimo numero Cinco, la mera tenencia, sin que exista, no ya autorización legal, sino una razonable justificación, de manuales o instrucciones de cualquier clase destinados a las siguientes finalidades:

- a) La elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios
- b) El manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana
- c) Así como otros manuales o instrucciones que tengan una finalidad didáctica análoga a los anteriores, en cuanto sirvan al fin de las asociaciones terroristas.

8.- Un tipo específico de colaboración, que supone un reenvío normativo cerrado y claro, se regulaba en el número Seis del artículo Séptimo, en tanto que se remitía al artículo 338 bis del Código Penal de 1973²⁷⁴, para considerar a sus autores como colaboradores con asociación terrorista, cuando los hechos de que se trataba estuvieran en relación con las conductas terroristas observadas por la asociación en cuestión.

9.- Por último, se estimaba como conducta de colaboración con asociación terrorista el anuncio de la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquiera otro atentado terrorista. Se sancionaba, pues, como colaborador con asociación terrorista a aquel sujeto que comunicara (generalmente a un medio de comunicación o servicios de emergencia) la colocación de artefactos o la perpetración de atentados. La justificación era evidente: el conocimiento de tales hechos supondría un hecho cierto de colaboración aunque, de por sí, no pueda demostrar la integración del individuo en el organigrama de la asociación (artículo Séptimo número Siete).

²⁷⁴Art. 338 bis: El que, pudiendo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno impedir un delito contra la vida o que cause grave daño a la integridad, la libertad sexual, la libertad o la seguridad de las personas, se abstuviere voluntariamente de hacerlo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, o con ambas penas.

El que se abstuviere de poner en conocimiento de la autoridad o de sus agentes, en el plazo más breve posible, los hechos delictivos a que se refiere el párrafo anterior será castigado con las penas previstas en él.

El posterior Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975 de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos, en su artículo tercero, modifica el artículo siete del Decreto-Ley 1975, en su párrafo segundo. Esta modificación, no obstante, no afecta a la conducta típica castigada por dicho precepto modificado, sin que se produzca alteración alguna en lo que al colaborador se refiere.

Con posterioridad a la aprobación en Madrid de los denominados Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977, surgirán las normas destinadas a punir el terrorismo sin dar a tal fenómeno dicho *nomen iuris*. Y en tal línea se sitúan la **Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo** mediante la cual, como ya se indicó más arriba, se introduce el artículo 481 bis en el Código Penal, que a los efectos que ahora interesan, sólo hace referencia a la materia que se regulaba en el artículo Sexto del Decreto 10/1975. Conductas que el precepto examinado limita a:

- 1.- La construcción o acondicionamiento de “zulos” para la comisión del delito castigado en el artículo 480 CP1973.
- 2.- La construcción o acondicionamiento de “zulos” para su entrega a otro individuo, para la comisión por este del citado artículo 480CP1973.
- 3.- Y, por último, la simple disposición, por cualquier título de tales lugares.

Tan solo unos días después, el **Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana**, se va a referir a las labores desarrolladas por los conocidos como “comandos informativos” formados por individuos no integrados en las asociaciones terroristas. Esta vez, acompañándose de una fórmula omnicomprensiva como cláusula de cierre abierta para la incriminación de conductas de colaboración sin especificación alguna. Concretamente, se sanciona en su **artículo 2**:

1.- A quien recabe o facilite de cualquier modo informaciones que favorezcan la comisión de los delitos previstos en el artículo 3.1 del Real Decreto.

2.- Así como a quien realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión del mencionado precepto.

Conviene recordar que el número 1 del artículo 3 del Real Decreto-Ley 3/1979, castiga todos los actos realizados por sujeto o sujetos integrados en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos.

Tras la prolongada ausencia de los tipos de terrorismo, como tales, del Código Penal, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar vuelve a punir el fenómeno terrorista, concretando en el artículo 174 bis b) del Código Penal de 1973 las conductas típicas de colaboración con asociación terrorista. A este precepto ya se ha hecho referencia antes, cuando se consideró el examen al que lo sometió ARROYO ZAPATERO. Se reprimían una serie de conductas que tenían como principal referente material las conductas incriminadas en el Real Decreto 10/1975:

1.- La obtención, el hecho de recabar o facilitación, en cualquier modo, de:

- a) información
- b) vehículos
- c) alojamientos o locales
- d) armas o explosivos u otros medios materiales

2.- La cooperación económica.

3.- Y, en general, todos aquellos actos que se realizaran para favorecer:

a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.

b) La comisión de cualquier clase de delito por sujeto o sujetos integrados en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y

actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de uno o más seres humanos, la pena se elevará a reclusión mayor.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, recogerá las conductas propias de colaboración en su artículo 9 volviendo el terrorismo a ser materia de legislación especial. Su rúbrica señala claramente su contenido: “Delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes”. La importancia del precepto que se examina ahora es relevante, en tanto que pretende superar las deficiencias técnicas halladas en el precepto previsto en el artículo 174 bis b) antes examinado, inaugurando un nuevo sistema de tipificación del delito de colaboración que podría designarse como “sistema de catálogo”. La sistemática comentada consiste en señalar, primero, la punición de los actos de colaboración, para posteriormente designar qué actividades son en todo caso colaboración; cerrándose dicho catálogo con una cláusula de cierre abierta. Así, genéricamente, en el artículo 9.1 se castigaba la obtención, el hecho de recabar o facilitar de cualquier acto de colaboración que favoreciera la comisión de delitos comprendidos en la Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista o banda armada o rebelde.

Por su parte, el apartado 2 recoge el catálogo de conductas de colaboración, señalando como tales:

1.- La información, especificándose que la misma podía ser:

a) sobre personas

b) sobre patrimonios

c) o sobre instalaciones, edificios públicos y privados, centros urbanos y cualesquiera otras que sean significativas para las actividades del grupo o banda armada o rebelde.

2.- En relación con la construcción de los denominados “zulos” se sancionaba dicha conducta, ampliando los usos que del mismo se pudieran realizar. Y así

se castigaba la construcción, cesión o utilización de cualquier tipo de alojamiento u otro elemento susceptible de ser destinado a:

- a) la ocultación de personas
- b) depósito de armas o explosivos
- c) víveres
- d) dinero

e) Y, por último, la ocultación de cualesquiera otras cosas, siempre que fueran pertenencias relacionadas con los grupos o bandas armadas, terrorista o rebeldes, o vinculadas con sus actividades delictivas.

Junto con dicha conducta, se preveía también la represión genérica de cualquier actividad dirigida a facilitar la huida de quienes formaren parte de las asociaciones terroristas. Para tal caso, se punía la prestación de cualquier tipo de ayudas que favoreciera la fuga de tales individuos.

3.- En tercer lugar, y como novedad en cuanto a conductas típicas de colaboración con organización terrorista, se punían determinados comportamientos dirigidos a facilitar la estructura y la formación continua de los integrantes de la asociación terrorista. Y a tal efecto, se reprimió:

a) la organización o asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los grupos o bandas armadas, terroristas o rebelde.

c) así como el mantenimiento de relaciones de cooperación con organizaciones extranjeras del mismo carácter.

4.- Por último, se consideraba también conducta de colaboración cualquier forma de cooperación económica o de ayuda o mediación hecha en relación con la asociación terrorista, siempre que la misma se efectuara con la finalidad de financiar grupos o actividades terroristas, rebeldes y bandas armadas.

La última modificación de los preceptos relativos al terrorismo antes de la promulgación del nuevo Código Penal es la operada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, que devuelve al Código Penal la punición del fenómeno terrorista. La Ley Orgánica examinada es continuadora del “sistema de catálogo” inaugurado por la Ley de 1984, por lo

que se limita a incorporar la conducta de colaboración tipificada conforme a esta última norma, resumiendo su contenido.

En su primer apartado recoge la punición general de los actos de colaboración, señalando como tales la obtención, el hecho de recabar o facilitar de cualquier acto de colaboración que favoreciera la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. Se suprimió, como es lógico, la mención de la Ley concreta, puesto que la norma comentada incorporaba un nuevo tipo al Código Penal, para eliminar la ley penal especial de 1984.

Por lo que respecta al catálogo de conductas de colaboración del apartado 2, por tales se tenían:

1.- La información o vigilancia, especificándose que la misma puede ser de:

- a) de personas
- b) de bienes
- c) o instalaciones.

Como se puede comprobar, se añade un nuevo verbo nuclear de conducta típicamente de colaboración: la vigilancia de los objetivos indicados y no solo la información.

2.- En relación con los “zulos” se reprime, de forma genérica, su construcción, cesión o utilización como alojamientos o depósitos, sin necesidad de especificar lo contenido por los mismos como en la regulación inmediatamente anterior.

3.- Una novedad respecto de la legislación anterior, aunque ninguna invención en la regulación histórica, fue el rescate de las conductas relativas a la ocultación o traslado de sujetos integrados o vinculados a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. Conducta que procede del ya antiguo artículo 7.2 del Decreto-Ley de 1975.

4.- En el apartado cuarto se castigaba de forma más resumida la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento.

5.- Y, finalmente, como cláusula de cierre abierta, se castigaba cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Finalmente, alcanzamos la regulación del actual Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, en cuyo artículo 576 se contienen las conductas típicas de colaboración, señalando en su apartado primero la consabida proclamación genérica de la represión penal de los actos colaboracionistas, si bien añadiendo un nuevo verbo típico que viene a paliar la crítica doctrinal existente. Así, se castiga el hecho de llevar a cabo o de recabar o la facilitación de cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

En su apartado 2 recoge el catálogo vigente de conductas que constituyen colaboración, eliminando la mención anterior que consideraba tales conductas “en todo caso” como de colaboración. Así, son actos de colaboración:

1.- La información o vigilancia, en relación con:

a) personas

b) bienes

c) o instalaciones, sin especificar en este caso a qué tipo de instalaciones se refiere.

2.- En segundo lugar, se ocupa el código de la ya tradicional punición de los zulos, castigando la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos. Se añade, por tanto, como novedad relativa la incorporación del verbo típico “acondicionar”. Novedad relativa porque, como ya se ha visto, tal conducta se recogía en el artículo 481 bis del Código Penal de 1973, según la redacción dada por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo.

3.- La ocultación o traslado de sujetos vinculados a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas

4.- También se pune, sin que ello implique novedad alguna, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas.

5.- Y, en general, se termina sancionando cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las asociaciones terroristas, constituyendo la ya clásica cláusula de cierre, abierta al castigo de otras conductas de colaboración no específicamente tipificadas en el artículo 576CP.

V.4.B.- Conductas típicas de colaboración desde la perspectiva legislativa.

Parece interesante extraer del catálogo histórico-legislativo de conductas antes descrito, una relación de conductas que, aunque no se recojan como tales en el artículo 576CP, no por ello dejan de ser conductas de colaboración con organización terrorista. Esta “permanencia” subsiste por mor de la cláusula de cierre abierta con que estos tipos han sido coronados de ordinario por el legislador. Así, es evidente que las conductas de colaboración que fueron previstas como tales en las primitivas normas represivas de la colaboración con asociación terrorista pueden no aparecer en el catálogo vigente, sin que por ello pierdan su naturaleza de colaboración con tales asociaciones.

La presencia de unas u otras conductas en el catálogo de conductas típicas depende más de las condiciones históricas y los concretos hechos en los que se encarna la conducta terrorista del momento. De tal forma que pueden considerarse diez conductas que, del análisis conjunto de la normativa estudiada, constituyen auténticas conductas de colaboración.

1.- ZULOS.

La primera conducta típica y ejemplar de colaboración con organización terrorista es la construcción, orden u autorización de construcción, acondicionamiento, disposición, utilización o entrega a otro individuo de un

local deliberadamente oculto y/o disimulado que sirva para uno de estos fines: la ocultación de individuos, en este caso, víctimas de secuestro; o bien la ocultación de cosas, dentro del amplio abanico en que pueden consistir: documentos, armas, explosivos, instrucciones, mensajes, dinero, y un largo etcétera, cuya característica común se sitúa en la finalidad del “zulo”: el servicio de las finalidades y actividades de la asociación terrorista.

2.- ALOJAMIENTO, AVITUALLAMIENTO Y MOVILIDAD NACIONAL.

Similar a la anterior conducta es la relativa al auxilio que se puede prestar a sujetos implicados en asociaciones terroristas. Auxilio relativo a las necesidades de alojamiento y avituallamiento indispensables. Es, por tanto, una conducta de colaboración alojar o dar albergue a tales sujetos, facilitar sus desplazamientos, ocultar o transportarlos, facilitarles vehículos, etc. Conductas que suponen la proporción de una infraestructura necesaria para el adecuado funcionamiento de la asociación terrorista. Conducta que, además, se lleva a cabo con pleno conocimiento de la pertenencia de tales miembros a la misma y con una nota esencial en todas las conductas descritas: una sigilosa clandestinidad. Por esta razón son conductas que no perceptibles a primera vista y que entrarían dentro del campo de la normalidad extrapenal, si no fueran puestas en relación con la asociación ilícita a la que pertenecen los auxiliados en tal forma.

3- TRASLADO INTERNACIONAL.

Una modalidad de la conducta antes prevista, que gozó de gran predicamento en los albores de la legislación española antiterrorista, es la relacionada con la entrada y salida del territorio nacional de los miembros de asociaciones terroristas. Conducta que, ahora, en el marco del terrorismo internacional (especialmente el de base Yihadista), cobra nuevo relieve. Estos traslados son una realidad innegable por el continuo trasiego de *muyahidines* con destino a o procedentes de campos de entrenamiento (en países como Afganistán), así como a otros países donde se encuentran otros miembros de la asociación. En relación con tales traslados internacionales, cabe considerar como conductas de colaboración la observada por aquellos individuos que facilitan a los miembros de la asociación terrorista guía, documentación para el

viaje, medio de transporte (vehículo, billetes de transporte público) y todo el campo integrado por acciones relacionadas con la circulación de individuos a nivel internacional.

4.- CORREO.

Una conducta que resulta tradicionalmente considerada como de colaboración es la intercomunicación de los miembros de las asociaciones terroristas mediante colaboradores que ejercen la función de correo. Y así, se considera punible la actuación del tercero colaborador en las labores de intermediación entre los miembros de la asociación terrorista o en aquellos casos en que destinatario o receptor no sean miembros de tal asociación, siempre que una de las partes en el proceso comunicativo sea la asociación terrorista. En la actualidad, se plantean interesantes cuestiones en relación con la función de correo con la utilización de las nuevas tecnologías, especialmente Internet y el correo electrónico, así como las múltiples opciones que se brindan al usuario para la transmisión de mensajes: chats, blogs, páginas Web, etc.

5.- INFORMACIÓN Y VIGILANCIA.

Una actividad también reconocida tradicionalmente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es la es el suministro de datos o información que resulten idóneos para favorecer los designios de la asociación. Conductas que suponen recabar o facilitar una serie de informaciones en cuyo poder se está, bien por razón del cargo o posición que se ocupa (caso, por ejemplo, de un empleado de Telefónica, Policía Local...); o bien como consecuencia de la observación directa, que implica un conocimiento directo de alguna realidad. Informaciones, en uno y otro caso, que puede recaer sobre individuos, bienes de carácter patrimonial o instalaciones, entendiendo por éstas últimas los edificios públicos y privados, centros urbanos, así como cualquier otra que resulte de significación para la asociación terrorista.

6.- SUMINISTRO DE EXPLOSIVOS Y OTRAS SUSTANCIAS PELIGROSAS Parte importante de cualquier asociación terrorista es la actividad de suministro del amplio repertorio de instrumentos de los que tal asociación se sirve para materializar la violencia política que promueve con su

actividad. Se sanciona, por esta razón, como conducta de colaboración con las asociaciones ilícitas señaladas, aquellas realizadas por lo que sin estar legalmente autorizados, tuvieren en su poder, obtuvieren, recabaren o facilitaren en cualquier modo sustancias, instrumentos o efectos para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos, elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos a los miembros de la asociación terrorista.

7.- MANUALES E INSTRUCCIONES

En relación con lo anterior, también supone una evidente conducta de colaboración la mera tenencia, sin que exista no ya autorización legal, sino una razonable justificación, de manuales o instrucciones de cualquier clase destinados a la elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios. A estos materiales nos referimos antes, aunque también puede tratarse de aquellos que puedan construirse con los mismos. Manuales, también, relativos al manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana; así como cualesquiera otros manuales o instrucciones que tengan una finalidad didáctica análoga a los anteriores, en cuanto sirvan al fin de las asociaciones terroristas.

8.- ECONÓMICA

Otra conducta, evidentemente catalogada como de colaboración, es aquella de carácter económico que el colaborador realiza con los miembros de la asociación o con la asociación misma. Son supuestos clásicos de financiación de la asociación mediante múltiples medios, no necesariamente ilícitos. Es más, la comisión de delitos contra el patrimonio para favorecer a la asociación terrorista se halla punido en el Art. 575 CP; luego la conducta que ahora se examina se refiere, más bien, a la participación económica lícita con tales asociaciones: beneficios empresariales, donaciones, etc.

9.- RECLAMACIÓN DE ATENTADOS, COMUNICACIÓN ETC.

También se estima como conducta de colaboración con asociación terrorista el anuncio de la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquier otro atentado terrorista, así como la reclamación de tales atentados a

través de los medios que puedan considerarse adecuados. Individuos que, si bien no están integrados en la asociación terrorista, demuestran con tal conducta un conocimiento de tales hechos que supone un indicio cierto de su colaboración.

10.-CAMPOS DE ENTRENAMIENTO/RELACIONES INTERNACIONALES.

Por último, una conducta de gran predicamento en la actualidad, es la realización de determinados comportamientos dirigidos a facilitar la estructura, reclutamiento y formación de los integrantes de la asociación terrorista. A tal efecto se reprime tanto la organización o asistencia a cursos o campos de entrenamiento de los grupos o bandas armadas, terroristas o rebelde; como el mantenimiento de relaciones de cooperación con organizaciones extranjeras del mismo carácter. Siempre que se trate de conductas, lógicamente, observadas por quien no pertenece a dicha asociación terrorista.

Se incluyen al finalizar este capítulo sendos anexos (I y II) donde pueden compararse las normas que han castigado el delito de colaboración con asociación terrorista en cuanto a la conducta recogida.

V.4.C.- Conductas de colaboración desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial.

Sobre las conductas típicas puede hacerse una doble consideración, en función de que se trate de lo que la doctrina ya ha consolidado con base en el terrorismo etarra; y aquellas conductas de colaboración que están en relación con la estructura organizativa del terrorismo internacional de raíz Yihadista.

Así, en cuanto a la doctrina consolidada de conductas típicas en relación con el terrorismo nacional, cabe citar a MESTRE DELGADO²⁷⁵, que señala como conductas esenciales, a raíz del análisis que realiza de las Sentencias de la Audiencia Nacional desde su fundación hasta 1987, las siguientes:

²⁷⁵ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia...*, Págs. 198-202

1.- Realización de actividades propias de la infraestructura material del grupo terrorista, por parte de sujetos no integrados en el mismo, y cuya justificación estribaría en la utilización por el grupo de intermediarios no sujetos al control policial:

a) Alquilar pisos o locales para su posterior utilización por los integrantes de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 39/1982, de 4 de mayo.

b) Alquilar o facilitar de cualquier modo vehículos para su utilización por la banda terrorista o sus miembros, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 84/1984, de 21 de diciembre.

2.- Realización de actividades propias de la infraestructura organizativa de la banda terrorista:

a) Servir de buzón a un comando Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 32/1983, de 18 de marzo

b) Portar mensajes (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 57/1981, de 5 de mayo), dinero (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 40/1983, de 13 de abril) o armas (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 75/1983, de 16 de julio) de un integrante a la banda o viceversa.

c) Reivindicar a los medios de comunicación acciones cometidas por la organización terrorista, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 7/1985, de 4 de febrero.

3.- Realización de actividades propias de la infraestructura informativa de la organización criminal:

Realizar observaciones, fotografías y vigilancia sobre posibles objetivos de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 59/1984, de 29 de septiembre; y Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982 [RJ 1982\7869], de 9 de marzo de 1983 [RJ 1983\1790], de 17 de marzo de 1983 [RJ 1983\2142], de 3 de junio de 1983 [RJ 1983\3080], de 21 de diciembre de 1983 [RJ 1983\6713] y de 25 de febrero de 1986 [RJ 1986\901].

4.- Poner a disposición de la organización terrorista medios materiales o conocimientos técnicos que puedan ser utilizados por aquélla para la realización de sus actividades delictivas:

a) Entregar a la organización copias de DNI o cartulinas de permiso de conducir en blanco, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 7/1983, de 20 de enero.

b) Dar autorización a la banda para construir un zulo, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 14/1983, de 22 de enero.

c) Asesorar en materias de telecomunicaciones a los diversos integrantes de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 21/1984, de 11 de abril.

5.- Desarrollar actividades que fortalezcan la estructura delictiva de la banda terrorista:

Buscar y reclutar individuos que se integren en la organización en cualquiera de sus diversos escalones operativos, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, nº 55/1985, de 13 de junio.

6.- Desarrollar actividades que favorezcan los fines que persiguen las bandas terroristas:

Repartir propaganda de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 103/1983, de 24 de noviembre.

7.- Prestar cobijo, asistencia u otros servicios a los miembros de la organización, que favorezcan el desarrollo de sus actividades criminales o les proteja de la persecución policial o la represión penal:

a) Acoger en el propio domicilio a algún miembro de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 4/1986, de 23 de enero.

b) Trasladar a los miembros de la organización en automóviles, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 42/1985, de 12 de julio.

c) Curar a los integrantes de la organización que resulten heridos en sus acciones, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 4/1982, de 19 de febrero.

d) Facilitar la entrada o salida clandestina en España de algún miembro de la organización, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, 84/1984, de 21 de diciembre.

e) Dar dinero a los miembros de la organización terrorista, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, 29/1984, 23 de mayo.

f) Avisar a los integrantes de la banda armada de la existencia de una acción policial contra ellos, Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, nº 65/1985, de 22 de junio.

Todas las conductas señaladas se incluyen en un anexo (III) al término de este capítulo, de forma que pueda realizarse un examen comparativo simultáneo.

Y por otra parte, CAMPO MORENO²⁷⁶, tras examinar los Sumarios 2/1987, del Juzgado Central de Instrucción nº Uno (SOKOA) y el 309/92, del Juzgado Central de Instrucción nº Cinco (BIDART), desarrolla un cuadro de la estructura interna de una organización como ETA, para «saber cuáles son las conductas que pueden favorecer sus fines». Y así señala que la estructura, a la que denomina Comité Ejecutivo, estaría formado por cuatro secciones o aparatos, dentro de los cuales se interrelacionan aquellas conductas de colaboración que para el autor en cita suponen una concreta cooperación con la asociación. Así:

1.- Aparato político.

A) Oficina política y prensa.

B) Acogida y seguridad.

Las conductas de favorecimiento del aparato político pueden agruparse, a su vez, en dos bloques:

Bloque 1.- La difusión de ideas, publicaciones y la labor de la organización terrorista, así como todo lo que supone la profundización en el campo propagandístico y de captación de afines a la causa, para la cual la

²⁷⁶ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión*, Pág. 90

banda armada cuenta con personal simpatizante en diversos medios de comunicación.

Bloque 2.- Aquellas conductas que suponen la prestación de ayuda concreta a los miembros de la organización (prestar alojamiento, el propio domicilio, transporte de miembros, etc.)

2.- Aparato militar

- A) Comandos
- B) Taldes de reserva
- C) Enlaces

Al respecto se puede considerar de especial eficacia la colaboración que supone la información y vigilancia de posibles objetivos de la organización.

3.- Logística

- A) Material
- B) Pasos de muga
- C) Cursillos
- D) Falsificación

Dentro de la presente categoría cabe encuadrar conductas variadas, que van desde la práctica del entrenamiento, hasta la aportación de materiales a la organización, pasando por la atención de las necesidades primarias de los miembros de la organización: vestido, alimento... También puede encuadrarse en el auxilio del aparato logístico las de correo interno.

4.- Economía y finanzas.

Por lo que respecta al terrorismo internacional de base Yihadista, es evidente que la doctrina penal no ha profundizado tanto en la concreta punición de las conductas de este tipo de terrorismo. Mucho menos, por tanto, en las conductas de colaboración con tales asociaciones terroristas, dado lo novedoso de su existencia y su especial complejidad organizativa, en relación con las asociaciones terroristas tradicionalmente combatidas en España. De ahí que se le dedique un el siguiente subepígrafe completo.

V.4.D.- Conductas de colaboración en el entorno de las asociaciones terroristas Yihadistas.

V.4.D. a) La complejidad del fenómeno asociativo terrorista de la Yihad.

La estructura organizativa de una asociación terrorista de base Yihadista plantea problemas de definición derivados de lo novedoso del problema y lo intrincado de su sistemática. Una dificultad que comienza, en primer lugar, por considerar que tales asociaciones pueden ser de varios tipos, como tiene señalado JORDÁN²⁷⁷. Así, siguiendo al citado autor, pueden distinguirse tres tipos de grupos tácticos que, a su vez, pueden o no pertenecer a una organización superior. Tres grupos que integran las categorías de que se compone lo que se ha venido a denominar “movimiento Yihadista global”, y que el autor en cita define como «el conjunto de individuos, grupos y organizaciones que comparten la ideología del salafismo Yihadista e intentan alcanzar sus objetivos generales mediante la acción común». Los tres tipos de colectivos²⁷⁸ a los que nos referíamos son los siguientes:

1.- Equipos de ataque.

²⁷⁷ Cfr. JORDÁN, Javier, *Las redes Yihadistas en España: evolución desde el 11-M*, en Athena Intelligence Journal Vol 2, No 4 Artículo 1/11 4 de octubre de 2007, accesible en www.athenaintelligence.org

²⁷⁸ También se refiere a tres esferas MERLOS, pero refiriéndose a la configuración de Al-Qaeda tras el atentado del 11-S. De ahí que lo que él denomina “núcleo interno” como primera categoría, esté integradas por quienes tradicionalmente constituyeron Al-Qaeda: «El núcleo interior de la red está compuesto por los cuadros medios y altos responsables desde su origen y hasta el 11S de la matriz Al Qaida, ahora en una situación de aislamiento y acorralamiento. Se inscriben aquí los máximos responsables del original sistema de comités que no han sido abatidos o capturados, como Osama bin Laden, Ayman Al Zawahiri o Suleiman Abu Gaith

(...)

En una segunda red, más externa, se inscriben las organizaciones y grupos que hasta el 11S mantuvieron relaciones estrechas con la cúpula árabe-afgana y, especialmente desde el 23 de febrero de 1998, con las entidades asociadas al Frente Islámico Mundial para la Yihad contra los Judíos y Cruzados

(...)

En una tercera red se inscriben grupúsculos y activistas solitarios, con sus propios medios y sin una relación directa con el núcleo de Al Qaeda o terceras organizaciones más o menos estructuradas y consolidadas, pero dispuestos a hacer méritos a cualquier precio para ingresar en entramados Yihadistas más o menos organizados

(...» En MERLOS, Alfonso, *La deconstrucción de Al-Qaeda. De la jerarquía al Yihadismo individual*, Conferencia pronunciada en las Jornadas “La nueva situación en Oriente Próximo: estabilidad, negociación y terrorismo”. Universidad Pontificia de Salamanca, 15 al 17 de noviembre de 2006, accesible en la Web www.athenaintelligence.org

Por tal se entiende la asociación de individuos pertenecientes a una organización mayor, que se introducen en un país para cometer una determinada acción terrorista. De tal tipo era, por ejemplo, el equipo de terrorista que perpetró el atentado del 11-S. Dentro de este tipo se incluyen, entre otras organizaciones, al Grupo Salafista para la Predicación y el Combate (GSPC).

2.- Células locales.

En tal categoría se incardinan grupos Yihadistas que actúan en el país de residencia de sus miembros, los cuales también dependen funcionalmente de otra organización superior, al menos sus promotores y directores. Sus funciones son de carácter logístico: distribución de propaganda, obtención de dinero perpetrando pequeños delitos, y el reclutamiento de voluntarios para su envío a Irak u otras zonas de combate. En España, Francia e Italia se han desarticulado asociaciones de tal tipo integradas dentro del GSPC (Grupo Salafista para la Predicación y el Combate) así como del GICM (Grupo Islámico Combatiente Marroquí).

3.- Redes de base.

Finalmente, existe un tercer tipo de organización extremadamente peligroso, por cuanto su principal característica es la descentralización e independencia funcional de organizaciones superiores. Así, JORDÁN señala que «consiste en grupos de personas que aceptan los objetivos estratégicos del movimiento Yihadista global y que intentan contribuir a ellos desde el país donde residen». Como se ha indicado, la nota principal es la independencia de otras organizaciones superiores, lo que no impide que los miembros de tales células (en especial, sus promotores y directores) ocasionalmente puedan tener alguna relación de colaboración con otros miembros pertenecientes a tales organizaciones superiores. Sus labores principales pueden ser de dos tipos: logísticas o de combate, desarrollándose en ambos casos, de manera autónoma en el nivel táctico y, en la mayoría de los casos, también a nivel operacional. La independencia de tales redes de base de otras organizaciones superiores no implica que, como cualquier grupo humano, tal asociación pueda tener una estructura jerarquizada y distribución especializada de sus funciones;

si bien con una clara connotación informal, en la medida en que el valor esencial en que se apoya la existencia de tal célula es la ideología común así como en la existencia de vínculos personales entre sus miembros, especialmente, la amistad.

No obstante lo antes señalado, es conveniente tener en cuenta que la complejidad de la realidad asociativa que se examina requiere hacer una breve referencia a la interconexión que todos los grupos Yihadistas tienen respecto de Al-Qaeda, aún cuando se traten de redes de bases y, por ende, independientes de dicho grupo terrorista²⁷⁹. Puede examinarse la interrelación entre las redes de base y Al-Qaeda en dos planos distintos, partiendo de la base de que la influencia *no* es propiamente de una organización sobre otras, sino de concretos sujetos (líderes de Al-Qaeda) que ejercen un liderazgo cuasi-espiritual y que JORDÁN denomina “el núcleo”, dentro del cual se sitúan especialmente Bin Laden, Ayman al-Zawahiri, Abu Ayman al-Hilali o Sayf al-Adl. Los planos a los que nos referíamos son los siguientes, siguiendo al autor antes citado:

1.- En el nivel estratégico, es decir, en el que se definen las grandes líneas de actuación, la influencia se canaliza a través de la propaganda, la relevancia internacional que adquieren determinados atentados terroristas y, especialmente, «mediante directrices estratégicas de líderes Yihadistas difundidas en los medios de comunicación, sobre todo, a través de Internet»²⁸⁰.

2.- En el nivel operacional, la influencia se canaliza a través de las siguientes vías, siguiendo también aquí el criterio de JORDÁN²⁸¹:

a) designación de blancos y de posibles de operaciones

²⁷⁹ Así lo expresa JORDÁN: «Se trata ciertamente de un movimiento descentralizado, pero ello no significa que no exista en absoluto ningún tipo de coordinación. Por el contrario, resultan apreciables mecanismos de influencia limitada en los niveles operacional y táctico. Por ejemplo, en el consenso sobre la legitimidad de atacar determinados blancos o en la recomendación sobre el modo de realizar los ataques», en JORDÁN, Javier, *El modus operandi del nuevo Yihadismo*, accesible en la Web [www.safe-democracy.org](http://spanish.safe-democracy.org), concretamente en <http://spanish.safe-democracy.org/2006/09/18/el-modus-operandi-del-nuevo-Yihadismo>

²⁸⁰ JORDÁN, Javier, *El modus operandi del nuevo Yihadismo...*

²⁸¹ JORDÁN, Javier, *El modus operandi del nuevo Yihadismo...*

b) patrones de conducta establecidos por células vinculadas directamente al núcleo

c) participación en las redes de base de Yihadistas veteranos que han pasado por campos de entrenamiento y marcan el *modus operandi* del grupo

d) difusión de manuales de la Yihad que suponen cierto grado de influencia en los niveles táctico y operacional en materia de planificación y ejecución de acciones terroristas, etc.

Respecto de sus miembros, como ya se ha indicado, pueden observar tres conductas diferentes:

a) Pueden limitarse a colaborar con la Yihad global atendiendo a los encargos recibidos dentro de su red de base.

b) Puede, además de lo anterior, desarrollar labores de colaboración y mantener vínculos con miembros de otras organizaciones (superiores u otras redes de base).

c) O incluso puede desarrollarse una colaboración tan estrecha entre miembros de unas y otras redes de base, que como resultado de la misma se produzca la fusión de tales redes, con la complejidad que lleva consigo determinar el momento de tal circunstancia. Un supuesto de lo señalado anteriormente es, precisamente, el atentado acaecido en Madrid. Dicho acto terrorista fue perpetrado por una red de base Yihadista que se forma por la fusión de tres redes diferentes, acaudilladas por Serhane “el Tunecino”, Jamal Ahmidan “el Chino” y Allekema Lamari.

De lo anterior se deduce que las redes de base pueden ejercer una doble función simultánea: la de perpetrar atentados terroristas desde el nivel que le es propio; o bien, el desarrollo de actividades de colaboración con otras organizaciones similares o superiores. Y ello siendo conscientes de que tales funciones no son atribución propia de la asociación terrorista, sino de cada uno de sus miembros, en función de su personal actuación. Si bien lo indicado antes no impide que una asociación tenga una u otra finalidad de forma preponderante. De ahí que se deba examinar por separado cuál es la función y finalidad a la que sirve la asociación terrorista y, de forma coordinada, cuál es la misión que desarrollan sus miembros dentro de la misma y en sus relaciones

con otras posibles asociaciones terroristas de igual o superior nivel²⁸². Siendo de especial mención el hecho de que el elemento teleológico de los delitos de terrorismo posee, en el los supuestos de terrorismo Yihadista, una esencial importancia por cuanto “tiñe” cuanto hace la asociación con el deseo de ser instrumentalizado al servicio de la implantación del sistema islámico al que aspira el Yihadismo global²⁸³.

Una nota de especial trascendencia en relación con las células Yihadistas españolas es su conexión con otros individuos o grupos situados fuera de España. JORDÁN, estima que tal circunstancia es consecuencia de la confluencia de dos factores: la elevada movilidad geográfica de los integrantes de tales organizaciones; así como la prueba más palpable del entrelazamiento y difusión extraordinaria del movimiento Yihadista global. Concluye el autor en cita que en nuestro país, a pesar de que la mayoría de las células desarticuladas por la policía hasta el momento, pueden identificarse con la tipología de redes de base, los datos demuestran que tales redes funcionan con un marcada acento transnacional²⁸⁴.

En relación con las redes de base, se señala por la doctrina científica que, no obstante lo intrincado de su clave organizativa, tal sistema adolece de dos claras vulnerabilidades y que son las que deben aprovecharse en la represión de tales conductas:

1.- Por un lado, la escasa profesionalidad de sus miembros derivada del hecho de que muchos de ellos no han pasado por un campo de entrenamiento ni

²⁸² MERLOS lo expresa señalando que « (...) En el caso de no disponer de la suficiente capacidad para atentar o convertirse en suicidas, estos terroristas ayudan desde un punto de vista logístico, moral o financiero, buscando la conexión con terroristas amparados por un cierto grado de experiencia de combate. Por falta de conocimiento y/o de recursos, sus atentados tienden a ser de un potencial menor que los lanzados desde el primer o el segundo anillo; sus probabilidades de culminar los ataques también son menores puesto que cuentan con un nivel de protección y contravigilancia bajo o nulo (...)», en MERLOS, Alfonso, *La deconstrucción...*

²⁸³ «(...) Muy al contrario, los conformantes de este tercer anillo son conscientes de que cualquier acción que desarrollen contra judíos, cruzados y apóstatas (sean robos, falsificación de documentación o tráfico de drogas) estará amparada por la Yihad siempre que se dedique al fin común de atacar, producir dolor y, eventualmente acabar con ‘los enemigos del Islam’ allá donde se encuentren», en MERLOS, Alfonso, *La deconstrucción...*

²⁸⁴ Cfr. JORDÁN, Javier, *El modus...*, Pág. 9

cuenta con suficiente experiencia. Aunque no se puede olvidar que su escasa preparación y su ciego afán destructor resultan ciertamente peligrosos²⁸⁵.

2.- Y por otro, derivado de su configuración independiente, la necesidad que tienen estas redes de abrirse al entorno con fines de captación de recursos humanos y materiales. En ese sentido la autonomía logística tiene su parte de desventaja. Conviene traer a colación los puntos básicos en los que se puede considerar la apertura a que se ha hecho referencia, y que con DE LA CORTE IBÁÑEZ, pueden señalarse como los siguientes:

1.- Propaganda²⁸⁶.

Dentro de este apartado, cabe incluir cuantas actuaciones se dirigen a la difusión de la ideología salafista radical y aquellas recomendaciones de tipo estratégico o táctico orientadas a la adaptación del salafismo a la situación concreta. En tal difusión, lógicamente, ocupan un lugar privilegiado las nuevas tecnologías, teniendo gran relevancia el uso de Internet.

2.- Proselitismo activo²⁸⁷

Se trata de conductas dirigidas a la captación de individuos que puedan sentirse atraídos, por las razones que fueren, por el salafismo radical.

3.- Reclutamiento y adiestramiento de futuros combatientes²⁸⁸

²⁸⁵ Así lo expresa MERLOS: «Por lo general, disponen de escaso entrenamiento paramilitar y muy restringidos recursos económicos pero su potencial deriva de su ciega identificación con la causa neosalafista y de una necesidad de probar de la manera en ocasiones más brutal que su conversión a la nueva fe es verdadera y no impostada o negociable», en MERLOS, Alfonso, *La deconstrucción...*

²⁸⁶ Sobre la propaganda, dice DE LA CORTE IBÁÑEZ que «destinada a difundir la propia ideología del islamismo salafista radical, así como diversas recomendaciones de orden estratégico y táctico orientadas a adaptar la propia actividad a las coyunturas sociales y políticas de cada momento y lugar. Cabe destacar el uso masivo y efectivo que los Yihadistas hacen de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, especialmente de Internet (...)» En DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve ...*, Pág. 41

²⁸⁷ El mismo está «orientado a atraer nuevos simpatizantes y colaboradores para la Yihad. Esta clase de objetivos se desarrollan en entornos diversos: mezquitas y salas de oración, escuelas coránicas, entornos de ciertos barrios, reuniones en domicilios privados, prisiones, etc.», DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve ...*, Pág. 41

²⁸⁸ Es « (...) uno de los objetivos primordiales que persiguen las labores de proselitismo recién mencionadas es formar nuevos voluntarios para el combate que permitan ampliar el potencial de violencia Yihadista a escala local, regional y global. Ello exige una labor de adoctrinamiento religioso que en muchos casos culmina con el envío de los jóvenes adoctrinados a un campo de entrenamiento, como los que han existido o existen en países como Afganistán, Sudán, Argelia, Mali o Indonesia, entre otros. Alternativamente, o con posterioridad a su paso por esos campos, los jóvenes radicales suelen ser enviados a combatir en alguna zona de conflicto donde estén implicadas fuerzas Yihadistas o se

En esta categoría se incardinan las conductas que tienen por sujeto pasivo/activo a los prosélitos ganados para la causa del salafismo radical y que se concreta en su envío a campos de entrenamiento y, posteriormente, a zonas de combate donde esté presente el Yihadismo, para la adquisición de experiencia. Dicha actividad sirve, sobre todo, como entrenamiento para la posterior vuelta y reintegración del sujeto en su propio ambiente nacional, pasando a ser un activista armado o reclutador.

4.- Apoyo logístico y financiero a la causa Yihadista²⁸⁹.

Dentro de esta categoría se incluyen las múltiples actividades que están relacionadas con el desarrollo de la actividad terrorista, tanto a nivel logístico (hospedaje, alimentación, permisos de residencia, circulación, vehículos...); como a nivel económico (asistencia financiera de fuentes legales e ilegales).

V.4.D. b) Conductas de colaboración terrorista en las asociaciones terroristas Yihadista²⁹⁰.

No resulta sencillo esbozar las conductas de colaboración específicas en relación con el terrorismo Yihadista. Además de las razones vinculadas a la compleja organización de la Yihad internacional, puede considerarse uno más sencillo y común con todo tipo de colaboración: muchas de las conductas de colaboración con el terrorismo Yihadista son las mismas que las observadas por colaboradores con asociaciones terroristas tradicionales. Ello no obsta, lógicamente, para que existan ciertas especificidades y determinadas conductas más propias del fenómeno terrorista internacional que del nacional. Puede realizarse un examen de las conductas que ahora se desarrollan

convierten en reclutadores y colaboradores de una o varias redes Yihadistas», DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve ...*, Pág. 41

²⁸⁹ «La aportación fundamental que no pocos miembros de redes Yihadistas hacen a su causa consiste en ayudar a sus compañeros y a los hermanos de otros grupos a desarrollar sus actividades poniéndoles en contacto, proporcionándoles alojamiento o documentos, adquiriendo armas o propiedades y captando o aportando recursos económicos. El dinero que acaba siendo invertido en la Yihad procede tanto de fuentes legales (negocios convencionales y, sobre todo, donaciones privadas) como ilegales, especialmente robos, fraude de tarjetas de crédito, falsificación de documentos o tráfico de drogas. Gran parte de los recursos obtenidos para la Yihad circulan en unos a otros países, en muchos casos con la ayuda de organizaciones benéficas, empresas fantasmas o sistemas informales de transferencia de fondo muy difíciles de rastrear» DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve ...*, Pág. 41

²⁹⁰ Puede verse una exposición de tales en conductas, centrada sobre todo en la actividad de ETA en GUTIÉRREZ GIL, Andrés *La participación...*, Págs. 37-49

acudiendo, en primer lugar, a lo sostenido en el anterior subepígrafe; y, en segundo lugar, a lo que resulta de la aplicación práctica de los tipos en cuestión en relación con el Yihadismo. Para éste último caso se han seleccionado las conductas de colaboración sancionadas en relación con las más importantes células Yihadistas desarticuladas en España en los últimos 10 años:

1.- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 65/2007, de 31 de octubre [JUR 2007\328722], **Célula del 11-M**

2.- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 36/2005, de 26 de septiembre [JUR 2005\219248], **Célula de Abu Dahdah**

3.- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 6/2008, de 27 de febrero [JUR 2008\97921], **Célula de Tahiri**.

Antes de considerar el listado de las conductas de colaboración que pueden considerarse más habituales, conviene considerar que la colaboración será diversa en función del tipo de asociación terrorista Yihadista frente a la que nos encontremos. Y así, puede considerarse lo siguiente.

1.- Tratándose de “equipos de ataque”, las conductas de colaboración que se realicen lo serán a favor de la asociación terrorista de que se trate, en cuyo caso, las conductas de colaboración no difieren mucho de la que se brinda a miembros de los comandos activos de ETA.

2.- En el caso de células locales, la vinculación se hace más difusa. Células locales son aquellas, por ejemplo, que se incardinan dentro del GSPC (Grupo Salafista para la Predicación y el Combate) así como del GICM (Grupo Islámico Combatiente Marroquí), que a su vez, pueden tener contactos con otras asociaciones terroristas de mayor calado.

3.- Finalmente, las redes de base supone un reto en la determinación de las conductas de colaboración, puesto que sus miembros pueden ser simultáneamente, promotores, directores o integrantes de su propia célula; y, al mismo tiempo, observar comportamientos típicos de colaborador en relación con otras células del mismo tipo o asociaciones terroristas de mayor rango. Como ya se señaló más arriba, la desconexión de estas redes de base con Al-Qaeda no determina el total aislamiento de la misma. Así, estas células, cuando no pueden provocar por sí mismas atentados terroristas, se convierten en células de colaboradores con otras asociaciones terroristas superiores, de

tal modo que, atendiendo a las dos vías de interrelación en este nivel diseñadas por JORDÁN, puede decirse lo siguiente:

a) En el nivel estratégico, ya se indicó que el papel preponderante lo tiene la propaganda y, especialmente, la propaganda distribuida por Internet. Lo cual puede significar que las conductas de colaboración de los miembros de redes de base, aún cuando son asociaciones, no devienen ilícitas porque su comportamiento se restringe a colaborar con otras asociaciones superiores que sí que los son; y ello, por lo menos, en tanto que no puedan perpetrar por sí misma delitos terroristas. Nos encontraríamos, en tal caso, con “asociaciones de colaboradores”, con cuya conducta conjunta se pretende favorecer la ideología y los grupos terroristas de raíz Yihadista. Distinto será el caso de que la asociación, además de realizar esas labores de colaboración, también perpetre por sí atentados terroristas. En tal supuesto nos encontraríamos con una auténtica asociación terrorista, y las conductas de colaboración observadas se convertirían, más bien, en conductas autoreferenciales, aún cuando se beneficiara a organizaciones de otro tipo.

b) En el nivel operacional, pudiera decirse que las conductas de colaboración de las redes de base que no perpetran atentados pueden revestir, en cierta forma, los caracteres propios de una franquicia. Y es que, en algunos supuestos, la red de base puede observar la conducta propia del franquiciado respecto de la franquiciadora (Al-Qaeda, por ejemplo). De ahí las conductas que JORDAN señalaba, a la que hacíamos referencia más arriba, y que ahora repetimos en la clave propuesta:

- a) designación de objetivos no vinculantes (*instrucciones*)
- b) patrones de conducta establecidos (*know how*)
- c) participación en las redes de base de Yihadistas veteranos que orientan en los concretos *modus operandi* (*mutatis mutandi*, el *sistema comercial*)
- d) difusión de manuales de la Yihad y otras publicaciones, que en el fondo vendría a ser la *asistencia técnica* necesaria.

Se extrae, así, que las relaciones entre ambas asociaciones pueden ser estrechas, pero de estas relaciones de colaboración no se puede deducir la confusión de entes asociativos. Al menos, mientras no existan los caracteres propios de la pertenencia que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene establecida y que supondría convertir a la red de base en una célula local.

Respecto del catálogo concreto al que antes se hacía referencia, pueden considerarse las siguientes conductas de colaboración, sin ánimo de agotar la realidad (empresa, a todas luces, imposible) en la medida en que puedan suponer algún tipo de novedad respecto de las que se examinaron al comienzo del epígrafe:

1.- Conductas de colaboración relacionadas con la transnacionalidad del fenómeno terrorista Yihadista.

Dentro de esta genérica denominación se incluyen múltiples conductas cuyo denominador es el hecho concreto e histórico de que España se configura como un país donde los musulmanes constituyen una minoría religiosa, en su mayoría ligada a emigrantes que han llegado a España en los últimos decenios (salvo el caso de Ceuta y Melilla). Y por ello, estas conductas pueden ser:

a) La falsificación de documentos públicos y privados destinados a facilitar la salida y entrada del territorio nacional, sin que quepa control alguno de los movimientos de los auxiliados: falsificación de pasaportes, cesión voluntaria de pasaportes para su alteración, creación de cédulas de identificación, permisos de conducir, etc.

b) Facilitar domicilio y residencia a *muyahidines* que vuelven de los campos de entrenamiento o del campo de combate, con el deseo de establecerse en España y continuar la Yihad.

c) Facilitar los trámites burocráticos necesarios para la concesión del permiso de residencia de tales *muyahidines*.

d) Facilitar el empleo o emplear a *muyahidines* en la situación antes indicada, ya se trate de contratos legales o simples coberturas, siempre que suponga un apoyo esencial a la estabilización del *muyahidin* en España sin despertar sospechas.

2.- Provisión de explosivos, armas u otras sustancias destinadas a la perpetración de atentados. Se destaca esta opción, por cuanto lo que generalmente ha ocurrido con el terrorismo nacional es que el material explosivo se sustrae ilegalmente y de forma directa por la asociación. Mientras que en el caso de la Célula del 11-M, se acude a proveedores (ilegítimos) de tales materiales.

3.- Conductas propias del encubrimiento, en los términos previstos por el artículo 451 apartados 2 y 3 CP, en la medida en que se desarrolle por un *extraneus* a la organización. Los sujetos activos son individuos con conocimiento de la comisión de un delito (cuando menos, el de pertenencia a una red de base y, por ende, asociación terrorista), sin que el colaborador intervenga en la asociación terrorista de que se trate; y, sin embargo, interviniere con posterioridad bien ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento; bien ayudando a los presuntos responsables a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura. Supuestos que se verían absorbidos por el tipo del artículo 576CP, en aplicación del principio de especialidad previsto por el artículo 8 regla 1ª CP.

4.- Otra conducta propia del colaborador con una asociación terrorista Yihadista, discutible seguramente, es la conducta omisiva relacionada con la el tipo descrito en el 450.2 CP²⁹¹, en relación con los delitos de pertenencia a asociación terrorista. En efecto, las grandes relaciones y vínculos humanos que se establecen en el colectivo árabe (encomiable, por otra parte) pueden transformarse en una conducta típica cuando el colaborador, conociendo perfectamente que uno de sus amigos, familiares o conocidos es un *muyahidin* comprometido con el salafismo radical, no acude a la autoridad o a sus agentes

²⁹¹ Artículo 450 del Código Penal: 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y **la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena**, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que **impidan un delito de los previstos en el apartado anterior** y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

para que impidan el delito de que se trate (en nuestro caso, el de pertenencia a una red de base) o, cuando menos, no se distancie de tal individuo. La continuación de las estrechas relaciones con dicho individuo y la no denuncia de sus actividades radicales a las fuerzas de seguridad convierten a tal sujeto, de forma omisiva y desde un punto de vista estrictamente objetivo, en colaborador con la asociación a la que aquél pertenece. Esta conducta puede parecer nueva, aunque en realidad no lo es, pues ya estaba contenida en el artículo 7 número 6º del Decreto-Ley 10/1975, cuando sancionaba las conductas propias del artículo 338bis del derogado Código de 1973, artículo y conducta típica al que sucede el artículo 450 del Código Penal de 1995. Como en el caso anterior, por aplicación del principio de especialidad del artículo 8 regla 1ª del Código Penal, la conducta observada por el colaborador desplaza a la de simple encubrimiento. Por lo que respecta a la posibilidad apuntada, debe recordarse que el artículo 450.2 CP se refiere a que se realiza tal tipo aún sin referencia alguna a delitos contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, ya que en el primer apartado se sanciona dicha conducta con pena de multa cuando se trate de delitos relacionados con los demás casos²⁹².

4.- Servicios de transporte variados, incluyendo dinero. Lo relacionado con la financiación a través de diversos sistemas de origen musulmán y demás medios similares. Resulta interesante hacer notar que, derivada de esa especial relación de amistad y cuasi-fraternidad que motiva el auxilio del colaborador al integrante de una asociación terrorista, tienen un gran predicamento este tipo de traslados de dinero, folletos sobre la Yihad, medios audiovisuales, documentación variada, etc. con el componente específico de que tales traslados son también, como en la primera conducta, de carácter

²⁹² El Tribunal Supremo se refiere a esta figura del modo siguiente: « Como se ha dicho ya en sentencias de esta Sala el deber de intervenir para evitar los delitos que el artículo 450 del Código Penal enumera, comienza cuando se conozca con certeza, o al menos se tenga sólida y fundada creencia, de que va a cometerse un delito de tal clase, requiriéndose para la comisión de este delito la concurrencia de dolo consistente en que quien omite actuar conozca qué persona está siendo o va a ser objeto de un delito de los recogidos en la Ley, y tenga además conciencia de que le es posible impedir el delito mediante su inmediata intervención, o, en el tipo recogido en el número 2 del mismo artículo 450, acudir a la autoridad o sus agentes para impedir la comisión del delito» STS 1385/1998, de 17 de noviembre; « De modo acorde con lo anterior, el delito de omisión del deber de evitar determinados delitos (...) previsto en el Art. 450 CP (...) esencialmente, se caracteriza porque su autor no ha detener acción directa ni ejecutiva alguna en el delito o delitos de cuyo impedimento o persecución se trate, ya que en tal caso el delito directamente ejecutado o en el que se participa aun accesoriamente, por su mayor entidad criminal, absorbería esta figura» STS 1091/2005, de 22 de septiembre

transnacional e incluso intercontinental, ya que muchos viajes tienen por destino Pakistán, Afganistán y otros países de la península arábiga, Oriente Medio e incluso Indonesia.

5.- Merece especial atención la colaboración con asociaciones terroristas Yihadistas mediante la creación de páginas Web destinadas a extender la ideología salafista radical que sirve de base a tales asociaciones. Si bien esta labor de colaboración generalmente se interpretará como un supuesto de los específicamente recogidos en el artículo 578CP²⁹³, en tanto se enaltezca a líderes de la Yihad islámica u otras conductas similares. En otro caso, también puede considerarse que determinadas Web, por su contenido, podrían integrar un tipo de apología del terrorismo.

6.- Otras conductas de colaboración de carácter más común son:

a) la traducción al castellano o la árabe que realiza el colaborador con el objetivo de favorecer a un integrante de asociación terrorista Yihadista. Tal es el caso de quien colabora buscando trabajo a *muyahidines*. Cabe pensar que, en ocasiones, la labor se centrará en traducir los documentos oficiales necesarios para acceder al contrato de trabajo. Otro tanto cabe decir de otros supuestos relacionados con el permiso de residencia, visas, etc.

b) la cesión de todo tipo de instalaciones, con la característica específica de que no se trata de los tradicionales “zulos”, sino más bien de la creación de pequeños alojamientos de descanso para *muyahidines* o, incluso, de lugares de residencia estable para la expansión del salafismo radical en un país determinado, donde se fija el hogar del sujeto en cuestión.

c) Conductas de proselitismo activo y reclutamiento de futuros Yihadistas. Aunque cabe pensar que tal conducta es más propia de quienes está integrado en la asociación terrorista, no resulta difícil imaginar que la conducta del miembro de una red de base que recluta miembros para su

²⁹³ Art. 578CP: El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código.

ingreso en Al-Qaeda, y no en su propia célula, supone una conducta de colaboración de un *extraneus* a favor de la asociación para la que se obtiene el prosélito-recluta.

Al finalizar este capítulo se incluyen unos anexos (IV y V) que ilustran las conductas de colaboración con asociaciones terroristas.

V.4.D. c) Excursus: el reclutamiento en las asociaciones terroristas de tipo Yihadista.

Un elemento esencial en la formación de estructuras organizativas Yihadistas es la existencia de determinadas redes sociales en las que se insertan los sujetos pertenecientes a las mismas. En efecto, como señala la doctrina científica, la conducta de los individuos no se puede explicar únicamente por sus características y decisiones personales, sino que también tiene un papel muy destacado el entorno social y relacional en el que un individuo se desenvuelve²⁹⁴. En el caso que nos ocupa, quien puede convertirse en autor de un delito de terrorismo Yihadista suele entrar en contacto con un entorno radical a través de un amigo que ya se encuentra en relación con dicha estructura. De forma muy habitual, ese individuo, acompañado por dicho amigo, acude a reuniones donde se escuchan cintas con sermones radicales o donde se habla de la situación de los musulmanes en el mundo. Tales encuentros sirven de antesala a otras actividades más comprometidas con el Yihadismo terrorista²⁹⁵. Además de lo anterior, las redes sociales sirven para la transmisión y fortalecimiento de ciertos valores, apoyándose en los lazos de amistad, que determinarán unas creencias y unos modos de ver la vida, radicales y compartidos.

La importancia de las redes sociales puede concretarse en siete indicadores²⁹⁶: 1) coincidencia de nacionalidad, 2) ciudad de procedencia, 3) participación en movimientos salafistas no violentos, 4) pertenencia a una red social vinculada a una determinada mezquita o sala de oración, 5) pertenencia

²⁹⁴ Cfr. JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia Yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M* Publicado en: www.Yihadmonitor.org Pág. 6

²⁹⁵ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 6

²⁹⁶ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 7

a una red social de amigos basada a en lazos profesionales o de vecindario, 6) redes sociales de naturaleza familiar, y 7) redes sociales vinculadas a prisiones. Estos indicadores, tomados en su conjunto, son examinados en la medida en que se considera que de su interrelación, y en determinados casos, dichas redes sociales pueden convertirse en canales que conducen a la militancia Yihadista radical. En particular, debe destacarse la utilización de movimientos salafistas, instrumentalizados por los Yihadistas con fines de reclutamiento, que aún cuando no tengan finalidad violenta (en principio), suponen un caladero o cantera para quienes realizan las labores de captación²⁹⁷.

La doctrina científica que ha estudiado en profundidad los siete indicadores antes señalados llega a una conclusión inquietante: el ingreso en el Yihadismo radical es resultado de un proceso de captación y reclutamiento (cooptación de arriba abajo) frente a otras tesis que consideran que dicho ingreso se produce por la decisión libre del sujeto de sumarse al grupo (decisión de abajo arriba).²⁹⁸ Y así puede comprobarse en la red denominada de “Abu Dahdah”: su *modus operandi* se concretaba en la captación de individuos sensibilizados con los problemas de los musulmanes en el mundo. Fijados los objetivos personales, la labor de captación se focalizaba sobre dichos sujetos mediante el trato asiduo, el visionado de cintas de ideología radical, la lectura de libros, etc. Instrumentos que servían para informar interesadamente a los captados para configurar en ellos una ideología acrítica²⁹⁹.

Así, pues, existe un proceso tipo de captación, entendiendo por tal aquel procedimiento utilizado por los reclutadores, tendente a lograr que un determinado individuo decida por sí mismo participar activamente en una célula

²⁹⁷ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 8

²⁹⁸ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 12. En cuanto a la obra de SAGEMAN citada: SAGEMAN, Marc, *Understanding Terror Networks*, Philadelphia, 2004, University Press

²⁹⁹ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 12: «La red de Abu Dahdah repartía propaganda impresa en algunas mezquitas de Madrid y observaba las reacciones de quienes salían de la sala de oración para aproximarse posteriormente a los que mostraban cierto interés. El palestino Chef Salah, el propio Barakat Yarkas y, en especial, el marroquí Amir Azizi fueron elementos claves en esa labor de reclutamiento que ayudó a crear y ampliar la red de Abu Dahdah. Posteriormente, Mustafá el Maymouni, Serhane “el Tunecino” y los hermanos Almallah Dabas, realizaron esa labor activa de captación, que sentó las bases de lo que más tarde sería uno de los cluster de la red del 11-M.»

Yihadista. Proceso que se inicia, lógicamente, identificando a aquel o aquellos sujetos que pueden ser candidatos idóneos para el ingreso en la célula Yihadista. A tal fin se dirigirían actividades aparentemente inocuas, pero de vital importancia para conocer al candidato y sus actitudes e ideas relativas al Islam en el mundo, así como la perspectiva que del mismo tiene dicho candidato. De tales reuniones se pasaría, en un escalón más, a la celebración de encuentros en domicilios particulares, donde el tono se elevaría examinando de forma radical la situación de injusticia en la que muchos musulmanes viven así como la responsabilidad de Occidente ante tales hechos; concluyendo con la respuesta violenta que tales hechos merecen. En tales reuniones se verían documentales sobre la lucha armada de los *muyahidines* en diversas partes del mundo: Afganistán, Chechenia, Argelia o Irak. Por último, y de forma paralela con lo antedicho, los reclutadores adquirirían confianza y amistad con los candidatos, forjando unos lazos fiduciarios que conducen directamente a la incorporación del candidato idóneo a la célula Yihadista, como un activo y convencido militante de la Yihad³⁰⁰. Queda, por tanto, suficientemente probado que para muchos integrantes de células Yihadistas, dicha célula o red constituía un “grupo primario”, concepto sociológico que se refiere a grupos pequeños con proximidad física, relación cara a cara, y cercanía afectiva y psicológica, dentro de la cual es fácil hacer uso del “nosotros”, aportando una identidad común basada en el sentimiento de pertenencia y compañerismo.³⁰¹

³⁰⁰ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 12: Pueden señalarse al efecto tres fases:
a) « (...) identificado el potencial candidato (...) los reclutadores le invitaban a participar en reuniones inocuas donde se hablaba de la situación del Islam en el mundo, a veces con la excusa de disfrutar de un día de excursión en el campo o de una agradable tertulia en el campo».

b) « (...) posteriormente, los temas tratados en esos encuentros adquirían un tono más exaltado, ya que, además de hablar de la situación de injusticia que sufría el mundo musulmán, se enaltecía a los muyahidines o se veían documentales sobre la lucha en Argelia, Chechenia, Afganistán e Irak. Habitualmente esas reuniones se celebraban en domicilios particulares (...)».

c) «Además de la participación en reuniones, los reclutadores Yihadistas reforzaban el proceso mediante llamadas telefónicas frecuentes, invitaciones a tomar té o a cenar en casa de uno de ellos, préstamos de cintas y libros, etc. Es decir, se mantenía un trato individualizado que permitía conocer mejor al candidato y forjar amistad personal con él. (...) A través de esas numerosas y variadas interacciones se fueron fortaleciendo relaciones de amistad y compañerismo que resultaron determinantes en la captación de nuevos miembros y en el desarrollo de ambas redes».

³⁰¹ JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil...*, Pág. 13 En cuanto al concepto de “grupo primario” vid.: LUCAS MARÍN, Antonio *Sociología: una invitación al estudio de la realidad social* Pamplona 2004

La doctrina científica³⁰² alude a la principal problemática con la que se encuentran las Fuerzas de Seguridad en el desempeño de sus funciones en relación con el terrorismo Yihadista, cuando indican que es posible identificar a los miembros de las células Yihadistas gracias a la investigación de determinados sujetos en el entorno del grupo. Y tomando como bases tales investigaciones, intentar alcanzar el núcleo de dicha células. Sin embargo, tal forma de atajar un grave problema como el de las células Yihadistas es realmente insatisfactoria. Se demanda así la obtención de información directa del núcleo de la célula mediante infiltración. Pero, supuesta la impermeabilidad de dichas células con fronteras casi infranqueables (idioma, confianza...), es evidente que las actividades policiales dirigidas a decapitar dichas células deben dirigirse hacia otros momentos del *iter* constitutivo de la célula. Y uno de tales momentos, quizá el más importante, sea el del reclutamiento de los futuros activistas.

Puede considerarse que el Derecho Penal, en su vertiente preventiva, puede intervenir de algún modo en la evitación de atentados terroristas que pongan en peligro la vida o la integridad física de los ciudadanos mediante la prevención (y punición) de las conductas de reclutamiento. Conductas que se han tenido en cuenta, en el caso de redes de Yihadismo radical, de forma parcial porque, en mayoría de las ocasiones, se ha examinado el reclutamiento desde una perspectiva *cuasimilitar*. Considerado de tal forma el reclutamiento, se une su concepto al envío de los reclutados a campos de entrenamiento Yihadista en Afganistán u otros países donde existan bases radicales.³⁰³

Debemos señalar que, como ha quedado de manifiesto previamente, para la producción de un atentado como los del 11-M, se necesita la existencia de una red o célula Yihadista dispuesta a perpetrarlo. La célula supone una cierta organización, en la que unos sujetos, ejerciendo el papel de fundadores u

³⁰² « (...) gracias a la ayuda prestada por informadores situados en la periferia de estos grupos, resulta posible identificar alguno de los nodos de la red y, a partir de ahí –mediante vigilancia e interceptación de las comunicaciones- identificar a la mayor parte del resto del grupo. Sin embargo, esas medidas de obtención de información no suelen proporcionar datos suficientemente comprometedores como para justificar una posterior condena judicial. Para contar con pruebas sólidas y punibles, sería necesaria la infiltración en profundidad; y eso siempre que el grupo tuviese en su poder en el momento de su detención explosivos, armas o gran cantidad de droga». , J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. Perfil...*, Pág. 13

³⁰³ Puede verse la asociación en la Sentencia Audiencia Nacional núm. 36/2005 (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 26 septiembre Ponente: Sra. Murillo Bordallo

organizadores, captan a otros para la adhesión a la misma, procurando después su fidelización. Diríamos que se producen tres etapas consecutivas, siendo la última la más extensa en su duración: una fase de captación, en la que se sondea a determinados individuos, para entrar a formar parte del entorno de una célula o red Yihadista, comenzando por la adhesión ideológica preliminar; una fase de radicalización, en la que se pasa de la adhesión puramente ideológica a un compromiso mayor que lleva implícito la realización de acciones violentas; y una fase de fidelización, en la que se trata de sostener ideológica, táctica y personalmente a quien se ha integrado dentro de la célula.

Como es patente, la comisión de un delito terrorista de envergadura (el atentado del 11-M, por ejemplo) queda distanciado en el tiempo y en el espacio de aquellas primeras actuaciones conducentes a la formación del equipo que, efectivamente, debe llevar a cabo la acción concreta. Una conducta de reclutamiento que la jurisprudencia ha incluido de forma natural dentro del catálogo de los tipos constitutivos de colaboración con banda armada, siempre que no se lleve a cabo por un integrante de banda armada, organización o grupo terrorista, en cuyo caso supondría un acto más que probaría la pertenencia a asociación terrorista de su autor. Los pronunciamientos jurisprudenciales³⁰⁴ señalan que el reclutamiento es una actividad incardinable en los supuestos de colaboración con banda armada. Y ello haciendo uso de la cláusula abierta con que se cierra el tipo del Art. 576 CP, toda vez que el reclutamiento como tal no se encuentra incluido en el “catálogo” de conductas que la norma contiene. ¿Toda acción dentro del proceso tipo de captación que examinamos más arriba puede considerarse una acción típica de reclutamiento punible por colaboración con banda armada? O dicho de otro modo, ¿puede

³⁰⁴ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999 de 16 de febrero, ponente Sr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, donde se señala que «la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte infraestructura o servicios de cualquier tipo que la organización obtendría más difícilmente -o en ocasiones le sería imposible obtener- sin ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración. Por ello el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin facilitan cualquiera de las actividades de la organización infraestructura, comunicaciones, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc. y no solamente las acciones armadas. Y ello, prescindiendo de la coincidencia de fines, pues lo que se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado social y democrático de derecho existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política».

considerarse punible la acción de un Yihadista radical que se acerca a hablar con otro sujeto en una mezquita o bien una cena en el domicilio del mismo con otros individuos entre los que se pretende hacer prosélitos de la causa Yihadista? La clave que determina qué conductas resultarán punibles es la peligrosidad abstracta de las conductas en cuestión. Como ya se indicó, configurado como un delito de peligro abstracto, el tipo del artículo 576 CP en relación con la conducta de reclutamiento no debe probar la existencia de un peligro determinado en la órbita de su actuación (delito de peligro concreto) sino la peligrosidad que de ordinario y según la experiencia obtenida desarrolla una determinada conducta. Pero la pregunta sigue siendo la misma: ¿qué peligro, aunque sea abstracto, encierra la conducta del reclutador? A esta pregunta no puede, desde luego, responderse pretendiendo la tipificación completa y absoluta del fenómeno terrorista de base Yihadista; como ya señalábamos anteriormente, se trata de un fenómeno dinámico que mal puede regular un instrumento estático. Para tal determinación, resulta esencial la determinación del peligro abstracto de las conductas peligrosas de reclutamiento acudiendo a una nueva modalidad de prueba: la denominada *prueba pericial de inteligencia*. Determinación de la peligrosidad abstracta que se ordena a la correcta definición del ámbito punitivo propio del tipo recogido en el artículo 576 CP³⁰⁵.

SORIANO SORIANO llama “prueba pericial de inteligencia”, a aquella realizada por «expertos en lucha antiterrorista, que con apoyo abrumador en multitud de hechos objetivos, que a su vez reseñan y constatan, llegan a conclusiones que permiten evidenciar circunstancias que no se descubren en un primer examen»³⁰⁶ Señala el mismo autor que no existe inconveniente en considerar esta prueba como otra más, en la medida en que se ajuste a lo previsto por el Art. 456 LECrim, en cuanto que tendente a esclarecer la inteligencia del juez, apoyándose en el asesoramiento o informes de expertos

³⁰⁵ No se oculta la dificultad de dicha tarea, porque como señala ILLESCAS RUS « (...) la mayor dificultad surge al proceder a la correcta delimitación del sector determinado de la realidad material, esto es, de los acontecimientos concretos de la vida social en torno a los cuales se manifiesta la controversia a los que debe aplicarse la norma jurídica (...)». ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Práctica y valoración del dictamen pericial en Psicología del testimonio y prueba pericial*, Cuadernos de Derecho Judicial VII 2005 Págs. 108-109

³⁰⁶ SORIANO SORIANO, José Ramón *El Terrorismo...*, Pág. 196

que se hallan en la posesión de conocimientos clave para la comprensión del fenómeno terrorista.³⁰⁷

Del mismo modo que no cabe duda de la legitimidad e idoneidad del asesoramiento técnico que permita esclarecer en sede judicial, la peligrosidad o la responsabilidad de determinados técnicos por la realización de obras complejas (arquitectos, ingenieros de caminos, etc.), parece también acertado acudir a los expertos en materia antiterrorista, y especialmente Yihadista, para comprender la peligrosidad de determinadas conductas que, como las de reclutamiento para la causa Yihadista, constituyen los primeros pasos para la comisión de delitos más graves de consecuencias muchas veces dramáticas³⁰⁸. Al respecto, SORIANO SORIANO, señala dos Sentencias del Tribunal Supremo en las que se aceptaron sendas periciales: las Sentencias del Tribunal Supremo nº 2084/2001 de 13 de diciembre [RJ 2002\1991]; y la nº 786/2003 de 29 de mayo [RJ 2003\4242]. Por su gran importancia, se examinan a continuación ambas sentencias en lo que a la *prueba de inteligencia* se refiere.

Por una parte, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2084/2001 de 13 diciembre, contiene la referencia que ahora interesa en su Fundamento de Derecho undécimo³⁰⁹. Se refiere el citado a los denominados “informes de inteligencia”, redactado en este caso por la Guardia Civil en relación con la organización terrorista ETA. Dicho informe, haciendo uso del conocimiento específico de los funcionarios que lo redactan, basado en la multiplicidad de

³⁰⁷ SORIANO SORIANO, José Ramón *El Terrorismo...*, Pág. 196

³⁰⁸ En este sentido, señala acertadamente ALONSO PÉREZ, siguiendo a LORENTE VALERO, que « (...) el cambio sociológico y tecnológico sólo ha supuesto, por una parte, la ampliación del campo material del informe pericial en el sentido de que hoy hay o puede haber muchas más materias sobre las que es posible y necesario un informe pericial (...)». En ALONSO PÉREZ, Francisco *Medios de investigación en el proceso penal*, Madrid, 2003, Págs. 480-481

³⁰⁹ El mencionado Fundamento dice: «Especial incidencia en el recurso y en la Sentencia ha tenido la denominada por la Audiencia de instancia prueba pericial de inteligencia, de la que se ocupa extensamente la Sala de instancia en el (...) fundamento jurídico tercero (...), refiriéndose a los «informes emitidos por Funcionarios de la Guardia Civil, denominados Informes de Inteligencia ...», añadiendo que mediante la misma «se trata de relacionar diversa información, partiendo de conocimientos que poseían determinados técnicos de la Guardia Civil, para extraer conclusiones», es decir, «a través de toda la información que disponían (no solamente en esta causa, sino la que derivaba de un sinnúmero de procedimientos y documentación policial), llegaron a extraer determinadas conclusiones, que posteriormente fueron, a su vez, aplicadas a las actuaciones concretas. Se trata, por consiguiente de una pericial que consiste en relacionar información, para así extraer conclusiones determinadas; en ningún caso estaríamos ante una prueba testifical sino de una pericial que, a partir del profundo conocimiento del modo de actuar de determinados comandos de ETA, de su organización,... extrae determinadas conclusiones».

hechos que configura la existencia de la organización terrorista –y no sólo los hechos de la causa-, sirve a sus autores para llegar a una serie de conclusiones que son aplicadas al supuesto concreto que se enjuicia. Y hace especial hincapié en la consideración de tales informes como periciales, y no como testificales. Supone, por tanto, la plena aplicación de la regulación de este tipo de medio probatorio regulado en artículo 456 y SS. LECrim. A ello se refiere precisamente el siguiente párrafo del Fundamento que ahora interesa³¹⁰, haciendo incidencia en la utilización de dichos informes en aras de *«suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (artículos 456 LECrim y 335 LECiv), cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez (a diferencia de la testifical), que no es en ningún caso vinculante para aquél»*.

En el caso que nos ocupa, la conducta de reclutamiento escapa al normal conocimiento del juzgador en cuanto a la peligrosidad intrínseca que dicho comportamiento acarrea, toda vez que son escasos los conocedores del potencial destructivo y el peculiar *modus operandi* de las redes Yihadistas radicales. Precisamente por ello, señala dicha Sentencia³¹¹ que *«en la medida que no sea constatable directamente por el Tribunal la realidad o las conclusiones que constituyen el contenido de la prueba pericial será necesario*

³¹⁰ «La prueba pericial, de naturaleza personal, constituye una declaración de conocimiento del perito tendente a suministrar al Juzgador una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos (artículos 456 LECrim y 335 LECiv), cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez (a diferencia de la testifical), que no es en ningún caso vinculante para aquél. El perito, frente al testigo, posee conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos, anteriores e indiferentes al proceso, siendo por ello sustituible, y lo que justifica su intervención es precisamente la razón de su ciencia, ocupando una posición activa en relación con el examen de lo que constituye el objeto de la pericia. El testigo declara sobre hechos pasados relacionados con el proceso y percibidos por el mismo sensorialmente, siendo por ello insustituible, teniendo una posición pasiva en cuanto es él mismo objeto de examen».

³¹¹ «Pues bien, en la medida que no sea constatable directamente por el Tribunal la realidad o las conclusiones que constituyen el contenido de la prueba pericial será necesario acudir a la misma como medio de auxilio o colaboración con el propio Juez para alcanzar la existencia o inexistencia de determinados hechos, valoración por parte de los peritos que en ningún caso vincula al Juez o Tribunal como ya hemos señalado. Precisamente por ello, concurriendo estas circunstancias, podrá entenderse que los informes mencionados pueden equivaler a una verdadera prueba pericial, siempre y cuando el objeto de la misma, la documentación, haya sido incorporada a los autos, es decir, lo que es objeto de la pericia (documentos incautados) debe estar a disposición de las partes. Cuestión distinta es la información de los peritos como prácticos en la materia obtenida en base al estudio y análisis de toda la documentación intervenida con independencia de la del presente juicio, precisamente por ello son peritos. En este sentido, como señala la Sala, los peritos han acompañado 354 folios de documentación objeto de su análisis. Tampoco cabe alegar la imposibilidad de contradicción del dictamen pericial, pues de lo que se trata es de la posibilidad de contradecirlo, teniendo abierta dicha vía la defensa».

acudir a la misma como medio de auxilio o colaboración con el propio Juez para alcanzar la existencia o inexistencia de determinados hechos».

En cuanto a la admisibilidad de dicha prueba, es evidente toda vez que se respeten ciertos requisitos que no son sino la concreción, para este caso, de los informes periciales en el seno de la regulación rituarial criminal: a) Que el objeto de la misma, la documentación, haya sido incorporada a los autos; y b), que dicha documentación haya estado a disposición de las partes para su posible contradicción, teniendo abierta dicha vía la defensa para la salvaguarda del principio de contradicción. Debe resaltarse la idoneidad de este medio de prueba para apoyar la incriminación de los individuos encargados del reclutamiento Yihadista, precisamente porque con ello se garantiza la defensa de los procesados, toda vez que: a) Los peritos pueden ser recusados por las partes, según lo dispuesto en los Arts. 467 y SS. de la LECrim; b) la defensa de quien es acusado de reclutar a individuos para el Yihadismo radical puede defenderse presentando otros informes periciales que desvirtúen los contrarios; y c) los informes, en ningún caso, son vinculantes para el Juez, que determinará la punibilidad de los hechos en propia conciencia, encargándose de la elaboración de criterios generales la Sala Segunda del Tribunal Supremo, razonando su decisión.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 786/2003, de 29 mayo [RJ 2003\4242], se refiere, en su Fundamento de Derecho Segundo relativo al recurso de Agustín, a lo que se denomina en esta sentencia *pericial de análisis de información o de inteligencia policial*. Insiste en lo antes mencionado, señalando su total normalidad, en cuanto que una especie más de la prueba de informes periciales reconocida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando su habitualidad creciente en los supuestos de criminalidad organizada.³¹²

³¹²« En el presente caso, el Tribunal sentenciador contó con la «pericial de análisis de información» a que se refiere el Fundamento Jurídico segundo, pericia efectuada sobre una ingente cantidad de documentos incautados a miembros de ETA en diversos procedimientos en los que se marcan los objetivos, acciones a efectuar y estrategias a seguir, de entre las que tuvieron especial importancia en la época coincidente con los hechos enjuiciados el ataque a cajeros de entidades bancarias, singularmente los de la Bilbo Bizkaia Kutxa -BBK- que fueron en cuatro ocasiones blanco de la actividad destructora del «talde» en el que se integraba el recurrente, de un total de siete acciones, siendo la otra actividad, la de información sobre personas integradas en los cuerpos policiales del Estado o de la Comunidad, lo que también se efectuó en el presente caso. En este control casacional, a la vista de todo lo expuesto, procede declarar que la Sala

Sin embargo, la utilización de tales pericias de inteligencia no es pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Así, recientemente, PAREDES CASTAÑÓN³¹³ niega toda relevancia práctica a dichos informes por dos razones esenciales: la primera, porque el informe pericial obedece a un conocimiento técnico que no está a disposición del juzgador. Elemento este que se pone en duda por parte del autor en cita porque no reconoce que la interpretación que de los hechos desarrollan los peritos no pueda ser alcanzada por parte del juzgador³¹⁴. Y la segunda, porque también se duda de que los informes periciales de inteligencias se adapten a unas normas que puedan denominarse *stricto sensu* como “técnicas”. Es más, se duda incluso de la capacidad técnica que tengan los autores de dicho informe para elaborar sus conclusiones; y, en el mismo sentido, se duda de que se trate de unas normas técnicas que no puedan ser dominadas por el juzgador³¹⁵.

La conclusión que extrae este autor como conclusión es la siguiente: no puede hablarse de auténticos informes periciales, cuando quienes los emiten carecen de reglas técnicas para su elaboración e incluso sus mismos autores

sentenciadora contó con prueba de cargo válidamente obtenida, suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y que fue razonada y razonablemente valorada, por lo que la decisión no es arbitraria».

Tal prueba pericial de «inteligencia policial» cuya utilización en los supuestos de delincuencia organizada es cada vez más frecuente, está reconocida en nuestro sistema penal pues, en definitiva, no es más que una variante de la pericial a que se refieren tanto los Arts. 456 LECriminal () como el 335 LECivil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) cuya finalidad no es otra que la de suministrar al Juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el Juez y que, obviamente, no es vinculante para él, sino que como el resto de probanzas, quedan sometidas a la valoración crítica, debidamente fundada en los términos del art 741 LECriminal. En tal sentido podemos citar la sentencia de esta Sala 2084/2001 de 13 de diciembre».

³¹³ En tal sentido, dice PAREDES CASTAÑÓN, centrando la cuestión indicada: «(...)la dificultad principal desde el punto de vista teórico (...) [es] determinar si, en realidad, el contenido de un informe de inteligencia relativo al análisis de una organización obedece a un conocimiento técnico [1], no disponible por el tribunal [2]» PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites...*, Pág. 5

³¹⁴ Refiriéndose a las reglas técnicas que disciplinan la redacción del informe de inteligencia, el autor discute que tales reglas « (...) hagan imposible para quien no las domine llevar a cabo dicha interpretación». Considerando la interpretación, como se indica en la siguiente nota.

³¹⁵ PAREDES CASTAÑÓN examina el contenido del informe de inteligencia, señalando que en el mismo hay dos partes diferenciadas: una relación de hechos y una interpretación de tales hechos. Y en relación con esta segunda parte, que constituye el auténtico informe, señala: « (...) la cuestión a discutir es si la interpretación de los hechos (...) que se hace en tal informe obedece o no a reglas técnicas» Y ello porque como el mismo autor señala: « (...) no existe una auténtica ciencia o técnica de valoración y análisis de organizaciones, sino simplemente algunos conocimientos derivados de la experiencia y escasamente sistematizados». E incluso afirma que « (...) la mayor parte de los agentes policiales que forman parte de las unidades de inteligencia no poseen una formación técnica específica sobre análisis de organizaciones (esto es, en Sociología de las organizaciones), sino que han adquirido los conocimientos que poseen por mera experiencia de su labor cotidiana». *Ibid. Ant.*

carecen de una formación adecuada para el análisis de organizaciones. Todo ello sumado a lo discutible que resulta el análisis de los hechos relatados en los informes y a que los mismos no puedan ser adecuadamente interpretado por el juzgador³¹⁶ motivan que lo consignado en los informes sean, en definitiva, meras opiniones de individuos experimentados, lo que no justifica su consideración como informe pericial³¹⁷.

En una línea parecida debe enmarcarse la corriente jurisprudencial que priva al informe de inteligencia de su carácter de informe pericial, degradándolo a una mera testifical. Así se traduce, procesalmente, la consideración de que lo relatado en dicho informe no deja de ser una mera opinión. En tal sentido pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo nº 1372/2002, de 19 de julio [RJ 2002\7779] y nº 1029/2005, de 26 de septiembre [RJ 2005\6834]. El ponente de esta última Sentencia considera que existen dos dificultades insalvables para la consideración del informe policial de inteligencia como verdadero informe pericial (dejando al margen ciertos errores procesales que afectaron al caso en cuestión): en primer lugar, estima que el informe en sí mismo considerado no es pericial, después de exponer lo que debe entenderse por perito y pericial. En primer lugar, por perito³¹⁸ debe entenderse aquel experto que aporta un juicio especializado de carácter técnico o científico, en claro paralelismo con lo revisto en el artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal³¹⁹. Por lo que respecta a la pericia³²⁰, un carácter esencial de la misma

³¹⁶ Concretamente señala que « (...) la vaguedad e inseguridad de las pretendidas reglas técnicas las asemejan más a lo que los tribunales suelen llamar “reglas de experiencia cotidiana” que a auténticas reglas». Y en este sentido, y de forma muy discutible desde mi punto de vista, compara un informe pericial de inteligencia que puedan redactar los expertos antiterroristas de la Guardia Civil con «las reglas que emplea una madre diligente y experimentada para cuidar a su hijo enfermo», PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites...*, Pág. 5

³¹⁷ «(...) ni justifica suficientemente la objetividad de las conclusiones que de ellas se extraigan, ni tampoco la abstención del tribunal juzgador de la tarea de acometer él mismo dicha interpretación», PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites...*, Pág. 5

³¹⁸ Por perito entiende el Magistrado: « (...) el perito es un auxiliar experto que suministra al juez conocimientos especializados de carácter científico o técnico, de los que él no dispone, y que son necesarios para formar criterio sobre el thema probandum» Sentencia del Tribunal Supremo nº 1029/2005 de 26 septiembre [RJ\2005\6834]. Ponente: Ilmo. Sr. Perfecto de Andrés Ibáñez. Fundamento de Derecho único. Nótese que el Magistrado hace mención de conocimientos especializados de carácter técnico, mención que no consta de forma expresa en el Art. 456 LECrim, aunque resulte lógicamente deducible del mismo.

³¹⁹ El texto literal del precepto es el siguiente: « El Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». Sentencia citada.

es que su contenido no debe ser jurídico (lo que resulta coherente con la máxima *iura novit curia*) ni tampoco debe corresponderse con aquellos conocimientos que pueda tener un ciudadano medio no especializado.

Por lo que se refiere al concreto caso para el que se dicta la Sentencia, el Magistrado ponente entiende que la comprobación de la adscripción personal a una determinada organización es un dato que puede ser conocido por cualquier ciudadano medio, en la medida en que pertenece al común saber empírico³²¹. Dejando, no obstante, una puerta abierta a la oportunidad de informes periciales, como instrumento auxiliar que coadyuve en aspectos puntuales que reclaman la oportuna mediación técnica³²². En el campo de la pericial de inteligencia, concretamente la desarrollada por los cuerpos policiales, se considera que el contenido de dichos informes pueden contener un plus de conocimiento global, derivado de la práctica; pero ello no implica un conocimiento técnico distinto cualitativamente del que puede tener cualquier individuo³²³. De ahí que no pueda hablarse propiamente de informe pericial sino de una simple prueba testifical³²⁴.

Por tanto, el agente policial exclusivamente dedicado a indagar sobre algún sector de la criminalidad, podrá tener sobre él más cantidad de información que el tribunal que enjuicia un caso concreto relacionado con la misma. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio.

En segundo y último lugar, se restringe la pericial de inteligencia a un simple análisis policial de declaraciones (hechos, en general), de los que se deducen una serie de conclusiones, que en ningún caso suplantán la

³²⁰ Por pericia se entiende « (...) la que se emite a partir de saberes que no son jurídicos y que tampoco corresponden al bagaje cultural del ciudadano medio no especialista». Sentencia citada.

³²¹ « (...) apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una determinada organización criminal, o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos, pertenecen al género de las propias del común saber empírico». Sentencia citada.

³²² No son necesarios informes periciales «salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de examinar improntas dactilares». Sentencia citada.

³²³ «Por tanto, el agente policial exclusivamente dedicado a indagar sobre algún sector de la criminalidad, podrá tener sobre él más cantidad de información que el tribunal que enjuicia un caso concreto relacionado con la misma. Pero ese plus de conocimiento global no determina, por ello solo, un saber cualitativamente distinto, ni especializado en sentido propio». Sentencia citada.

³²⁴ «Y, así, seguirá perteneciendo al género de los saberes comunes, susceptibles de entrar en el área del enjuiciamiento por el cauce de una prueba testifical, apta para ser valorada por el juez o tribunal, directamente y por sí mismo». Sentencia citada.

convicción judicial y que el ponente estima como fuente “parcial” por proceder de un organismo policial³²⁵ y que, consecuentemente, desvaloran la prueba que la pericia en concreto aporta.

Es lógico pensar que la *lex rituaría* del proceso penal resulta a todas luces insuficiente para la adecuada investigación de los modernos fenómenos de criminalidad existentes en la realidad del siglo XXI. Repárese un momento en el artículo 456 LECrim antes mencionado, cuando se refiere al informe pericial y a los concretos conocimientos que justifican la demanda de dicho informe, a saber: conocimientos científicos o artísticos. Dejando a un lado lo indeterminado que resulta el uso de tales términos (qué se entiende por conocimiento científico), puede considerarse que para una adecuada interpretación y *aggiornamento* de dicho precepto debe acudir a la normativa procesal civil, por cuanto resulta de aplicación supletoria³²⁶. Lógicamente, con esto no se indica que en este caso deba emplearse la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma subsidiaria, porque es evidente que existe regulación procesal criminal concreta; pero también es cierto que la normativa civil data del año 2000 y la vetusta ley procesal criminal de un ya lejano 1882. Resulta, por tanto, más adecuada a la situación actual la Ley de Enjuiciamiento Civil, al menos en cuanto criterio de interpretación autorizado. Máxime si se tiene en cuenta que sólo de una forma muy artificial puede considerarse como normativas procesales absolutamente autónomas la criminal y la civil en lo que a prueba respecta.

Siguiendo este criterio, debe considerarse la regulación del informe pericial prevista en el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere al auxilio que pueden prestar los peritos haciendo mención expresa de conocimientos «científicos, artísticos, técnicos o prácticos». Como puede comprobarse, la ley procesal penal sólo se refiere a los dos primeros, ampliándose por la ley procesal civil a los conocimientos técnicos y, sobre todo,

³²⁵ « A todo esto hay que añadir que el pretendido informe pericial no es más que un análisis policial de declaraciones de imputados, que funda un parecer que no ha convencido al tribunal y que no puede sustituir el juicio de éste, y tampoco servir como medio de corroboración, dada la fuente de ese conocimiento». Sentencia citada.

³²⁶ El artículo 4 de la LEC dispone: « En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley».

prácticos. De donde se deduce que la legislación procesal penal, claramente desfasada, debe ser interpretada a la luz de la legislación procesal civil y, en consecuencia, no existiría inconveniente alguno para considerar como informe pericial aquellos informes redactados por expertos analistas policiales o científicos de reconocido prestigio (políticos, sociólogos, etc.) que puedan servir para la consideración de un determinado sujeto como miembro de una célula Yihadista. Así, las conductas de reclutamiento pueden ser examinadas con mayor rigor en la medida en que son expertos los que va a aportar al Juez unos conocimientos específicos que el juzgador no tiene, salvo que sea experto en células Yihadista. Del mismo modo que no se requiere informe pericial alguno en supuestos de delitos urbanísticos complejos cuando el propio juzgador es también Arquitecto o Arquitecto Técnico. Una interpretación de las normas procesales, por otra parte, que aplican incluso quienes defienden la consideración de la pericial de inteligencia como simple testifical³²⁷.

³²⁷ Valga como ejemplo que el propio Magistrado DE ANDRÉS IBÁÑEZ se refería (Vid. nota 29) a los conocimientos que el perito aporta en su informe al Juez, estimando como tales los “técnicos”. Conocimientos que, como hemos visto, no se incluyen en la regulación procesal penal y sí en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.

Artículo sexto

Uno. Serán castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas.

(...)

Artículo séptimo

Serán castigados con la pena de prisión mayor:

Uno. Los que alojaren o dieran albergue a persona o personas implicadas en organizaciones o actividades incluidas en este Decreto-ley, facilitaren sus desplazamientos, ocultaren o transportaren cosas o efectos a ellos pertenecientes o les prestaren cualquier género de ayuda para realizar sus propósitos.

Dos. Los que, implicados en organizaciones o grupos a que se refiere el artículo cuarto, o en actividades terroristas, entren o salieren clandestinamente del territorio nacional, y quienes a tales fines les facilitaren guía, documentación, medio de transporte o cualquier otro auxilio.

Tres. Los que transmitieren mensajes entre personas implicadas en las aludidas organizaciones o actividades terroristas o les suministraren datos o informaciones que pudieren favorecer sus designios.

Cuatro. Los que, sin estar legalmente autorizados, tuvieren en su poder sustancias, instrumentos o efectos para la fabricación, almacenaje o transporte de explosivos, elementos incendiarios, gases de empleo táctico u otros medios análogos.

Cinco. Los que tuvieren en su poder, sin razonable justificación, manuales o instrucciones de cualquier clase para la elaboración de sustancias o artefactos explosivos o incendiarios, manejo de armas de guerra, táctica de comandos o guerrilla urbana u otros análogos.

Seis. Los que cometieren el delito previsto en el artículo trescientos treinta y ocho bis del Código Penal en relación con los hechos a que se refiere este Decreto-ley.

Siete. Los que, con propósito de causar infundada alarma, anunciaren la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquiera otro atentado terrorista.

Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo

Artículo 481bis

«El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito al que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor

Igualmente será castigado con al pena de prisión menor el que construyere, acondicionare lugares con el propósito de proporcionarlos a otras para la comisión del delito a que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta.

El que por cualquier título tuviere a su disposición los lugares a que se refieren los párrafos anteriores, si no lo pusieren en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición, será castigado con la pena de arresto mayor»

Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

Artículo 2

El que recabe o facilite de cualquier modo informaciones o realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de los delitos previstos en el número 1 del artículo 3º de este Real Decreto-Ley será castigado con la pena de prisión menor, salvo cuando correspondiere la imposición de pena más grave por aplicación de cualquier otra norma penal.

Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar.

Artículo 174 bis b)

Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan:

a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.

b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichas bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas, la pena se elevará a reclusión mayor.

ANEXO I.

**CONDUCTAS DE COLABORACIÓN:
COMPARATIVA SEGÚN LA LEGISLACIÓN
HISTÓRICA**

**ANEXO II. CONDUCTAS DE COLABORACIÓN:
COMPARATIVA SEGÚN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA
SISTEMA DE CATÁLOGO**

Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución

Artículo 9. Delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes.

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.
2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.

Artículo 174 bis a)

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.
2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Artículo 576

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.
2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.
Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior, ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

ANEXO III. PRINCIPALES CONDUCTAS DE COLABORACIÓN (1997 - 2006): ETA

1.- Labores de reclutamiento realizadas por el colaborador.

Comprometerse a facilitar nombres de individuos potencialmente dispuestos a integrarse o colaborar con la organización terrorista: SAN de 14 de diciembre de 2005 (Casación: STS 800/2006, de 13 de julio); SAN 7 de febrero de 2003 (Casación: STS 240/2004, de 3 de marzo).

Organizar reuniones con sujetos afines al radicalismo abertzale para reclutar integrantes y colaboradores: SAN 4 de abril de 1998 (Casación: STS 197/1999, de 16 de febrero).

2.- Correo

Realizar labores de correo, intermediando en las comunicaciones de la asociación terrorista: SAN de 14 de diciembre de 2005 (Casación: STS 800/2006, de 13 de julio).

3.- Labores de información y vigilancia.

Realizar labores de información y vigilancia de potenciales objetivos terroristas prevaliéndose de su profesión: policía local: SAN de 14 de diciembre de 2005 (Casación: STS 800/2006, de 13 de julio); empleado de Telefónica: SAN 7 de febrero de 2003 (Casación: STS 240/2004, de 3 de marzo); repartidor: SAN 4 de abril de 1998 (Casación: STS 197/1999, de 16 de febrero). O simplemente realizar el encargo de realizar vigilancia y emitir informe sobre rutinas: SAN 7 de febrero de 2003 (Casación: STS 240/2004, de 3 de marzo).

4.- Coordinación de vigilancias.

Realizar labores de coordinación de las vigilancias encargadas a otros colaboradores: SAN 7 de febrero de 2003 (Casación: STS 240/2004, de 3 de marzo); SAN 12/2003, de 1 de abril.

5.- Infraestructura.

Alquiler de pisos u otras estancias donde guardar instrumental o servir de domicilio a miembros de la asociación terrorista: SAN 7 de

febrero de 2003 (Casación: STS 240/2004, de 3 de marzo); SAN 34/1998, de 9 de septiembre (Casación: STS 594/2001, de 29 de abril); SAN 12/2003, de 1 de abril; SAN 4/2001, de 25 de enero.

Ceder el uso del propio domicilio u otros lugares: SAN 20 de octubre de 2000 (Casación: STS 1127/2002, de 17 de junio); SAN 12/2003, de 1 de abril.

Construcción de zulos y puesta a disposición: SAN 4/2001, de 25 de enero.

6.- Actos de colaboración material concreta.

Puesta a disposición de vehículos (robados, alquilados, propios): SAN 34/1998, de 9 de septiembre (Casación: STS 594/2001, de 29 de abril); SAN 12/2003, de 1 de abril. Otras conductas: realización en el taller donde trabaja de una matrícula falsa: SAN 34/1998, de 9 de septiembre (Casación: STS 594/2001, de 29 de abril); entregar un mapa: SAN 19/2003, de 21 de mayo; ocultar material terrorista: SAN de 3 de diciembre de 2001 (Casación: STS 785/2003, de 29 de mayo); comprar un ordenador para realizar ficheros de la asociación terrorista: SAN 12/2003, de 1 de abril.

7.- Traslados y paso de frontera.

Traslado de miembros de la asociación en vehículos propios: SAN 12/2003, de 1 de abril; SAN 24/1999, de 24 de junio.

Ayudar a miembros a escapar de la persecución policial pasando la frontera a pie: STSJ Navarra, 2/1997, de 26 de diciembre.

8.- Otras conductas.

Asistir a un cursillo de uso de armas: SAN 12/2003, de 1 de abril.

Realizar labores de protección de comandos en carretera (lanzaderas), avisando de la presencia de controles policiales: SAN 24/1999, de 24 de junio.

1.- Taysir Alony Kate

Las conductas objetivas observadas por el condenado, de forma resumida, consisten en:

1. La especial relación con dos personajes dentro de Al-Qaeda: Mustafá y Mohamed, sabiendo perfectamente sabía perfectamente que se trataba de muyahidines al servicio de Al-Qaeda. Con Mustafá se le achacan los siguientes comportamientos: mantuvo una relación constante de trato con contactos telefónicos y visitas a su casa; fue precisamente la persona que le puso en contacto con los talibanes y con Bin Laden para hacer la famosa entrevista por la que es conocido. Mientras que con Mohamed observó las siguientes conductas: pasó varias noches en su casa; le ayudó a buscar piso en Granada; le dejó su teléfono; le tradujo algunos documentos de la inmobiliaria; y, sobre todo, haberle entregado una suma de 4000 dólares en Afganistán, haciendo de correo. Por su parte ambos le pasaban a Taysir comunicados en la oficina de Al Yazira, aprovechando éste para sonsacarles información.

2.- Respecto de Mohamed Zaher Asade, condenado como miembro de la célula, las conductas son: la ayuda para conseguir la residencia legal en Granada; así como, primero, proporcionarle trabajo, para después facilitarle obtener otro trabajo en una carpintería.

2.- Kamal Hadid Chaar

El condenado proporcionó trabajo a muyahidines, más que por necesidad de la empresa, como tapadera; así como facilitó su pasaporte para que se utilizara torticeramente, auxiliando eficazmente al traslado sin despertar sospechas de un miembro de la célula, que se trasladó a Pakistán, erigiéndose allí en coordinador del tránsito de muyahidines hacia Afganistán.

ANEXO IV

CONDUCTAS DE COLABORACIÓN DE CÉLULAS YIHADISTAS

CÉLULA DE ABU DAHDAH

3- Driss Chebli

La principal conducta observada por el condenado por la Audiencia Nacional es la de comprar su coche a Amer, identificado por las tropas británicas como Otham Al Andalusi, en las fichas que intervinieron en 2001 en Afganistán, justo antes de huir de España antes las detenciones de los miembros de la célula, siendo Amer reclutador de mujahidines. El Tribunal Supremo, sin embargo, le absuelve en la medida que no considera suficientemente probado que tal conducta fuera llevada a cabo con la finalidad de auxiliar al fugado; si bien, la absolución viene determinada por la falta de prueba al respecto en relación, sobre todo, con el dolo del autor; cuestión distinta de su carácter objetivo. En efecto, de haber resultado suficientemente probado, es evidente que una conducta como la señalada supone un apoyo eficaz a la huida de un terrorista, dotándole de la necesaria liquidez económica.

4.- Jamal Hussein Hussein

Las conductas de colaboración observadas por el condenado son las siguientes: mantener intensas relaciones con Abu Dahdah, a cuya petición colocaba a los muyahidines que habían estado en el campo de entrenamiento de Zenica (Bosnia). Concretamente, así lo hizo con Abdullah Khayata Kattan y Mohamed Zaher Asade. De hecho, pedía que las personas que colocara vinieran con los papeles en regla para que los contratos tuvieran apariencia de licitud. Y también participó en la entrega de 4000 dólares a Mohamed por mediación de Taysir, ya que fue en su nave donde se hizo entrega de ese dinero a Zaher, que a su vez se lo dio a la mujer de Taysir y esta a su vez a su marido para el traslado a Afganistán.

ANEXO V

CONDUCTAS DE COLABORACIÓN DE CÉLULAS YIHADISTAS

CÉLULA DEL 11-M

Jose Emilio Suárez Trashorras.

La actuación del condenado se restringe a haber facilitado los explosivos con los que se perpetró el atentado.

Abdelilah El Fadoual El Akil

La conducta observada por el condenado consistió en facilitar la ocultación de pruebas, llevándose a Ceuta el coche con el que El Chino había traído parte de los explosivos desde Asturias, por petición expresa de éste. Siendo así que el condenado tenía una estrecha relación con El Chino, lo que supone que en efecto, éste conocía las ideas radicales y las intenciones de tipo terrorista que tenía El Chino.

CÉLULA DE TAHIRI

Tanto **Ziani Mahdi** como **Mourad Yala**, condenados como colaboradores con la célula de Tahiri, observan la misma conducta: falsificar documentos para ponerlos a disposición de la asociación ilícita, siendo una actividad muy ligada a la transnacionalidad de los terroristas: cédulas de identidad falsas, pasaportes falsos, permisos de conducir falsos, etc. Todo lo necesario para realizar movimientos por diversos países sin ser controlados de ninguna forma.

CAPÍTULO VI. TIPO SUBJETIVO

VI. 1. La colaboración con asociación terrorista como delito doloso.

La doctrina científica que ha abordado el estudio de la parte subjetiva del delito que se examina en este trabajo se muestra unánime³²⁸ al considerar que el tipo en cuestión es, de forma clara e incuestionable, doloso. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, por una razón sistemática y objetiva: de acuerdo con el nuevo sistema de punición de la imprudencia, inaugurado por el Código Penal de 1995, se configura como un sistema de “*numerus clausus*”, esto es, sólo cabe la punición de las conductas imprudentes cuando el legislador así lo haya señalado expresamente en el tipo en cuestión³²⁹. Y puesto que el artículo 576 CP no se refiere en su texto a la punición expresa de la comisión imprudente de tales tipos, es evidente que no cabe el castigo del “colaborador imprudente”³³⁰.

b) Otra razón que aboga en favor de la punición de las conductas colaboradoras dolosas la señala GUTIÉRREZ GIL, cuando entiende que al tratarse de un tipo que eleva a la categoría de autor las conductas de participación en el delito de asociación terrorista, castigando a los colaboradores de las mismas, no cabe su comisión culposa. Resulta difícil de compatibilizar desde un punto de vista racional el hecho de que un individuo pueda colaborar con una asociación terrorista de forma imprudente y que dicha conducta pueda considerarse punible³³¹.

³²⁸ Pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, además de los que a continuación se citan, a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, TERRADILLOS BASOCO, LAMARCA PÉREZ, CLIMENT DURÁN, etc.

³²⁹ Sistema previsto expresamente por el artículo 12 del Código Penal, que dispone: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

³³⁰ PRATS CANUT señala expresamente que «El delito que analizamos es de estructura dolosa, no cupiendo la incriminación imprudente al no estar prevista de conformidad con la nueva regulación de “*numerus clausus*” que establece el CP 1995 para las conductas culposas (...)». PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios...*, Pág. 2116.

³³¹ GUTIÉRREZ GIL lo expresa del siguiente modo: « La comisión del delito de colaboración exige no sólo realizar cualquiera de los actos objetivos punibles, son que es preciso que éstos se lleven a cabo teniendo el sujeto conciencia del favorecimiento que su acción supone para los fines o actividades de la organización terrorista o sus miembros, así como de la finalidad perseguida con ese favorecimiento. No cabe la incriminación a título de culpa, dado que el delito de favorecimiento tiene por objeto elevar a categoría autónoma formas de participación criminal en delitos dolosos». GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 35

CAMPO MORENO³³² señala que «tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia mantuvieron que, no sólo bastaba con llevar a cabo algún acto de los previstos en el texto penal, sino que era necesario que el discernimiento del sujeto abarcase y fuera referido al favorecimiento de la organización terrorista. De tal modo que, y según lo expresado, el conocimiento del sujeto, extra o que presta su apoyo de cualquiera de las maneras previstas en el articulado (...) debe encerrar no solamente el acto en sí mismo, sino que con el mismo se favorece la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada, organización o grupo terrorista».

En este mismo sentido, la jurisprudencia ha consolidado la doctrina de que, junto con el conocimiento de la parte objetiva del tipo de colaboración, deben satisfacerse las exigencias subjetivas derivadas del conocimiento genérico y abstracto de que, con su actuación, se colabora con las actividades o las finalidades de la banda armada. En tal sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9780], citada también por CAMPO MORENO: «(...) se exige, además, por imperativo del principio culpabilístico que configura nuestro sistema penal que el acusado conozca la pertenencia a banda armada de las personas a las que presta su colaboración, es decir, que tenga conciencia de que está realizando actos de favorecimiento de los fines y actividades de la organización a la que presta ayuda».

En definitiva, el castigo del delito de colaboración con asociación terrorista exige, en todo caso, que el sujeto tenga conocimiento y voluntad de desarrollar la acción de colaboración que realiza con dicha asociación. Y en razón de ese conocimiento y esa voluntad procede la represión de tales conductas, por lo que suponen de atentado a los bienes jurídicos protegidos por el tipo en cuestión³³³.

³³² CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Págs. 63 y 64.

³³³ Así, MESTRE DELGADO estima que « (...) basta sólo con realizar cualquiera de los actos objetivos (...), sino que es preciso que éstos se lleven a cabo teniendo el agente conciencia del favorecimiento que su acción supone para los fines o actividades de la organización terrorista o sus miembros, así como de la finalidad perseguida por ese favorecimiento» MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia...*, Pág. 206. Coincide con la calificación dolosa del delito CAMPO MORENO: « (...) la estructura del tipo que se analiza exige siempre que el sujeto colaborador con al banda armada, tenga conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por aquéllas. De tal modo que, se da por supuesto, al margen

Sin embargo, hasta aquí llega el acuerdo doctrinal y jurisprudencial, porque se produce una disensión considerable en cuanto a la extensión del que, a partir de ahora, se denominará como “dolo de colaboración”. Este disenso³³⁴ se manifiesta de formas diversas, aún cuando se refieren a un mismo fenómeno:

a) Unos autores, considerando el esencial elemento teleológico de las asociaciones necesario para la calificación de dichas bandas como asociaciones terroristas, “arrastran” dicho elemento teleológico a todos los tipos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 580 CP, extrapolándolo y convirtiéndolo en elemento subjetivo del injusto exigible en tales tipos. El artículo 576 CP queda dentro del ámbito marcado por dichos autores y, por ende, se deduce que el dolo de colaboración debe también abarcar un elemento subjetivo del injusto, que no es sino la traducción en la vertiente subjetiva del tipo, de aquél elemento teleológico necesario para la calificación como tales de las asociaciones terroristas.

b) Otros autores, por el contrario, no consideran que el dolo deba abarcar dicho elemento subjetivo del injusto, por considerar que el mismo no existe. Es decir: se trataría de un dolo simple, que lógicamente debe abarcar la parte objetiva del delito de colaboración con asociación terrorista, pero sin que ello suponga la existencia de un plus específico que sirva para tal consideración. Como posteriormente se examinará, mantiene tal postura de forma clara y decidida CAMPO MORENO.

de cualquier otra consideración, la estructura dolosa del delito, y por ende, la imposibilidad de su incriminación a título de culpa» CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Págs. 63 y 64.

³³⁴ Puesto de manifiesto por CAMPO MORENO. Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 64 y SS.

VI. 2. El “ánimo de colaborar” como elemento subjetivo del tipo en el artículo 576 del Código Penal.

Debe señalarse, en primer lugar, a LAMARCA PÉREZ³³⁵ como una de los precursores que planteó la cuestión del elemento subjetivo del injusto en los tipos de terrorismo (en sentido genérico), realizando la oportuna conexión entre dicho elemento y el elemento teleológico o finalidad concreta que debe perseguir la asociación ilícita para ser calificada de terrorista. Una línea que es seguida por MESTRE DELGADO. En su opinión, como ya se ha indicado, para que pueda considerarse cometido un delito de colaboración se exige, además de realizar la conducta objetivamente descrita en el tipo, también que la parte objetiva sea llevada a cabo teniendo «el agente conciencia del favorecimiento que su acción supone para los fines o actividades de la organización terrorista o sus miembros, así como de la finalidad perseguida por ese favorecimiento»³³⁶. Precisamente es este autor el que diseña el contenido de dolo de colaboración, considerando lo que el mismo debe abarcar³³⁷:

En primer lugar, «la militancia en una organización terrorista de la persona ayudada, aunque se ignoren los posibles ilícitos cometidos por ésta». O, lo que es lo mismo, que el autor de la colaboración sepa perfectamente con a quién le esta prestando un determinado auxilio.

En segundo lugar, «la antijuridicidad del grupo al que pertenece el ayudado»; es decir, que exista plena conciencia de que la ayuda se presta sabiendo que el sujeto al que se ayuda forma parte de una asociación terrorista.

Y tercero, «la conciencia de ayudar con esa actividad al grupo terrorista», es decir: que la ayuda prestada por el sujeto en cuestión se desarrolla

³³⁵ Estima que «Todos los tipos penales de terrorismo previstos en el CP de 1995 exigen que la conducta delictiva se realice con una determinada finalidad, es decir la estructura típica requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto que ha de ser abarcado por el dolo del autor de modo que la conducta delictiva concreta (homicidio, secuestro, etc.) debe ir finalísticamente encaminada a subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (...)», en LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra el orden público* en LAMARCA PÉREZ, Carmen et al. *Derecho penal. Parte especial*. Madrid, 2004 Pág. 686

³³⁶ MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 206

³³⁷ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 206

precisamente en atención a la integración del sujeto ayudado en la asociación terrorista, de forma que se colabora con la asociación auxiliando a alguno de sus miembros.

Esta descripción del ámbito del dolo se comprobará como eficaz y ampliamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia; si bien, MESTRE DELGADO añade un cuarto elemento que, en su opinión, debe abarcar el dolo de colaboración: «la voluntad de prestar ayuda para la obtención de los fines del grupo criminal»³³⁸. Es este último elemento el que podría considerarse como elemento subjetivo del tipo que debe ser abarcado por dolo de colaboración. Es patente que existe cierta confusión entre el tercer y cuarto elementos, en la medida en que el primero se refiere a “conciencia de ayudar” y el segundo a “voluntad de prestar ayuda”, lo que parece estar aludiendo a los dos elementos del dolo (elemento cognoscitivo y volitivo) en relación con la cuestión planteada. Si bien es evidente que se pone de relieve en el cuarto elemento señalado por el autor en cita la relevancia de la intención de ayudar a la asociación terrorista en sus fines criminales.

Entiende MESTRE DELGADO que si falta en el colaborador -en quien observa una conducta objetivamente calificable como colaboración *ex Art. 576CP*- la motivación subjetiva que reúna los requisitos previstos anteriormente, los actos de ayuda o colaboración con el grupo que realice no pueden calificarse como típicos. Es decir, desarrolla de tal modo este cuarto elemento que, convirtiéndolo en elemento subjetivo del tipo, si falta la intención de colaborar con los fines de la asociación terrorista, no podrán calificarse como típicos los hechos cometidos. Estima el autor en cita que así se consigue una cierta limitación del tipo objetivo (aún cuando no lo exprese con tales palabras), evitando así lo que él denomina como “exasperación del concepto de colaboración como injusto penal”. MESTRE DELGADO estima que tal cuestión se podría producir en los supuestos en que se castigase por el auxilio prestado ignorando la militancia del auxiliado, desconociendo que se está colaborando con el grupo; o bien, realizando la ayuda con ánimo distinto a los referidos. Este último extremo es el que entra de lleno en la consideración del

³³⁸ Un ánimo que el autor estima subyacente «en las voluntades de sustraer a los miembros de la organización terrorista de la acción judicial y de evitar su detención».

elemento subjetivo del tipo, en la medida en que el citado autor exige el “ánimo de colaborar”, en tanto que elemento subjetivo del injusto.

Por lo que se refiere a la posible “exasperación punitiva” derivada de la no contemplación de dicho ánimo especial, señala CAMPO MORENO que aquellas Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional que parecen reconocer dicho ánimo enfatizan lo subjetivo con la clara intención, en la línea marcada por MESTRE DELGADO, de recortar el amplísimo ámbito de lo legalmente punible. A este respecto, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988 [RJ 1988\3839] a la que se remiten las Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 10 de junio y 16 de febrero de 1991. La Sentencia de referencia dispone como requisitos, en el ámbito de la colaboración, los siguientes: «1º La existencia de un grupo o banda armada dotada de organización. 2º Que la actividad delictiva tenga la suficiente entidad como para ser rechazada por las normas socioculturales de la colectividad del entorno en que se cometan los hechos – los actos de correo, alojamiento y traslado, facilitan la ilocalización y la impunidad- y, como elemento subjetivo del injusto, saber que con ello se causa una incidencia grave a la seguridad ciudadana. Circunstancias, las referidas, cuya concurrencia conjunta determinan la consumación, pues la figura delictiva que se contempla se agota en el mismo acto de colaboración o favorecimiento, con independencia del resultado, según la STS de 13 de julio de 1987»³³⁹

Esta técnica, teleológicamente orientada, no deja de ser criticable (de “recurso retórico” lo califica CAMPO MORENO), en la medida en que la extensión de los tipos penales debe hacerse en la base objetiva de las conductas castigadas, y no acudiendo al desarrollo de teorías que “hagan nacer” elementos subjetivos del injusto allí donde el legislador no ha introducido dicho elemento. En esta línea se mueve TORRES FERNÁNDEZ cuando, al examinar las conductas de atentado, estima que «no cabe exigir elemento subjetivo alguno allí donde el tipo legal no lo describa expresamente»³⁴⁰.

³³⁹ Citada por CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 65

³⁴⁰ Concretamente, TORRES FERNÁNDEZ señala: « Un considerable número de resoluciones del Tribunal Supremo ha exigido para la aplicación de este delito la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo o el fin de atentar contra el principio de autoridad, como elemento subjetivo adicional al dolo. De esta postura no se puede sino discrepar. Dado que es la descripción típica

PRATS CANUT³⁴¹ también considera la existencia de dicho elemento subjetivo del tipo, entendiéndolo como refuerzo de la configuración dolosa del tipo en cuestión. Un elemento que se configura como «necesario para que la conducta adquiera definitivamente rango delictivo junto a la idoneidad y potencial eficacia de los actos de favorecimiento con los fines y actividades de la banda terrorista. De este modo, se pone énfasis en la específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar a la asociación terrorista. El citado autor señala como refuerzo de sus tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1985 [RJ 1985\2070], 23 de junio de 1986 [RJ 1986\3185], 2 de febrero de 1987 [RJ 1987\1181] y 26 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9780], en tanto que las mismas exigen «tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo y voluntad de ayuda».

También consideran la existencia de dicho elemento subjetivo del injusto LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ³⁴², señalando como tal el hecho de que «se exige colaborar con las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista». Y en la misma línea se sitúa MIRANDA STRAMPES³⁴³, cuando estima que «no basta con la idoneidad y potencial eficacia de los actos de favorecimiento de las actividades y fines de la banda armada, es necesario también, como elemento subjetivo del injusto, que exista una específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar las actividades de la banda terrorista».

Esta postura, a pesar de lo señalado tanto por MESTRE DELGADO como por PRATS CANUT, no contribuye precisamente a esclarecer las

la que fija los elementos del delito, no cabe exigir elemento subjetivo alguno allí donde el tipo legal no lo describa expresamente. No cabe pues confundir el conocimiento y voluntad de alguno de los elementos del tipo con un elemento de esa clase. (...) el Tribunal Supremo cuando define ese llamado elemento subjetivo entiende que es el conocimiento del carácter de autoridad del sujeto pasivo y de que su acción vulnera el principio de autoridad, elementos que no son otra cosa que parte del dolo genérico de la infracción», TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-08 (1999), accesible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-08.html

³⁴¹ Cfr. PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios.....*, Págs. 2116 y 2117

³⁴² LANDECHO VELASCO, Carlos y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción *Derecho...*, Pág. 583

³⁴³ MIRANDA STRAMPES, Manuel *Delitos contra el orden público*, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.) *Código*, Pág. 1974

diferencias entre móviles y dolo en sí mismo. Porque, en efecto, parece que de entre los múltiples móviles posibles en el actuar humano, sólo se considera como integrante del dolo de colaboración el de la colaboración con la asociación terrorista. Esta conceptualización hace que, en la práctica, si un presunto colaborador con la asociación terrorista quiere evadir la imputación, bastará que demuestre razonablemente que la colaboración (objetivamente subsumible en el tipo) se desarrolló con otra finalidad distinta, como por ejemplo, la amistad o el parentesco con el auxiliado. Y en tal caso, se producirá una confrontación de móviles que, de estimarse la postura de quienes defiende la existencia del elemento subjetivo del injusto, conducirá a la negación de la tipicidad en tales supuestos. Si bien es cierto que, de aceptarse tal postura, habrá de examinarse también lo que estos mismos autores (y otros), han considerado en relación con la concurrencia de móviles.

Como ya se indicaba más arriba, puede considerarse que el pretendido elemento subjetivo del injusto del artículo 576 CP (ánimo de colaboración) no es más que la traslación del elemento teleológico, en la configuración como terrorista de una asociación ilícita (y, por ende, sus propios miembros), a los delitos de terrorismo en sí mismo considerados; traslación que resulta específicamente interesante en relación con el delito de colaboración con asociación terrorista.

Señala HERRERO HERRERO, al estudiar los objetivos del terrorismo que él denomina “reflexivamente consciente”, que tal terrorismo «se dinamiza a través de dos planos finalísticos distintos, aunque complementarios» cuáles son de un lado su finalidad última o autojustificante y, a la par, su finalidad próxima o instrumental. A la primera se refiere el autor en cita considerando que dicha finalidad constituye la base de la estrategia política de tales grupos: «apoderarse del poder para imponer su filosofía sociopolítica o socioeconómica, defender su autocracia, hacer frente, para derrotarlas, a fuerzas calificadas de invasoras, usurpadoras, colonizantes y, en general, opresoras...». Y de otro lado, la denominada finalidad próxima instrumental consistente en servir de medio a la finalidad precedente. En esta línea, «el terrorismo persigue “desconectar” a la población de la autoridad constituida “neutralizar” o “debilitar” la reacción de los antagonistas, “despertar” a los

indiferentes, “someter” a las masas por el miedo que en ellas desencadenan sus métodos violentos». Con esta finalidad próxima se busca «la *inhibición* colectiva por los argumentos de la violencia y la coacción».

MESTRE DELGADO³⁴⁴ también se refiere a las finalidades del terrorismo con la comisión de los actos criminales propios de las asociaciones terroristas, y así estima que pueden distinguirse las siguientes finalidades en tales asociaciones:

- a) La delincuencia en sí. Es decir, la configuración de asociaciones terroristas como aquellas que realizan actos delictivos siendo estos mismos su propia finalidad.
- b) La propaganda de una ideología política que se consigue a través de los actos de terrorismo. En este caso, se trata de concebir los actos terroristas como referentes comunicativos para atraer la atención de la colectividad hacia una determinada ideología.
- c) La inseguridad ciudadana. En función de esta consideración, el fin último de las asociaciones terroristas sería aterrorizar, asustar, generando con el miedo un estado psicológico de inseguridad, logrando el control político amedrentando a la comunidad política.
- d) La desvalorización de la lucha social, entendiendo por tal, el abandono de de las exigencias de reforma que caracterizaban tradicionalmente al movimiento obrero.
- e) La destrucción del régimen democrático y sus instituciones. Evidente por sí mismo.

Finalidades estas que no pueden ser consideradas desde el punto vista jurídico, según MESTRE DELGADO, para quien las finalidades que de verdad son relevantes en el ámbito jurídico. Dicho autor estima que la determinación de cuál de esos ánimos es el que integra el concepto jurídico de terrorismo requiere de una perspectiva jurídica, que él encuentra, muy acertadamente, en «la que ofrece el bien jurídico protegido por las normas penales

³⁴⁴ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Págs. 43-45

antiterroristas»³⁴⁵. A estos efectos cabe remitirse a lo ya señalado en el capítulo relativo al bien jurídico protegido, o mejor dicho, los bienes jurídicos protegidos por los delitos de terrorismo. En todo caso, cabe recordar con el autor en cita que pueden distinguirse hasta tres bienes jurídicos atacados³⁴⁶:

En primer lugar, «el bien jurídico personal (vida, integridad corporal, libertad personal) lesionado o puesto en peligro directamente por el acto delictivo individualizado».

En segundo lugar, «la seguridad interior del Estado, amenazada o dañada, en cada caso, por la utilización de medios catastróficos, la significación de las víctimas y/o la generalidad o reiteración de los actos delictivos, sostenidos por una organización estable y organizada que los fomenta».

Y por último, «la exclusividad del método democrático como instrumento de lucha política., en cuanto la pretendida finalidad política argumentada por las bandas terroristas para justificar sus acciones quiere alcanzarse a través de la acción delictiva violenta, al margen de las vías que el Estado democrático ofrece», que en este trabajo se ha denominado simplemente “orden democrático constitucional”.

Así, pues, estima MESTRE DELGADO que el ánimo subjetivo esencial, junto al dolo, que integra el concepto jurídico de terrorismo es «el rechazo de las vías democráticas de actuación política». Si bien, debe entenderse que lo indicado por este autor se refiere, cómo él mismo indica, al concepto jurídico de terrorismo y, por tanto, debe ponerse en directa relación con los tipos que sancionan las asociaciones terroristas (artículos 515 2ª y 516CP), en tanto que son los tipos delictivos directamente relacionados con el concepto jurídico de terrorismo. Sin embargo, trasladar este elemento subjetivo, que tiene sentido en los preceptos antes indicados, a los concretos delitos de terrorismo no parece justificable. En especial, no parece asumible en relación con el delito de colaboración con asociación terrorista, por cuanto el legislador no ha querido,

³⁴⁵ MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Págs. 46

³⁴⁶ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Págs. 46

en modo alguno, hacer mención expresa a elemento subjetivo alguno, lo que convertiría el tipo en un delito de tendencia interna trascendente³⁴⁷.

Una última razón que abogaría por no entender existente elemento subjetivo específico alguno sería la siguiente: la exigencia de una voluntad (de una intención específica) de prestar ayuda para la obtención de los fines de la organización o grupo terrorista resulta contradictoria con los hechos que se pretenden sancionar, esto es, la colaboración. Y es que una manifestación clara de la intención de prestar ayuda para la obtención de los fines de la organización o grupo terrorista supondría, en la práctica, que el sujeto en cuestión se habría integrado en la asociación terrorista, y no conservaría el carácter de *extraneus*; requisito, como ya se ha visto, *sine qua non* para la aplicación del presente tipo delictivo. Dicho con otras palabras, exigir tal *animus* a los efectos de sancionar la integración (como director, promotor o simple integrante) de la asociación delictiva terrorista es absolutamente necesario. Una necesidad derivada de la obligada conceptualización de tal asociación como terrorista y, por lo tanto, a sus integrantes como tales. Y, del mismo modo, los delitos cometidos por los *intraneus* de la asociación requieren dicho *animus*, aunque el mismo no se requiera expresamente en los tipos previstos en los artículos 571 a 574 CP, porque dicho ánimo *va de suyo*, en la medida en que se trata de sujetos integrados en la asociación y, por ende, la pertenencia a la asociación les trasmite *ipso facto* dicho *animus*. En la opinión aquí sostenida, este razonamiento no puede ser trasladado a los tipos de colaboración porque el colaborador es un *extraneus* que desarrolla una conducta (lógicamente, dolosa) de auxilio a la asociación terrorista, como se verá a continuación.

³⁴⁷ O delitos de “tendencia interna intensificada”, como los llama PRATS CANUT, que señala que tal es la «denominación utilizada por la doctrina para caracterizar aquellos delitos en que el autor, no buscando un resultado ilícito que esté más allá de las acciones típicas, realiza éstas confiriéndoles un especial sentido subjetivo. No basta, pues, que se altere el orden, son que es preciso que dicha alteración, mediante esa u otras de las diversas formas comisivas que se prevén en la definición legal de los delitos de terrorismo, se ejecuten con el ánimo específico de alterar la paz pública, o el orden constitucional». Tal consideración merecen, según dicho autor, todos los tipos terroristas. PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios...*, Pág. 2102.

VI. 3. Inexistencia de elementos subjetivos del injusto: el ámbito del dolo de colaboración.

Otra parte de la doctrina, en cuya línea quiere inscribirse (en principio) el presente trabajo, estima que no existe un elemento subjetivo del injusto, un “ánimo de colaborar” sin cuya concurrencia no pueda apreciarse siquiera la tipicidad del delito en cuestión. Postura que entiende, razonablemente, la innecesidad de la concurrencia de ese cuarto elemento intencional al que aludía MESTRE DELGADO. Bastaría, por tanto, la concurrencia de los tres primeros elementos para poder afirmar la existencia del “dolo de colaboración”. Dicho dolo, por tanto, debería abarcar³⁴⁸:

- 1.- La militancia del auxiliado en una asociación terrorista.
- 2.- La antijuridicidad del grupo al que pertenece el ayudado.
- 3.- La conciencia de ayudar con esa actividad al grupo terrorista.

En efecto, el dolo del colaborador con asociación terrorista sólo debe abarcar los mencionados aspectos subjetivos sin que se exija, además, la intención de colaborar con las finalidades de dicha asociación. La justificación de esta inexigibilidad deriva del simple hecho de que la misma no se puede exigir de un modo directo al colaborador. Resulta difícil, si no imposible, imaginar a un *extraneus* que auxilia a un sujeto integrado en la asociación terrorista (por ejemplo: le proporciona un piso para dormir) sabiendo que pertenece a ETA, conociendo perfectamente qué es ETA y, finalmente, siendo plenamente consciente de que está prestando ayuda; y al mismo tiempo,

³⁴⁸ GUTIÉRREZ GIL señala que en estos tres elementos hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial: « Ahora bien, no hay unanimidad acerca de lo que el dolo debe abarcar. Sí, respecto del conocimiento de la militancia en una organización terrorista de la persona ayudada, aunque se ignore los posibles actos ilícitos cometidos por ésta: también debe abarcar la antijuridicidad del grupo al que pertenece el ayudado; igualmente el dolo ha de comprender la conciencia de ayudar con esa actividad al grupo terrorista. Ahora bien, no hay coincidencia ni en la doctrina ni en el ámbito jurisdiccional sobre la exigencia de una voluntad de prestar ayuda para la obtención de los fines de la organización o grupo terrorista». GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 35

considerar que dicho sujeto, no tenga intención de favorecer con su acto de colaboración los fines o actividades de la asociación terrorista.

CAMPO MORENO entiende que se trata, por tanto, de un “dolo simple”, es decir, la exigencia de que se sea consciente de que se presta ayuda a alguien, sabiendo simplemente quién es ese alguien y lo que significa tal colaboración para la banda armada (de un modo genérico en sus actividades o en sus finalidades)³⁴⁹. Este autor, no obstante negar la existencia de tal elemento subjetivo del injusto, reconoce que debe existir una cierta intención de auxilio que debe ser cubierta en todo caso por el dolo del autor³⁵⁰. No lo llama elemento subjetivo del injusto, pero de hecho, considera que el dolo debe alcanzar ese cuarto elemento al que se refería MESTRE DELGADO, aunque lo haga simplemente como extensión adecuada del dolo de colaboración.

Es este mismo autor el que apunta, en relación con la amplitud del dolo, una línea jurisprudencial minoritaria que parece desatender los requisitos exigidos, encabezada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 7 de abril de 1992³⁵¹. Lo más destacable de dicha argumentación y pretendido cambio de interpretación jurisprudencial auspiciado por dicha

³⁴⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 66

³⁵⁰ *Ibid.* Ant. «En esta orientación, y por vía negativa, dejaban de sancionarse aquellos comportamientos que, aún siendo objetivamente de favorecimientos, les faltaba el entendimiento aludido; (...) aquél que actúa guiado, únicamente, por motivos o relaciones personales con los integrados en una organización terrorista, en la medida en que no preste ningún “acto de colaboración con las actividades o los fines de una banda armada, organización o grupo terrorista»

³⁵¹ El párrafo de la Sentencia, que no se encuentra en el repertorio jurisprudencial Aranzadi señala, según indica MESTRE DELGADO que: « (...) aunque no conste que la acusada tuviera una intención específica de colaborar con banda armada, sin embargo, sí que dio alojamiento en su domicilio por una noche a uno de sus miembros con pleno conocimiento de esta circunstancia. La duda surge en el momento de plantearse, en el análisis de los elementos del tipo, si se exige en este la presencia de un elemento subjetivo específico, representado en este caso por la intención de favorecer la actividad terrorista (delito de tendencia interna trascendente), de tal manera que su ausencia, al producirse el hecho objetivo de colaboración con un ánimo distinto, como, por ejemplo, el auxiliar al amigo como persona, excluya la punición de este por falta de dolo específico, tal como señala cierto sector de la doctrina (Mestre Delgado, García-Pablos de Molina) y también viene así recogido en múltiples resoluciones de esta Sala de lo Penal de la AN (...). Desde luego, este parece el planteamiento correcto en lo que se refiere a la conducta típica descrita en el párrafo primero del Art. 174 bis a) en el que claramente se describe un delito de los llamados de resultado cortado en el que la acción típica se completa por la persecución de un resultado exterior que está más allá del tipo objetivo y que ha de producirse con posterioridad al hecho, si no al margen, de la intervención del autor.

Sin embargo, el párrafo segundo del mentado precepto describe una serie de conductas a las que objetivamente, con exclusión aparente del ánimo tendencial de éstas, da el carácter de delictivas al considerarlas como constitutivas de un delito de colaboración con banda armada, entre las que se encuentra el dar alojamiento a un miembro de una banda armada u organización terrorista, abarcando el dolo únicamente el conocimiento de esta circunstancia». En la misma línea que la anterior estima que se encuentra CAMPO MORENO la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993, condenatoria del Arcipreste de Irún, que será examinada con mayor profundidad más adelante.

resolución, sería la interpretación autónoma, en materia subjetiva, de los dos apartados del artículo 576CP (aunque la Sentencia se refiere al anterior artículo 174 bis a), resulta de plena aplicación al articulado actual). Según se indica en la Sentencia, parece como si en efecto se asumiera la necesidad de un específico elemento subjetivo del tipo para los casos a subsumir en el apartado primero; mientras que el mismo no sería necesario en los supuestos específicos del apartado segundo, por cuanto se estima objetivamente conductas de colaboración, sin exigencia subjetiva alguna. Respecto de dicha línea jurisprudencial, CAMPO MORENO entiende que esta interpretación autónoma de los apartados «implica desconocer la propia *mens legislatoris* y la propia configuración que de los mismos da el Tribunal Supremo». Opinión con la que se debe estar de acuerdo por razones de índole técnico-jurídica y sistemática, ya que el precepto en cuestión no establece dos tipos distintos, sino una configuración genérica de la colaboración con asociación terrorista en el primer apartado, que resulta de aplicación también al segundo, en cuanto que simple lista de las conductas que más habitualmente suponen la colaboración antes definida genéricamente (lo que se ha denominado “catálogo”). Cuestión distinta es la consideración de la Sentencia en cuanto a la concurrencia de elemento subjetivo del injusto. Y ello a pesar de que la Sentencia yerre al considerar la existencia de tal elemento subjetivo, ya que no se exige dicho ánimo especial en ninguno de los dos apartados, tampoco en el primero.

En definitiva, se puede comprobar como no cabe exigir que el dolo se extienda más allá del conocimiento del sujeto como miembro de la asociación terrorista, el conocimiento de la misma y la realización de la conducta colaboradora con conciencia de ayudar a tal sujeto. Sin que parezca justificable trasladar al ámbito punitivo de las conductas de colaboración la exigencia teleológica con las vestiduras de un elemento subjetivo del injusto que el propio legislador no ha considerado oportuno.

VI.4. La concurrencia de móviles y su distinción del dolo de colaboración.

Una clara consecuencia del problema planteado en los párrafos anteriores (si la intención de colaborar debe ser abarcada por el dolo de colaboración, ya sea como elemento subjetivo del injusto o como parte del dolo de colaboración) se produce cuando se aprecia la concurrencia de varios móviles que dirigen la voluntad del colaborador. Nótese que dicho problema no se produce con el planteamiento sostenido en este trabajo, puesto que dicha intencionalidad resulta irrelevante para confirmar el dolo de colaboración. No obstante, al ser dominante en la doctrina la opción contraria y no ser muy clara al respecto la jurisprudencia, parece conveniente dedicar un apartado al problema de la concurrencia de móviles.

Tanto CAMPO MORENO como PRATS CANUT consideran que la diferencia entre dolo y móvil se refiere a la diferente configuración de ambos: el dolo es único e inmediato; mientras que el móvil es plural y mediato.³⁵² Esta distinción aclara poco el problema planteado porque, si la intención de colaborar forma parte del dolo de colaboración, resulta difícil no confundir dicho ánimo con otros móviles. Y tan es así que, como se verá, la concurrencia del ánimo de auxiliar va a tener, para algunos autores, poder destipificador de la conducta de colaboración.

La doctrina se fija, especialmente, en dos supuestos de ánimos concurrentes: aquellos actos de colaboración con integrantes de asociación terrorista realizados por razón de amistad; y aquellos que se producen por parte de los cónyuges o familiares de los colaboradores, es decir, por razón de parentesco o de amor esponsal (o asimilado). Nótese que esta cuestión se trata aquí, aún cuando propiamente, y de forma coherente con lo hasta aquí afirmado, ambos supuesto de concurrencia de ánimos se deberían tratar más extensamente en el examen de las causas que excluyen la antijuridicidad y la culpabilidad. Los supuestos en concreto son los siguientes:

³⁵²Cfr. PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios ...*, Pág. 2116; y CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 65

a) Colaboración por razón de amistad.

MESTRE DELGADO, en relación con la primera doctrina jurisprudencial sobre terrorismo de la Audiencia Nacional, considera que ésta «no sólo no es uniforme, sino que en algunos casos ofrece criterios francamente contradictorios».³⁵³ Así, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 53/1982 estimó que «en forma alguna puede operar jurídicamente la pretendida excusa absolutoria de amistad, no establecida en la normativa vigente». Mientras que la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, 10/1983 considera que «la ayuda a amigos o familiares implicados en organizaciones terroristas puede prestarse con intención de colaborar con dichas organizaciones, pero si esta intención no es patente, o se demuestra, no cabe integrar tales ayudas o asistencias en el marco de los delitos (...), ya que la comisión de delitos de intencionalidad política, por graves que sean, no rompen los vínculos de parentesco o de amistad ni, por lo tanto, los deberes morales inherentes a las relaciones más íntimas de parentesco que la Ley en ningún caso debe deshumanizar».

Ante la contradicción de la jurisprudencia, el autor antes citado considera que lo correcto es lo apuntado por esta última línea jurisprudencial y así, estimando que es necesaria la concurrencia del peculiar ánimo de colaborar con la asociación terrorista, si éste no concurre pero sí lo hace otro ánimo (el de amistad), habrá que afirmar que nos encontramos ante un supuesto de atipicidad, por falta de dolo específico; mientras que si lo que se produce es la concurrencia de ambos ánimos, es decir, tanto el deseo de ayudar al amigo como el de colaborar con la asociación terrorista, entonces se producirá una conducta típica que subjetivamente es abarcada por el dolo de colaboración, estimando el deseo de ayudar al amigo como un mero móvil concurrente³⁵⁴.

Este criterio, apuntado por MESTRE DELGADO, es perfectamente asumible si se examina el problema del elemento subjetivo de la colaboración

³⁵³ MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 208

³⁵⁴ MESTRES DELGADO, concretamente, señala que « Estas discrepancias, pese a todo, son expresión de un criterio correcto y común de aplicación de esta figura de colaboración. Conforme al mismo, el ánimo de auxiliar al amigo como persona, con ausencia absoluta de cualquier intención de favorecer a la banda armada, excluye la punición por falta de dolo específico de este delito, en tanto que si el propósito de auxiliar al amigo es coincidente con el de cooperar con la organización, la coexistencia de ánimos no excluye en modo alguno la punición por el tipo de colaboración con banda armada», MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 208

desde una perspectiva exclusivamente teórica. Pero no ocurre lo mismo si se pretende realizar una distinción con una visión práctica, porque ¿cómo se puede demostrar que el sujeto que acompaña al miembro de ETA al otro lado de la frontera francesa no lo hace por amistad, sino por deseo ayudar a asociación terrorista, haciendo patente esa intención? O planteada la cuestión desde otra perspectiva, ¿qué aporta la exigencia de la intención, del ánimo de colaborar con la asociación, si ya se ha comprobado que el presunto colaborador: a) conocer al sujeto que auxilia (es su amigo); b) conoce su pertenencia a ETA (no lo acompaña a hacer senderismo); y c) es consciente de que su actuación supone un auxilio para la banda terrorista? En el supuesto que nos sirve de ejemplo, el colaborador ayudó a cruzar la frontera francesa a un activista de ETA, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra señaló en relación con tal supuesto que: «También concurre el indispensable elemento culpabilístico del tipo, a saber, la conciencia del favorecimiento de las actividades y fines de la banda armada (...) para la que, como dice la Sentencia de 24 de mayo de 1993, **basta la conciencia de estar colaborando con miembros activos de ETA**, sin que empañe el perfilamiento del dolo el que los actos se realicen de mejor o peor grado, por la amistad con los auxiliados o favorecidos o por la necesidad de éstos, porque, tras la realización intencionada y libre de un acto sancionado criminalmente, pueden hallarse móviles muy diversos no condicionantes en orden a la apreciación del genérico dolo que ha de presidir la actividad programada».

Puede deducirse, por tanto, que lo importante no es propiamente la intención del sujeto sino si, de verdad, éste se representa adecuadamente que lo que está realizando es un acto de colaboración con asociación terrorista, materializada en uno de sus integrantes. Para dicha representación basta la confirmación de los tres elementos que ya se indicaron más arriba: conocer al auxiliado, conocer su pertenencia a la asociación terrorista y conciencia de auxiliar con su actuación a la asociación terrorista.

Merece una especial consideración un supuesto comentado por todos los autores que han tratado la materia: el delito de colaboración con asociación terrorista del, en aquél momento, Arcipreste de Irún. Dicho sacerdote fue condenado por la Audiencia Nacional, confirmándose la condena por Sentencia del Tribunal Supremo nº 1848/1993, de 21 julio [RJ 1993\6335]. Para una

adecuada comprensión de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo (confirmatorios, en lo esencial, con la Audiencia Nacional) se reproducen, a continuación y resumidamente, los hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Nacional:

«en el año 1981, Cristóbal, de común acuerdo con sus superiores eclesiásticos, asumió la titularidad de la Parroquia del x , en la localidad Guipuzcoana de Irún, en donde ha desarrollado su labor pastoral en muy diversos ámbitos sociales, tanto de la infancia y juventud, como entre personas ancianas, con especial entrega hacia la población marginada, en especial pobres, toxicómanos, indomiciliados y emigrantes, en considerable número, habida cuenta de la posición fronteriza de dicha población, y para cuya función disponía de un local de uso polivalente en las dependencias parroquiales. Entre las personas que dicha actividad le deparó conocer, figuraba Evaristo , feligrés de la parroquia, hijo de una de las personas que le ayudaban en su labor de catequesis parroquial, y aquejado de un proceso de toxicomanía por su adicción a las drogas duras, para cuya curación, el propio acusado recomendó a su madre el seguimiento del tratamiento terapéutico denominado "Proyecto Hombre", en alguna de cuyas etapas le ayudó Cristóbal , a quien dejó de ver como un año y medio antes de los hechos.- 3. En el mes de Agosto de 1991, encontrándose el acusado en Irún , tuvo lugar, por efecto de una operación policial, la desarticulación del Comando Donosti de la organización terrorista ETA, huyendo algunos de sus miembros, entre los que figuraban Luis Miguel , Enrique e Evaristo , a quien, asimismo, se le atribuyó la participación en la muerte de José Daniel , acontecida en el mismo mes, en la plaza de Urdanibia, de la localidad de Irún , hechos de los que Cristóbal tuvo el conocimiento propio que le proporcionaban, tanto los medios de comunicación de ámbito local -dado que el nombre y la fotografía de Evaristo apareció en los periódicos-, como los comentarios propios en una población de unos sesenta mil habitantes, además de las referencias de la madre de Evaristo , quien desapareció de su domicilio en la misma fecha, a la vez que interrumpió sus relaciones sentimentales con Flor.(...) El día 28 de Febrero de 1992, sobre las doce de la noche, y encontrándose el acusado descansando en su domicilio, en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 , próximo al edificio de la Parroquia del DIRECCION000 , de **Irún** , escuchó el timbre de la puerta de la calle y tras abrirla, se encontró

con Evaristo , que en compañía de otro hombre que posteriormente resultó ser José Luis , le pidió alojamiento para pasar la noche y tras una inicial postura de firme negativa, y sabedor de la posible integración de Evaristo en la organización armada ETA y de su participación en graves delitos contra las personas, perpetrados por miembros de dicha organización, pero en atención a anteriores y profundas relaciones de afecto personal con Evaristo y, asimismo, con su madre, catequista de la Parroquia, así como a humanos principios de solidaridad, potenciados por su condición de sacerdote de la Iglesia Católica, les permitió pernoctar en el local polivalente existente en el edificio parroquial, deparándoles igual acogida a la que habitualmente dispensaba a pobres, toxicómanos, peregrinos e indomiciliados que se lo pedían, acondicionando la estancia con la extensión de unas esterillas en el suelo, haciéndoles entrega de una llave, que deberían dejar en lugar visible)».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993 [RJ 1993\6335] desarrolla un breve análisis del origen, en cuanto a los requisitos culpabilísticos se refiere, del tipo de colaboración con asociación terrorista, señalando que «después de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica de 1.983, para la existencia de cualquier acción delictiva es necesario el elemento culpabilístico de la intencionalidad y ello, por tanto, también es aplicable a la figura delictiva de que se trata (Art. 174) (...)»³⁵⁵. De tal modo que, en efecto, es necesaria la concurrencia del dolo de colaboración para poder imputar los hechos de que se trate, en el caso concreto, haber permitido pernoctar en la casa parroquial a dos sujetos aún a sabiendas de que formaban parte de ETA y se encontraban huyendo de la Policía.

Siendo esto así, el elemento tendencial del dolo, según la Sentencia comentada, sufre una configuración específica porque «la acción que provoca el delito se objetiviza en cierto sentido y en cada caso concreto, y de ahí que el elemento subjetivo o intimista tenga que inferirse de modo muy directo de los hechos antecedentes y concomitantes que concurren en la actividad presuntamente delictiva». De tal modo que dicho elemento intencional de colaboración -nótese que el Tribunal Supremo habla en todo momento de este

³⁵⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1993, Fundamento de Derecho Tercero relativo al recurso del encausado.

elemento intencional dentro del dolo simple y no como trasunto del elemento teleológico exigible a la asociación para su consideración como terrorista- se infiere de los datos concurrentes en cada caso particular. Y así, en el caso concreto, el Tribunal Supremo estima que la Audiencia Nacional realizó correctamente dicha inferencia de los siguientes datos:

1º. «El encausado conocía perfectamente, tanto por los medios de comunicación, como por las relaciones de amistad que le unían con la madre del "amparado" y, sobre todo, por el ámbito territorial en que se produjo ese conocimiento (población de alrededor de sesenta mil habitantes), que su protegido había sido autor de diversos actos terroristas, pero, sobre todo, era sabedor de su pertenencia a una banda armada».

2º. «No obstante ello, le ocultó a sabiendas de lo anterior y con el único propósito lógico de que no fuera descubierto por los agentes de la autoridad que le perseguían en aquellos momentos, y, además, lo hizo en lugar poco accesible a esa persecución, cual fue una dependencia de la iglesia parroquial».

3º. «De la conjunción de lo primero y lo segundo sólo cabe inferir, como lo hizo el Tribunal "a quo", que existió intención de proteger a un miembro de banda armada y, por tanto, y según la redacción del precepto penal aplicado, de colaborar con el grupo terrorista a que pertenecía».

Si se examinan detenidamente los ordinales anteriores puede apreciarse cómo se cumplen en el caso examinado los tres requisitos previstos. En primer lugar, el acusado conocía personalmente al amparado y además conocía su integración en ETA. A pesar de ello, quiere prestar su ayuda para que los sujetos en cuestión pasen la noche en dependencias parroquiales (número 2º). Con tales datos, necesariamente se puede construir la inferencia que señala el número 3º, es decir, que existió una inequívoca intención de auxiliar a la asociación terrorista, materializada y representada por el sujeto hospedado.

La conducta observada por el entonces Arcipreste de Irún es, objetiva y subjetivamente, una conducta subsumible en el tipo de colaboración con

asociación terrorista. Cuestión distinta será la posible justificación de su conducta, en la que el presente trabajo muestra una discordancia absoluta con el sentido de ambas Sentencias. Pero se trata, como se indica, de cuestiones relativas a la posible concurrencia de causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

b) Colaboración por razón de parentesco o amor esponsal (y asimilados).

Se trata de supuestos corrientes, en especial en el caso de matrimonios o parejas de hecho, en los que uno de los cónyuges (o asimilado) colabora con la asociación terrorista, arrastrando a dicha colaboración al otro cónyuge. Para tales supuestos, MESTRE DELGADO entiende que la Audiencia Nacional ha seguido dos caminos distintos:

a) Estimar la concurrencia de la relación afectiva o familiar en el ámbito de la punibilidad, y no en el ámbito de la tipicidad o de la concurrencia del dolo de colaboración. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 68/1985, cuando señala, en relación con la supuesta colaboración prestada por las esposas de terroristas, que «el haber adoptado una actitud de rechazo (...) [de las esposas] hubiera redundado en su perjuicio y determinado el deterioro de la armonía familiar, de manera que, aunque sus comportamientos hayan provocado un mal a la sociedad mayor al propio que trataron de evitar, al no haber sido propiciada esa situación de "quasinecesidad" por ellas, ni tener ninguna el deber de sacrificarse en razón de su oficio o cargo, debe entenderse que la motivación que toda norma de derecho penal es susceptible de provocar el cualquier personalidad normal para no incidir en una acción antijurídica y típica se ha alterado sustancialmente en dichas procesadas y, por consiguiente, disminuido el elemento culpabilístico que les hace acreedoras del reproche penal». A este criterio jurisprudencial también se refiere GUTIÉRREZ GIL en el mismo sentido indicado³⁵⁶.

³⁵⁶ « (...) La solución más seguida por la AN ha sido la de absolver por falta de dolo en los supuestos verbigracia en que la actividad de la esposa se ha traducido en un asentimiento a las peticiones del cónyuge, ajenas a todo ánimo de colaborar con terceros, tolerando las exigencias del marido, basadas en

b) Sin embargo, parece que la Audiencia Nacional, en la mayor parte de los casos, se decanta por excluir el dolo de tales conductas. En esta línea, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 23/1982, estima que en los supuestos «en los que la actividad de la esposa se ha traducido en un asenso a las peticiones de su cónyuge, ajenas a todo ánimo de colaborar con terceros, tolerando las exigencias del marido, realmente comprometido, basadas en ese exclusivo ánimo de mantener el afecto y al concordancia familiar y no en el animus de auxiliar a personas u organizaciones terroristas» procede la no estimación de dicha colaboración por ausencia de dolo. Procediendo, sin embargo, estimar dicho dolo de colaboración «si ambos consortes, a título personal, han asumido, cada uno por sí, la tarea de la ayuda, auxilio o cooperación, actuando, bien conjuntamente, bien con plena autoridad –fruto de su libertad individual irrenunciable- en cada uno de los supuestos colaborativos». A lo mismo se refiere también CAMPO MORENO³⁵⁷, entendiéndolo que, en tales supuestos, que se produzcan hechos de colaboración no implica la cancelación de relaciones de parentesco o amistad, propiamente humanas, y que conllevarán, a veces, la realización de conductas discutibles.

VI. 5. Nueva perspectiva jurisprudencial y postura personal.

En el fondo, ambas posturas examinadas al comienzo de este capítulo, se están refiriendo a una misma cuestión: la trascendencia del elemento

el exclusivo ánimo de mantener el afecto y la concordancia familiar y no en el animus de auxiliar a personas u organizaciones terroristas, y condenar, en cambio, si ambos consortes, a título personal, han asumido, cada uno de por sí, la tarea de la ayuda, auxilio o cooperación, actuando, bien conjuntamente, bien con plena autoridad –fruto de su libertad individual irrenunciable-, en cada uno de los supuestos colaborativos. La relación de afectividad no actúa como excusa absolutoria cuando el hecho probado facilite datos para apreciar una situación psicológica movida y presidida por el deseo de ayudar a todos los miembros del grupo por encima de la vinculación familiar con uno de ellos (SSTS 26.12.1986 y 25.01.1993)», GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Págs. 35 y 36

³⁵⁷ CAMPO MORENO estima que « la ayuda a amigos o familiares implicados en organizaciones terroristas puede prestarse con intención de colaborar con dichas organizaciones, pero si esta intención, o no es patente, o no se demuestra, no cabe integrar tales ayudas o asistencias en el marco de los delitos de colaboración ya que la comisión de delitos de intencionalidad, por graves que sean, no rompen los vínculos de parentesco ni amistad ni, por lo tanto, los deberes morales inherentes a las relaciones más íntimas del parentesco que la Ley en ningún caso debe deshumanizar», CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 69

teleológico en el ámbito subjetivo del tipo de colaboración. Para los primeros, dicho elemento teleológico se configura como un elemento subjetivo del tipo; mientras que para los segundos, descartándose dicho elemento, lo configuran de una forma más borrosa, dentro de los requisitos que debe abarcar el dolo. Se trata de una cuestión que la jurisprudencia existente no ayuda tampoco a esclarecer, puesto que la misma no se mueve en los precisos términos que la doctrina emplea para referirse a la parte subjetiva del delito examinado.

Como ya se apuntó más arriba, desde el punto de vista aquí sostenido, el dolo de colaboración se satisface con la concurrencia de los tres primeros elementos que señaló MESTRE DELGADO. La intención de colaborar con los fines de la asociación terroristas no se entiende como requisito del dolo. Y no lo es si se entiende por tal intención la traslación del elemento teleológico, antes señalado, a la conducta de auxilio que observa el colaborador. Existen dos razones esenciales que justifican esta postura:

a) El dolo del colaborador debe abarcar la intención de colaborar con la asociación terrorista; pero no se puede exigir que el colaborador realice su acción con la intención de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” porque difícilmente una conducta consistente, por ejemplo, en guardar unas bolsas que contienen material explosivo, pueden realizarse con los pretenciosos fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Es más, si así se entendiera, la acción considerada en el ejemplo no constituiría ni objetivamente una conducta de colaboración con asociación terrorista, al carecer de idoneidad y potencial eficacia para subvertir el orden constitucional. Así, pues, el dolo del colaborador se restringe a unos fines mucho más humildes, pero eficaces: la colaboración, con su auxilio, de sujetos integradas en la asociación terrorista para contribuir, en la medida de sus posibilidades, al sostenimiento de dicha asociación.

b) Por otra parte, y en el fondo de la cuestión, lo que subyace en la doctrina es un deseo de limitar la punibilidad de conductas que, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, son auténticas formas de colaboración con asociación terrorista; pero que entran en conflicto directo con determinados valores humanos que se estiman superiores. Así, por ejemplo, la madre que conociendo que su hijo forma parte de una asociación terrorista, lo acoge en su casa, está cometiendo un delito de colaboración con asociación terrorista tanto

desde la perspectiva subjetiva como desde la objetiva. Cuestión distinta es que dicha conducta no se estime punible por contrariar los sentimientos sociales más básicos. Pero no es en sede de tipicidad (frente a las teorías que demandan la adecuación social en la tipicidad) donde se debe esclarecer dicha contradicción, sino en sede de antijuridicidad o, en su caso, en la de culpabilidad. Cuestión que dependerá de que pueda estimarse dicha conducta típica como es antijurídica, por concurrir una causa de justificación o, incluso, aún siendo una conducta típica y antijurídica, no resultar punible por concurrir una causa que excluya la punibilidad (como es el caso, por ejemplo, del estado de necesidad disculpante).

Tampoco debe dejar de mencionarse que la doctrina suele justificar la exigencia de este cuarto elemento en el deseo que no punir, específicamente, a quienes desarrollan conductas que se limitan a expresar la coincidencia programática con sus pretensiones terroristas³⁵⁸. Cuestión esta que resulta llamativa, por cuanto la mera expresión de la coincidencia programática con una asociación terrorista no es una conducta de colaboración. Objetivamente, no supone una conducta material que supere las exigencias de idoneidad y potencial eficacia que se les exige a las conductas de colaboración. Es decir: manifestar públicamente la coincidencia con los fines políticos de ETA, por ejemplo, no supera si quiera los requisitos materiales de carácter objetivo previstos en el artículo 576 CP, luego ¿para qué intentar modelar el dolo de colaboración para que no quepan unas conductas que ni objetivamente son conductas de colaboración típicas?

En conclusión, se entiende que el dolo abarca los mencionados tres elementos básicos, sin que sea necesario exigir ulteriores requisitos relativos a

³⁵⁸ Por ejemplo, PRATS CANUT: «en definitiva, la subsunción legal, en lo que al elemento subjetivo del tipo se refiere, se produce porque la conducta de colaboración nace de las acciones desarrolladas como lógica concreción de la voluntad de ayuda a una banda terrorista, que hace que el dolo se funde en una doble acreditación: de una parte la conciencia de estar ejecutando actividades que suponen colaboración con banda armada y de otra la conciencia de la importancia en términos de eficacia que supone la conducta del colaborador para la ejecución de la actividad terrorista, quedando, por tanto, excluidas de la punición las conductas que se limitan a expresar la coincidencia programática con sus pretensiones terroristas», PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios ...*, Pág. 2117. También CAMPO MORENO: «en esta orientación, y por vía negativa, dejaban de sancionarse aquellos comportamientos que, aún siendo objetivamente de favorecimientos, les faltaba el entendimiento aludido; es decir, el simpatizante o afín a la actuación terrorista, por el hecho de serlo, no incurría en delito alguno» CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 66

un pretendido elemento subjetivo del injusto a identificar con el elemento teleológico general de las asociaciones terroristas. En especial, porque la vía prevista para la no punición de determinados supuestos por no considerarse justa no es la de la configuración objetivo-subjetiva del delito en cuestión, sino en el examen de categorías distintas a las anteriores, especialmente, en sede de antijuridicidad.

A pesar de lo indicado, cabe señalar que la más moderna jurisprudencia ha abordado la cuestión desde una perspectiva diferente, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999, de 16 de febrero [RJ 1999\1281], en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se dice que «(...) la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la Organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener— sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración». Manifestando también la resolución judicial, la ausencia de elemento subjetivo del injusto alguno, en relación con los fines de la asociación, «pues lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y los métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y la muerte (...)»

De la moderna jurisprudencia cabe apreciar que se vuelven a reproducir los tres elementos esenciales para la apreciación del dolo ya examinado, pero desde una nueva perspectiva que perfila mejor el tercer requisito. Y así, desde esta forma de contemplar la parte subjetiva, podría concluirse que el dolo de colaboración debe abarcar, supuesto el elemento objetivo (puesta a disposición de la asociación terrorista de determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo) los siguientes elementos:

1.- La militancia del auxiliado en una asociación terrorista.

2.- La antijuridicidad del grupo al que pertenece el ayudado.

3.- El conocimiento de los medios y los métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y la muerte.

VI. 6. Autoría y participación en el tipo del artículo 576 CP.

A pesar de que la participación ha sido abordada a lo largo de este estudio con cierto detenimiento, es verdad que no se ha tratado la cuestión de la autoría y la participación en el concreto delito tipificado por el artículo 576 CP. Corresponde, por tanto, examinar esta cuestión si quiera sucintamente, para no recargar más el trabajo sobre las cuestiones relativas a la materia que ahora se aborda.

1.- Autoría

El artículo 27 CP establece que los responsables criminales de los delitos y faltas contenidos por el Código Penal son los autores y los cómplices. En relación con la autoría, indican COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, «según la definición legal, autoría es realización del hecho, bien tenga lugar ésta inmediatamente y por obra de una sola persona (autoría única inmediata), bien se lleve a cabo valiéndose de otro como instrumento (autoría mediata) o se ejecute conjuntamente con otras (coautoría)»³⁵⁹. De tal forma que podemos examinar la cuestión relativa a la autoría del delito de colaboración con asociación terrorista desde esta triple clasificación:

a) Autoría directa e inmediata.

En primer lugar, la autoría directa e inmediata del delito de colaboración con asociación terrorista. Como clave de interpretación en esta materia debe considerarse que, para sostener con coherencia la idea que trata de justificarse en este trabajo de investigación, debe partirse de la siguiente reflexión: el autor directo e inmediato del delito de colaboración con asociación terrorista es, por

³⁵⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal. Parte General*, 5ª Ed. Valencia, 1999 Pág. 747

esencia, partícipe en el delito asociaciones ilícitas de carácter terrorista (Arts. 515 2º y 516 CP). Esto supone repetir lo que ya se ha dicho anteriormente, a saber: que las conductas previstas en el artículo 576 CP, de las que se responderá como autor, son conductas propias del partícipe en el tipo de asociaciones ilícitas de carácter terrorista. De ahí que tales conductas sean, propiamente, conductas de participación (de complicidad) elevadas al grado de autoría *ope legis*. Lógicamente, esta determinación no supone problema alguna para determinar cuándo puede hablarse de un autor directo de delito de colaboración con asociación terrorista (lo que será casi siempre), sino que posee una gran trascendencia a efectos de determinar la posible punición de coautores, autores mediatos y los posibles partícipes; cuestión que se aborda a continuación, comenzando por la posible coautoría, examinando a continuación la posible concurrencia de actos propios del autor mediato.

b) Coautoría.

Cabe pensar que a un mismo acto de colaboración concurren distintos sujetos activos, de forma que existiría coautoría, en los términos que COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN señalan «cuando el tipo de injusto se realiza conjuntamente por varias personas, cada una de las cuales ejecuta o realiza el hecho»³⁶⁰. Estos mismos autores citados se refieren a los dos presupuestos básicos que deben coincidir para que pueda hablarse de coautoría en el caso de una concurrencia de personas en la perpetración de un delito: un elemento objeto, cual es la co-ejecución del hecho; y otro de carácter subjetivo: el acuerdo de voluntades³⁶¹. Respecto del primer presupuesto, lo esencial es el desarrollo de una actividad coordinada entre los distintos sujetos concurrentes de forma tal que pueda considerarse la actuación conjunta como un todo orgánica y bien organizado que tiende a la realización del hecho en concreto. Del mismo modo, en cuanto al requisito subjetivo, es evidente que dicha organización de las tareas y orden dimanante del mismo no se puede producir si no existe un previo acuerdo de los sujetos intervinientes. Como los autores en cita reconocen expresamente, este presupuesto objetivo implica la

³⁶⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...* Pág.751

³⁶¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...* Pág. 752

necesaria presencia de un “acuerdo ejecutivo previo” en el que fijar la distribución y orden de actuación de los sujetos intervinientes. Acuerdo que no dudan en denominar “conspiración”, y que pone en relación la coautoría con este concreto acto preparatorio. Un vínculo relevante porque supone la conexión necesaria de ambas instituciones: si cabe la conspiración para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista, ello implica la posible concurrencia del presupuesto subjetivo de la coautoría, siendo la distribución objetiva de las tareas una simple cuestión fáctica objeto de prueba. Como en este mismo trabajo se consideró debidamente. Ver página 391.

En este apartado se consideró que la conspiración, como acto preparatorio, si bien no es imposible, sí que resulta de difícil acaecimiento en la práctica, derivado de dos de los caracteres nucleares del tipo en cuestión: ser un tipo de peligro abstracto y de simple actividad. Dificultad que, trasladada a sede de autoría, se traduce también en una práctica imposibilidad de considerar la coautoría en el delito de colaboración con asociación terrorista, dado que será muy difícil que los sujetos en cuestión reúnan el presupuesto subjetivo relativo al acuerdo ejecutivo previo a la actuación conjunta. De donde se deduce que la concurrencia de una pluralidad de sujetos en el contexto de la colaboración con asociación terrorista se verá resulta con la imputación de tantos actos de colaboración como sujetos concurren en los mismos, considerándose a cada uno de ellos como autor de su propio acto de colaboración, y no como coautores de un único acto conjunto de colaboración.

C) Autoría mediata

Por lo que respecta a la autoría mediata, el autor realiza el tipo sirviéndose de otra persona, utilizada como instrumento. Lo que en relación con el tipo que se examina supone tanto como asumir la posibilidad de que un sujeto utilice instrumentalmente a otro para llevar a cabo un acto de colaboración con asociación terrorista. Supuestos en los que, necesariamente, el sujeto que desarrolla la acción de colaboración sin que le sea reprochable criminalmente su actuación. De ahí que los supuestos en que dicha autoría mediata pueda

surgir, en relación con el tipo de colaboración con asociación terrorista, se restrinjan básicamente a tres³⁶².

- a) Que el sujeto utilizado como instrumento sea un incapaz.

- b) Que el sujeto se preste a llevar a cabo la actuación colaboradora al encontrarse sometidas a una violencia absoluta o a amenazas que les sitúen en una situación de inexigibilidad.

- c) Que el sujeto actúe mediante engaño.

Hipótesis todas ellas que son perfectamente imaginable y, por lo tanto, de probable acaecimiento en la realidad. Piénsese, si no, en la posibilidad de que un sujeto, *extraneus* a la asociación terrorista, pretende desarrollar una labor de colaboración concretada en la aportación de ciertos datos relativos a la seguridad de un edificio oficial. Estos datos pueden conseguirlos por sí mismo o bien utilizar a otro individuo para que se los proporcione. Un individuo que puede ser un niño, una persona bajo coacción o simplemente una persona engañada. En relación con éste último extremo debe ponerse en relación la posible existencia de un error sobre los elementos del tipo, excluyendo la tipicidad del sujeto que cuyo error es causado por el colaborador para servirse del mismo para la colaboración con una asociación terrorista. A dicha posibilidad contribuye decisivamente el hecho de que las actividades de colaboración, generalmente, será de escasa cualificación técnica y simple apoyo logístico a las asociaciones terroristas. De ahí que la importancia de *quién* desarrolle la colaboración pasa a un segundo plano.

2.- Participación: complicidad

Respecto de las conductas de participación vale ahora lo que ya se dijo en este trabajo en relación con la naturaleza de colaboración con asociación terrorista. Para evitar una reiteración tediosa, base considerar como partícipe

³⁶² Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...* Pág. 750

(inductor o cómplice), según la perspectiva de JAKOBS, a «todo interviniente que no puede ser autor, bien porque su realización organizativa sólo entraña una aportación atenuada al delito (le falta el dominio del hecho), bien sea porque le faltan requisitos de la autoría específicos del delito»³⁶³. Considerando que el fundamento de la punición de tales conductas, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, se basa en el carácter accesorio de la participación, optando dicha mayoría doctrinal por una accesoriedad de carácter limitado, esto es: que la participación se produce en un hecho típicamente antijurídico³⁶⁴.

Así, pues, debe partirse de la idea principal que antes se ha considerado: los actos propios del autor de un delito de colaboración con asociación terrorista son conductas de participación en el delito de asociaciones terroristas. Lo que conlleva necesariamente la pregunta de si pueden considerarse punibles las conductas de participación en la comisión de un delito de colaboración con asociación terrorista, es decir: ¿cabe punir la conducta a los que participan en un delito de colaboración con asociación terrorista del que son autores, en realidad, partícipes en un delito de asociación terrorista? Esta pregunta tiene sentido en la medida en que su aceptación supondría una extensión considerable de la responsabilidad criminal en el ámbito subjetivo: responderían los autores del delito de asociación terrorista (promotores, directores e integrantes de la asociación), sus partícipes (colaboradores con la asociación) y colaboradores en los actos de colaboración (partícipes en el delito tipificado en el artículo 576 CP). Se trataría, por tanto, de configurar de forma abstracta el límite mínimo que debe existir entre la participación y la conducta impune. De ahí que la problemática esbozada arroje dos posibles respuestas:

a) Una opción extensiva de la participación delictiva, que asumiría la posibilidad de que los partícipes en el delito de colaboración con asociación terrorista pudieran ser considerados como cómplices y, por lo tanto, responsables criminales de su acto de participación en el tipo del artículo 576 CP. Si el sujeto

³⁶³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, Pág. 793

³⁶⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...* Pág. 754

en cuestión ha desarrollado una acción que haya supuesto una cooperación a la ejecución del hecho constituirá una valoración de tipo objetivo. Sin embargo ¿cómo se puede valorar esta aportación? Puesto que, en el fondo, vendría a reproducirse en esta sede la problemática relativa a la teoría de la causalidad y, por lo tanto, dónde colocar el límite de tal causalidad. Así las cosas, parece que lo más prudente es optar por una determinación de la aportación que la conducta del partícipe supone a la colaboración con asociación terrorista de tipo objetivo acudiendo a teoría de la necesidad de la aportación causal que, según ROXIN, es la asumida por la legislación española en el Código de 1973 y, por ende, en el actual Código de 1995³⁶⁵. De la aplicación de tal teoría se deduce, por tanto, la posibilidad de extender la responsabilidad criminal, en cuanto partícipe, a aquellos sujetos que auxilian al autor del delito de colaboración en la ejecución del acto de colaboración, pero sin que pueda considerar a aquél como autor.

b) Por otra parte, podría hablarse de una opción restrictiva que considere inadecuada la extensión anterior por razones que obedecen a dos razones fundamentales:

En primer lugar, porque supone una configuración tan amplia del abanico que se abre a raíz de la comisión de un delito de asociación terrorista, en lo subjetivo, que conllevaría el castigo de personas que han observado conductas escasamente graves consideradas en sí mismas y que, además estarían muy alejadas de la conducta del autor.

Y, en segundo lugar, porque no parece de recibo que se establezca una jerarquía dentro de los partícipes con asociación terrorista, de forma que pueda existir una participación de primera categoría (autores del delito de colaboración) y partícipes de segunda categoría (partícipes en el delito de colaboración), sobre todo porque ¿en base a qué criterio podría determinarse cuándo nos encontramos ante uno u otro caso atendiendo a la realidad de los hechos? Por no decir que, junto con la complejidad en abstracto de determinar

³⁶⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, 2000, Págs. 58 y SS.

tales supuestos, nos encontramos con una nada desdeñable dificultad en el campo de la prueba de los mismos. En suma, parece que resulta más lógico entender que no cabe hacer distinción entre los partícipes en relación con las asociaciones terroristas. En este sentido GIMBERNAT ORDEIG señalaba que la frontera de la complicidad con las conductas impunes «se halla allí donde no se puede hablar en ningún sentido de favorecimiento»³⁶⁶. De forma que la clave en la determinación de la frontera a la que nos referimos estaría íntimamente vinculada con la dicción del propio Código Penal, esto es, a conductas que supongan una real cooperación a la ejecución del hecho. Pero una vez trazada la distinción entre autor y partícipe, no parece adecuado trazar una ulterior distinción entre distintos grados de participación.

Examinados ambos argumentos parece que el mayor inconveniente de la primera postura sería determinar la configuración de partícipes de primera categoría y de segunda categoría. Sin embargo, esta complejidad se desvanece si tenemos en cuenta que el propio legislador establece dicha distinción cuando habla de cooperadores necesarios, a los que equivale a efectos punitivos, a los autores (equipara porque el cooperador necesario no es autor) y al simple cómplice. Así, COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ se refieren a ambos supuestos como cooperadores, distinguiéndose su tratamiento en función de que se trate de cooperadores necesarios o no necesarios, denominando en éste último caso a tales sujetos como cómplices³⁶⁷. De esta forma podría trazarse un paralelismo entre el cooperador necesario y el cómplice que, trasladado al esquema punitivo del delito de colaboración con asociación terrorista, supondría:

1º.- Considerar que la conducta propia del autor directo e inmediato del delito de colaboración con asociación terrorista es la propia del partícipe en asociación terrorista, pero concretada en la conducta específica del cooperador necesario. Así, es autor del delito de colaboración (específicamente) el cooperador necesario con asociaciones terroristas.

³⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, reedición, Buenos Aires, 2006, Pág. 183

³⁶⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel, *Instituciones de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 2004, Págs. 241-242

2º.- Mientras que la conducta del simple cómplice o cooperador no necesario se identifica plenamente con la figura del partícipe en el delito de colaboración previsto en el tipo del artículo 576. Merece mención a parte, como se verá, la inducción como forma diferenciada de la complicidad.

Salvada la dificultad antes examinada, no parece que sean grandes obstáculos para considerar la posible participación en el delito de colaboración con asociación terrorista el hecho de que las conductas propias de los colaboradores sean o no de escasa importancia o estén más o menos alejada de la conducta principal, puesto que la impunidad de tales conductas irrelevantes viene de suyo: si tan alejadas y tan poco relevantes son tales conductas, seguramente no podrán superar la condición prevista por el Código en su artículo 29 para su estimación, cual es la propia relevancia objetiva de su conducta en la ejecución del hecho. Así, si una conducta está tan alejada y es tan poco importante en relación con un acto de colaboración, lo más probable es que no pueda calificarse de acto de participación, precisamente porque objetivamente dicha conducta no ha aportado nada a la ejecución del acto de colaboración.

3.- Participación: inducción³⁶⁸.

Como dicen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN³⁶⁹, inducir es «determinar a otro a la realización del hecho típicamente antijurídico», de forma tal que el inductor «hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía». Lo que situado en el ámbito del tipo examinado en el presente trabajo supone considerar como punible la conducta del sujeto que, siendo ajeno a una asociación terrorista, hace nacer en otro la voluntad de colaborar con una asociación terrorista, cualquiera que fuera ésta. En otras palabras: se induce a un individuo a colaborar con una asociación terrorista de la que el inductor no forma parte. En cuanto a los requisitos exigidos para que pueda considerarse la

³⁶⁸ La inducción es abordada *in extenso* en la monografía de OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, 1999

³⁶⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...* Págs. 757 y SS.

existencia de inducción a la colaboración con asociación terrorista, deben señalarse los siguientes³⁷⁰:

a) Dolo de inducción concreto. El sujeto en cuestión debe tener un dolo concreta y específicamente dirigido a hacer nacer en la voluntad del inducido la decisión de colaborar con una asociación de carácter terrorista. Una concreción que se exige también en cuanto al inducido: no cabe la inducción general a través de un medio de comunicación, por ejemplo. El inducido, por tanto, debe ser una persona concreta que entra en relación con el inductor y de cuya relación directa surge la inducción punible.

b) La inducción debe ser determinante, es decir, ha de ser tan persuasiva la actuación del inductor que haga nacer *ex novo* o sea la clave para la intención de colaborar en el sujeto inducido, y no simplemente coadyuvar a una voluntad preexistente y ya determinada a colaborar con una asociación del tipo examinado.

c) La inducción ha de ser eficaz, lo que se traduce en que su punibilidad depende de que el inducido cometa efectivamente el acto de colaboración. La distinción que generalmente se establece en estos supuestos (que al menos exista tentativa) carece de importancia en el supuesto ahora examinado, toda vez que, como ya se sostiene en este trabajo, en el delito de colaboración con asociación terrorista no cabe la tentativa, al ser de consumación instantánea.

Así, pues, la concurrencia de los requisitos antes previstos en relación con un sujeto que induce a otro a colaborar con una asociación terrorista es un supuesto de inducción punible, en tanto que participación, en el delito de colaboración que prevé el art. 576 CP.

³⁷⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...* Pág. 239 y 241 en cuanto a los requisitos generales.

PARTE III. JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

CAPÍTULO VII. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD.

VII.1.- Causas de exclusión de la responsabilidad criminal por delitos de colaboración con asociación terrorista: causas de justificación.

VII.1. A.- Legítima defensa

Por tal eximente, regulada en el artículo 20.4 CP³⁷¹, se entiende el «amparo o protección respecto de un previo ataque»³⁷² que, además, debe ser antijurídico o injusto. Para que concurra dicha eximente se requiere que dicho sujeto obre en defensa del sujeto o derechos propios o ajenos, concurriendo tres requisitos:

a) Agresión ilegítima³⁷³, entendiéndose por tal la jurisprudencia, tanto el acometimiento físico como el ataque a otros bienes inmateriales, que resulte antijurídico. Dicha agresión, pues, deberá ser no sólo típica, sino también antijurídica, aunque no requiere que el sujeto autor de dicha agresión sea imputable. Además, la jurisprudencia ha concretado que dicha agresión, además de legítima, ha de ser actual, excluyendo así la legítima defensa preventiva.

b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. MIR PUIG considera que dicho requisito exige «tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del

³⁷¹ Merece la pena recordar el tenor literal de dicho precepto: El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

1. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.
2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
3. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

³⁷² COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal...*, Pág. 501

³⁷³ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág.429-433. También COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho ...*, Pág. 504-514

medio defensivo concretamente empleado (necesidad de la concreta defensa)»³⁷⁴.

c) Por último, falta de provocación suficiente por parte del defensor. Respecto de dicho requisito, señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN que «el legislador, la exigir la suficiencia de la provocación, está pensando en una provocación de tal naturaleza, que no se limita a dar motivos para la agresión sino que la produce inevitablemente»³⁷⁵.

Difícilmente se podrá estimar nunca la legítima defensa que exima de responsabilidad criminal al autor de un delito de colaboración con asociación terrorista. Nunca una actuación tendente a auxiliar a dicha asociación puede considerarse como una actuación defensiva (¿De quién? ¿De qué?). Ni mucho menos, legítima en el sentido que antes se ha definido. No obstante, podría examinarse, en relación con esta causa de justificación, una cuestión interesante: la relevancia que podría tener un hipotético error, en los términos previstos en el artículo 14.1 CP, en relación con la concurrencia de legítima defensa; o, lo que es lo mismo, un supuesto de legítima defensa putativa. Cabe plantearse esta posibilidad si se contemplan algunos escritos que manejan los terroristas y, con mucha probabilidad, sus simpatizantes colaboradores. Baste citar dos ejemplos, correspondientes al terrorismo nacional y al terrorismo Yihadista.

En primer lugar cabe citar el denominado “Comunicado de Euskadi Ta Askatasuna a la opinión pública española” de junio de 2006 al inicio de la última tregua rota por la organización. En dicho comunicado, dentro del subapartado *Las raíces del conflicto* se contiene compendiado el ideario que alienta la acción terrorista y de quienes la auxilian con su ayuda, del que se extraen las siguientes afirmaciones:

- A lo largo de las últimas décadas la mentira y la desinformación se han convertido en las industrias más productivas de la maquinaria represiva con la que el Estado español ha intentado acabar con la legítima lucha del Pueblo

³⁷⁴ MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 435

³⁷⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 513

Vasco por sus derechos, por recuperar lo que simple y llanamente le corresponde.

- La lucha contra el "terrorismo" lo ha justificado todo. El Estado español, ocultando que "terrorismo" es un término acuñado por aquellos Estados que precisamente, mediante el terror y la represión, tratan de mantener su dominación sobre los pueblos a los que mantienen sometidos, bajo diferentes regímenes y gestionado por distintos Gobiernos, ha utilizado todas las formas de represión posibles contra el Pueblo Vasco en general y la resistencia vasca en particular.
- La imposición de leyes extranjeras (españolas en este caso), el genocidio lingüístico y cultural, la partición y militarización del territorio, los asesinatos policiales y parapoliciales, las razzias y las detenciones selectivas, la utilización sistemática de la tortura, los estados de excepción, pactos y planes especiales, políticas penitenciarias criminales, la deportación, la colaboración de fuerzas autonomistas y de terceros países, el cierre de medios de comunicación, la ilegalización de organismos populares, formaciones políticas y candidaturas electorales,... la lista sería interminable. Y esta lista de opresiones y humillaciones diarias también es ocultada.
- El Pueblo Vasco es un pueblo con miles de años de historia que ha sido capaz de sobrevivir a lo largo de ella gracias fundamentalmente a la voluntad de sus gentes. Un pueblo al que hace varios siglos España y Francia arrebataron su soberanía apropiándose de sus territorios y convirtiendo a sangre y fuego a sus habitantes en súbditos de sus respectivas coronas.
- Se trata de un conflicto histórico, en el que el más poderoso, tras atacar y ocupar militarmente el territorio vasco, ha tratado por todos los medios de engullir y asimilar social, cultural y políticamente al menos poderoso.
- Que no le quepa ninguna duda a nadie que de continuar la actual situación de opresión y conculcación de derechos, nuevas generaciones se sumarán a la lucha respondiendo con fuerza a quienes por la fuerza mantengan esta situación de injusticia.

Y el caso del terrorismo Yihadista³⁷⁶, las concepción del mundo basada en el salafismo Yihadista que se caracteriza por el empleo del concepto de *yahiliyya*, que sirve para denunciar el estado de depravación moral que caracteriza a las sociedades del siglo XXI, sin excluir a las de los propios países de mayoría musulmana; la doctrina *takfir*, utilizada para estigmatizar como infiel o apóstata a quien no abrace la versión salafista del Islam; y la acepción más belicosa del término *Yihad*, utilizada para legitimar el uso de la violencia con el fin de implantar la *sharia* (ley islámica) y defender a los creyentes (musulmanes) de sus enemigos. Una concepción salafista que se dirige a los siguientes objetivos:

³⁷⁶ Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve guía...* Para un análisis encarnado de lo que se ha dicho, ver la selección de la carta de Abu Yusra Abdullah Bin Ahmed Kounjaa, uno de los suicidas de Leganés, dirigida a sus familiares más cercanos, reproducida más arriba.

- Sustituir los actuales gobiernos musulmanes, impíos y apóstatas, por futuras teocracias salafistas, implantando la *sharia*.
- Derrotar a los enemigos del Islam en cualquier lugar del mundo.
- Reconquistar los territorios que a lo largo de la historia formaron parte del mundo islámico, la mayor parte de España y Portugal (Al-Andalus).
- La creación de una única comunidad política musulmana: el califato.

¿Es posible asumir la existencia de un error sobre la concurrencia de la causa de justificación en el caso del sujeto activo de un delito de colaboración? Esta pregunta debe entenderse en el bien entendido de que el sujeto activo **crea**, por encima de todo, que la situación real en la que vive y que lleva a la asociación terrorista con la que colabora está justificada por una lucha más alta que ampara el empleo de la violencia. Se trata, por tanto, de considerar esta justificación en el ámbito de la percepción subjetiva de la realidad o bien una perspectiva objetiva, en la medida en que es difícil explicar por qué es real la percepción subjetiva del Estado español y no la percepción subjetiva del radical abertzale o Yihadista, que ven con otros ojos la realidad. En suma: ¿se puede hablar de una realidad objetiva?

Evidentemente la respuesta a la primera de las preguntas planteadas debe ser no. Por un lado, porque así lo indica el sentido común. Y, por otro, porque no cabe relativizar de forma tan absoluta la vida en sociedad hasta el punto de que un sujeto o conjunto de sujetos pueda considerar que la situación real que afecta a un colectivo (Euskal Herria, el mundo islámico...) legitima el empleo de la violencia y la muerte de sus "enemigos". De esta forma, la respuesta a la segunda pregunta debe ser positiva: existe una realidad objetiva que prima sobre la percepción subjetiva de la realidad. Cabe recordar, como lo hace la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia, Secc. 2ª nº 3/2005, de 14 de diciembre [JUR 2007\4932], que tanto la doctrina como la Ley distinguen entre: a) errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa; y b) errores indirectos de prohibición, que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica

(causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. Por tanto el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. En el caso planteado se produciría un error sobre la significación normativa de los hechos, constituyendo un error indirecto sobre la ilicitud de la acción (la agresión del Occidente “cruzado”, la ocupación española y francesa de Euskadi...). Si bien, la misma Sentencia da el criterio esencial para no considerar tales hechos como supuesto de legítima defensa putativa: la exigencia de «una mínima diligencia, consistente en la comprobación de la necesidad de su acción defensiva». Independientemente de la interpretación subjetiva de la realidad se encuentra la realidad objetiva que es, desde luego, subjetivamente percibida; pero que no puede alterarse sin riesgo de convertirse el sujeto en un esquizofrénico. De este modo, al colaborador con la asociación terrorista se le requiere una diligencia mínima que le permita tener un posicionamiento crítico sobre las circunstancias que le rodean y, sobre todo, de la vigencia incontrovertible de los derechos humanos que no pueden ser vulnerados por ninguna circunstancia.

VII.1. B.- Estado de necesidad

Respecto de la eximente recogida por el artículo 20.5 CP³⁷⁷, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN señalan que «en la doctrina española se ha definido el estado de necesidad como una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos»³⁷⁸. Respecto de los requisitos, resulta muy interesante lo recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 [RJ 1983\2300], en relación con los golpista del 23-F cuando indica que «el estado de necesidad es requisito básico e imprescindible tanto para la eximente completa como para la incompleta, equivaliendo a una situación de conflicto, actual o inminente y total, entre dos

³⁷⁷ El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

³⁷⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 515

bienes en el que la salvación de uno exige el sacrificio del otro requiriéndose además:

- a) peligro para el bien jurídico, el cual requiere un juicio valorativo “ex ante”, pues el acontecimiento temido, de ordinario, gracias a la intervención del agente, habrá de ser evitado;
- b) dicho peligro ha de ser real, y, al efecto, los Códigos españoles desde 1848 a 1928, exigían «la realidad del mal que, dicho peligro exista, sea posible, que amague al agente y que sea próximo o inminente, habiendo declarado este Tribunal (...), que, el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, debiendo existir una base real en los hechos declarados probados, sin que quepan deducciones salvo que el antecedente y su relación con la consecuencia ofrezca evidencia axiomática; no obstante cabe el estado de necesidad putativo siempre que se adquiriera la convicción de que el agente, siquiera sea erróneamente, se creía amenazado por un mal que él reputaba real;
- c) el mal temido debe ser actual o, al menos, inminente (...)
- d) el mal al que el peligro se refiere tiene que ser un perjuicio para un bien jurídico merecedor de un juicio valorativo, debiendo, el mencionado perjuicio, merecer el calificativo de grave (...), si bien, el mentado perjuicio no tiene porqué consistir en un resultado penalmente típico (...) pero, para que constituya un mal preciso que se repute como tal por el mundo circundante, no bastando con que merezca tal calificativo desde el punto de vista individual del agente (...)
- e) el conflicto ha de ser absoluto (...), pudiéndose agregar que, hasta el Código de 1928, se exigía por la Ley que “no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo” (...)
- f) la situación de necesidad debe ser instantánea y no permanente, afirmación que es muy discutible;
- g) desde el punto de vista subjetivo, el agente, ha de actuar impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno (...), es decir que en el estado de necesidad el que debe motivar el actual psíquico del sujeto.

Probablemente el único supuesto que la jurisprudencia ha examinado, en diversas ocasiones, estimando la existencia de dicha causa de justificación sea el de la intermediación entre la asociación terrorista ETA y aquellos individuos de los que exige coactivamente un pago (bien sea el rescate por un secuestro, bien el pago del “impuesto revolucionario”). CAMPO MORENO³⁷⁹ se refiere a los supuestos de secuestro con intermediario haciendo una reflexión sobre los sujetos que aparecen en escena: de un lado, el secuestrado que paga el rescate para quedar libre; de otro, el mediador que hace las veces de interlocutor entre la banda armada y la familia para hacer el pago. Esta figura también se encuentra en los supuestos de pago del impuesto revolucionario.

Respecto del primero, CAMPO MORENO entiende que la conducta del secuestrado que paga el rescate es atípica, existiendo acuerdo absoluto en la doctrina (el autor señala que nadie lo discute); sin que existan, además, procesos incoados por tales hechos. Sin embargo, para ser coherente con la postura marcada en este trabajo al examinar el ámbito subjetivo de la conducta típica (el dolo de colaboración), debe discutirse dicho aserto. De este modo, y desde dicha perspectiva, el sujeto que paga un rescate para ser liberado cumple los requisitos objetivos y subjetivos del colaborador con asociación terrorista: tanto la acción desarrollada como el perfecto conocimiento del destino que se va a dar al dinero entregado, existiendo además voluntad de entrega, así lo acreditan. El hecho de que no existan procesos incoados se explica por la misma razón que muchos supuestos no alcanzan los tribunales: porque el sentido común se anticipa al razonamiento jurídico y considera que es obvio y evidente que el sujeto que se encuentra en tal tesitura colabora con la asociación terrorista en estado de necesidad, sin que sea necesario para su constancia general que el Poder Judicial emita una resolución solemne que acredite *erga omnes* dicha realidad. Es evidente que el pago se realiza para salvar la vida o la libertad, propia de quien paga o de un individuo afín a la misma. Pero en modo alguno puede decirse que la conducta del sujeto que paga el rescate de su secuestro no sea un supuesto de colaboración con la asociación terrorista porque su conducta es subsumible objetiva y subjetivamente en el tipo previsto en el artículo 576 CP.

³⁷⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 94

El segundo de los supuestos es el relativo a los mediadores, aunque CAMPO MORENO entiende que la denominación más propia sería la de interlocutores. Supuestos en los que, básicamente, se contempla la posibilidad de considerar lícita la actuación de quien interviene como mediador entre la organización terrorista y la familia del secuestrado para concretar la cantidad del pago que la familia debe efectuar, la modalidad del mismo, los plazos de entrega, el lugar, etc. El autor antes citado entiende que las opciones que se plantean en relación con esta figura son tres:

- a) Considerar su actuación como atípica.
- b) Entender que la conducta observada se haya justificada por la concurrencia del estado de necesidad.
- c) O bien apreciar la concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad en la conducta observada por el mediador: inexigibilidad de otra conducta.

Respecto de la primera de las soluciones se puede decir lo mismo que se indicó previamente: sin el mediador obra con plena consciencia y voluntad, ayudando a la obtención de un beneficio económico por parte de una asociación terrorista, es evidente que se trata de una conducta objetiva y subjetivamente típica. Por otra parte, pensar lo contrario resultaría absurdo, porque sería tanto como exigir que para la concurrencia de la tipicidad, el mediador poco menos se jactara de la alegría que le supone el hecho de haber mediado en la obtención del rescate para la asociación terrorista³⁸⁰. Tampoco es satisfactoria la tercera solución porque el interlocutor no está obligado por nada ni por nadie a realizar su labor de interlocución. Difícilmente, por tanto, puede sostenerse que a dicho sujeto no se le pudiera exigir otra conducta, porque podría haberse quedado al margen del problema, sin que por ello quebrantara deber alguno.

Resulta, por tanto, más convincente la segunda postura que considera la concurrencia de un estado de necesidad. Entre los supuestos que se han

³⁸⁰ Vid al respecto el artículo de LAMARCA PÉREZ, Carmen *La mediación en detención ilegal: ¿una conducta atípica o justificada?*, en *Jueces para la Democracia, Información y debate*. 3/93, nº 20 Págs. 50 y SS.

planteado se examinan, a continuación, dos que son indicativos de las discusiones planteadas:

a) La Sentencia del Tribunal Supremo nº 2117/1994, de 5 de diciembre [RJ 1994\9366], relativa al secuestro del empresario Emiliano Revilla, contempla la existencia de la justificación ahora examinada en relación con uno de los interlocutores entre la asociación terrorista ETA y la familia del empresario secuestrado: José María Elosúa, parlamentario en aquel momento del hoy disuelto grupo de HB en el Parlamento Vasco; y Francisco Arratibel, empresario vasco³⁸¹.

Respecto de ambos imputados, tanto la Sentencia recurrida en casación como la propia resolución del Tribunal Supremo entienden probados los elementos objetivos de la eximente de estado de necesidad. No obstante, como señala VALLE MUÑIZ, «mayor complejidad plantea la presencia del elemento subjetivo de la causa de justificación, pues, aun admitiéndose que se actúa “impulsado por un estado de necesidad”, se detecta en la conducta de uno de los encausados la presencia de otros móviles; concretamente, el de aprovechamiento económico, pues se da por probada la retribución de la intermediación en la cantidad de 75 millones de pesetas». En efecto, la cuestión que se plantea es la siguiente: mientras que Francisco Arratibel percibe la cantidad expresada, según los hechos probados; José María Elosúa no percibe emolumento alguno. Sobre el particular, indica la Sentencia examinada que «no cabe desconocer que, en el ámbito subjetivo, siendo la evitación de un mal que amenaza lo que hace admisible la lesión de un bien jurídico ajeno, claro parece que aquella aceptación de la conducta dañosa se ve afectada cuando junto a la evitación del mal se sitúa otro móvil, que por su entidad puede llegar incluso a hacer inapreciable el esgrimido como fundamento de la lesión producida». Y de los hechos probados, el Tribunal Supremo estima que en Francisco Larratibel, «junto al ánimo propio del estado de necesidad, concurrió el de obtener un aprovechamiento económico». De

³⁸¹ Esta Sentencia es examinada detenidamente por VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Colaboración con banda armada y eximente de estado de necesidad*, Actualidad Jurídica Aranzadi, año V, nº 180, 12 de enero de 1995. El autor critica la consideración del elemento subjetivo de la causa de justificación, desarrollando un razonamiento de carácter abstracto sobre el particular.

suerte que la concurrencia de dicho móvil implica la degradación de la eximente de completa a incompleta.

Por el contrario, en relación con el ex-parlamentario de HB José María Elosúa, se estima plenamente la concurrencia de la eximente completa, «entendiendo que en éste no se dan por probados la presencia de especiales ánimos o móviles que pudieran enturbiar la afirmación del elemento subjetivo de la eximente», citando expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco recurrida en casación al decir que «ni la intervención de los hechos, ni los contactos con la familia para hablar de la cantidad del rescate, ni la pertenencia al partido político que representa al radicalismo abertzale, autoriza a tener por probado que el móvil determinante de su actuación concreta en este caso haya sido favorecer los intereses de la organización terrorista». De forma que el último imputado es eximido de responsabilidad criminal como consecuencia del principio de presunción de inocencia, que en el caso concreto se traducía en el hecho de que no se había probado móvil que pudiera hacer sombra a la situación de necesidad que se planteó en aquél momento. De tal modo que el Sr. Arratibel fue condenado por un delito de colaboración con asociación terrorista mientras que el Sr. Elosúa fue eximido del mismo delito por apreciarse la causa de justificación señalada. Paradojas del destino quieren que el Sr. Arratibel (condenado como colaborador) fuera asesinado por la asociación terrorista ETA de un tiro en la cabeza mientras celebraba en 1997 el Carnaval de Tolosa; mientras que el Sr. Elosúa (absuelto) ostentó el cargo de Parlamentario del Grupo Euskal Herritarrok hasta el día 20 de marzo de 2001, siendo en la actualidad abogado con despacho abierto en San Sebastián.

En relación con esta cuestión resulta curioso destacar que el abogado defensor del Sr. Elosua ante el TSJ del País Vasco, Sr. Castells, solicitó la emisión de un dictamen de los tres obispos vascos para que manifestaran la opinión de la Iglesia Católica en relación con la licitud moral de la mediación. Cuestión esta que resulta, cuando menos, absurda en la medida en que no se puede concebir al Obispo diocesano como una especie de “perito moral” de carácter judicial. Y aunque parece una cuestión anecdótica, no lo es tanto si se considera que, muy probablemente, la consideración de que el ánimo de lucro concurrente con el *animus conservationis* propio del estado de necesidad,

enturbia éste, arranca de tales posicionamientos. Así, del informe del Obispo de Vitoria la prensa se hizo eco de la siguiente opinión: la mediación, no sería «honesta» si el mediador «utilizase procedimientos con los que buscara enriquecerse a costa de los litigantes o si abusara de la debilidad de uno de ellos, inclinando su mediación a favor del más fuerte o del más amigo, faltando a la Justicia»³⁸². En opinión del prelado de Vitoria, debe suponerse que el sujeto que aceptó la misión de mediar, lo hizo «no por otras razones que las humanitarias, sin aspirar a emolumentos exagerados y únicamente percibiendo una cantidad razonable que le compense de viajes, molestias, tiempo empleado y sus derechos profesionales». Cabe, por tanto, encontrar en tales informes la justificación última de la condena del Sr. Larratibal y la exención de responsabilidad del Sr. Elosua que, además, parece estar en clara consonancia con la presunción de inocencia de la que se hace eco la Sentencia examinada.

b) El otro supuesto a examinar es resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2021/1994 de 17 noviembre [RJ 1994\9276], por la que se condena como autor de un delito de colaboración con asociación terrorista a José Antonio de la Hoz Uranga, abogado de la extinta Herri Batasuna, en relación con su intermediación en el secuestro del empresario vasco Andrés Gutiérrez Blanco en 1987. La defensa del Sr. de la Hoz consideraba que efectivamente concurrían todos los requisitos previstos para la existencia de tal eximente completa³⁸³. Sin embargo, el Tribunal Supremo, confirmando lo

³⁸² Se hicieron eco de dicho informe los dos principales diarios nacionales: El País y El Mundo, ediciones digitales, en la siguientes Webs:

<http://www.elmundo.es/papel/hemeroteca/1994/02/11/nacional/553978.html>

http://www.elpais.com/articulo/espana/REVILLA/EMILIANO/FRANCIA/ETA/policia/tiene/video/aparacen/presuntos/etarras/Barcelona/elpepiesp/19940212elpepinac_24/Tes/

³⁸³ La Sentencia en cuestión recoge los argumentos de la defensa (Lamarca Pérez), señalando que « Afirma la parte recurrente que debe apreciarse la concurrencia de una causa de justificación en la conducta del acusado, ya que concurren los requisitos precisos para ello: la situación de necesidad no ha sido provocada por el recurrente, el necesitado no tiene obligación de sacrificarse, y respecto al conflicto entre males, el causado, colaboración con la banda armada, es obviamente de menor entidad que el evitado, persistencia en la privación de libertad y posible privación de la vida. Y añade que la resolución impugnada no pone en duda los extremos antes señalados, pero se niega a apreciar la cuestionada eximente alegando que el acusado «no actuó movido por el propósito principal de evitar o hacer cesar un mal», sino que «la intención primordial que guió la actuación del procesado fue la de ayudar a conseguir el rescate para la organización ETA que había proyectado y dirigido el secuestro». Y, frente a tal criterio, cita determinadas tesis doctrinales en las que se advierte, a este precepto, que concurriendo -en la efectiva colisión de bienes jurídicos- la prevalencia de uno de mayor entidad realizada a costa de otro de menor valor -que es lo que al Derecho penal interesa- debe apreciarse la concurrencia de discutida eximente (completa, incompleta o analógica muy cualificada), aunque el agente no actuase con una específica y exclusiva voluntad de salvamento. »

señalado por el tribunal de instancia, considera que «la intención primordial que guió la actuación del procesado fue la de ayudar a conseguir el rescate de la organización ETA, que había proyectado y dirigido el secuestro», y no tanto el puramente humanitario de intervenir a favor del secuestrado. Y es que de los hechos probados, según el Tribunal Supremo, «no se deduce que el acusado actuase en auxilio del necesitado (el secuestrado), sino que intervino **de parte de los secuestradores** -como interlocutor de éstos-, que eran precisamente los que habían provocado dolosamente aquella situación, con lo que, de modo notorio, no cabe apreciar el correspondiente requisito de la eximente de estado de necesidad». La representación procesal del imputado (la profesora citada tantas veces en este trabajo, Carmen Lamarca Pérez) recurrió en amparo la decisión ante el Tribunal Constitucional que mediante Sentencia nº 54/1996, de 26 de marzo [RTC 1996\54] consideró adecuada la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en relación con la no estimación del estado de necesidad³⁸⁴.

Desde la perspectiva sostenida en este trabajo, y a la vista de los hechos examinados, parece evidente que quienes actúan como intermediarios en los pagos realizados a ETA son sujetos del entorno abertzale (miembros de partidos hoy disueltos, aunque no todos) que observan una postura en muchas ocasiones censurable desde un punto de vista moral. La lectura de los hechos probados en las distintas Sentencias examinadas conducen a la certeza moral evidente de que tales sujetos desarrollan una actuación de apoyo a ETA, con la que están de acuerdo en los métodos violentos (de ahí la falta de condena de los mismos) que desarrolla la misma. Y si, en muchas ocasiones, no se produce la condena por colaboración con asociación terrorista lo es, no porque

³⁸⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere expresamente a tal cuestión en su Fundamento de Derecho Tercero, cuando indica que « (...) como fundamento de la infracción del derecho a la igualdad, el demandante argumenta que en otros supuestos similares, de mediación en actividades de terrorismo, la Sala Segunda apreció una circunstancia eximente de la responsabilidad, consistente en el estado de necesidad, que, sin embargo, no estima concurrente en el supuesto de autos. Por lo que se refiere a la lesión del Art. 25.1 C.E., el principio de legalidad penal se habría infringido por cuanto el Tribunal ha subsumido la conducta del actor en la norma penal, cuando, según se sostiene en la demanda, la actividad imputada al recurrente en amparo resulta penalmente atípica.

Como se advierte con claridad, ambas alegaciones carecen de la pretendida trascendencia constitucional, toda vez que se reducen a la simple desconformidad del recurrente con el criterio del Tribunal Supremo que, de manera razonada explica los motivos por los que rechaza la concurrencia de la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal en la actuación del actor, conducta que, asimismo, motivadamente, subsume en la norma penal. Como hemos reiterado en múltiples ocasiones, no corresponde a este Tribunal revisar la interpretación que de la legalidad ordinaria hayan podido efectuar los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les corresponde, ex Art. 117.3 C.E.».

no exista colaboración, sino porque no existen pruebas suficientes de la misma, rigiendo de forma adecuada y loable, en tal caso, la presunción de inocencia como garantía de la que goza cualquier ciudadano. Sin embargo no debe perderse de vista que la absolución se produce por falta de pruebas que vinculen al sujeto en cuestión con la asociación terrorista. Resulta, cuando menos, llamativo que, en el caso de secuestrados por ETA, los mediadores sean abogados vinculados política e ideológicamente con el MLNV; de entre todos los abogados del País Vasco, curiosamente se recurre a estos sujetos para desarrollar tales labores de mediación.

VII.1. C.- Cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Por último, tampoco responde criminalmente quien obra «en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», según el artículo 20.7 CP. Entienden COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN que «se trata de una cláusula general de justificación, en virtud de la cual las causas de justificación no forman en nuestro ordenamiento jurídico un sistema cerrado, sino abierto» de tal modo que «la ley penal abre el ámbito de la justificación a la operatividad de otras fuentes que (...) pueden determinar casos en los que la realización de hechos típicos de halle justificada»³⁸⁵. En la medida en que el tenor literal del precepto penal se refiere a las fuentes de dicha causa de justificación, MIR PUIG sintetiza los supuestos señalando que son los siguiente: a) cumplimiento de un deber, que puede derivar o no de un oficio o cargo; y b) ejercicio de un derecho, que igualmente puede derivar o no de un oficio o cargo³⁸⁶.

En relación con dicha eximente CAMPO MORENO³⁸⁷ examina la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo nº 2021/1994, de 17 de noviembre [RJ 1994\9276], en la que se considera la actuación mediadora del letrado Sr. de la Hoz Uranga en el secuestro de un empresario vasco. En la Sentencia el Tribunal Supremo entiende que no existe la pretendida eximente de obrar en ejercicio de una profesión determinada, cual es la de abogado. Al respecto, la

³⁸⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 471

³⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 478

³⁸⁷ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 103

Sentencia cita la ya añeja Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1956 para considerar que «el alcance que debe reconocerse a esta eximente no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos del precepto se realicen, cualquiera que sea su trascendencia sobre los demás, sino que es preciso que aquellos deberes, derechos, oficios o cargos que presiden la actuación perseguida del inculpado estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad»; recordando que la jurisprudencia exige «para poder apreciar la concurrencia de esta eximente, que el sujeto actué en ejercicio de facultades propias de su cargo u oficio, y que ajuste su conducta a las disposiciones que lo reglamentan». Entiende el Tribunal Supremo que en este supuesto no concurre dicha circunstancia eximente porque «no se desprende que el acusado actuase en el ejercicio de la profesión de Abogado en favor de ninguna de las partes implicadas en el conflicto que allí se describe (secuestrado y secuestradores), pues, como ya se ha dicho, su intervención no fue otra que la de interlocutor de los secuestradores cerca del interlocutor de la familia del secuestrado». Para llegar a tal conclusión se remite el Tribunal al derogado Estatuto General de la Abogacía, sustituido por el nuevo Estatuto aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. De dicho texto vigente se puede extraer la clara conclusión que no cabe apreciar en la conducta de interlocución o mediación una función propia del oficio de abogado, de acuerdo con las previsiones expresas de los artículos 1.1 y 6 del mencionado Real Decreto 658/2001³⁸⁸. De tal forma que esta labor no es la propia del abogado, en la medida en que no se trata de asesoramiento jurídico propiamente dicho, sino de un simple mandato, para que el que no se requiere cualificación alguna.

³⁸⁸ El artículo 1.1 del Estatuto General dispone que « la abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia». Mientras que el artículo 6 del citado cuerpo señala que « Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico».

VII.2.- Causas de exclusión de la responsabilidad criminal por delitos de colaboración con asociación terrorista: causas de exclusión de la culpabilidad.

VII.2. A.- Minoría de edad

El artículo 19 del Código Penal establece que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código». Señalándose a continuación que «cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor». Según MIR PUIG³⁸⁹, el fundamento de esta eximente es doble: por un lado, la presunción de que los menores de dieciocho años no son imputables; cuestión lógica en niños de corta edad; por otro, en cuanto a aquellos niños respecto de los cuales dicha presunción no pueda sostenerse, es decir, aquellos que pudieran ser perfectamente imputables, el fundamento es puramente político-criminal: resulta más adecuado para los menores un tratamiento educativo específico, en lugar del castigo.

Como es sabido, no se trata propiamente de una circunstancia eximente de responsabilidad criminal, sino de una excepción a la aplicación de la normativa penal propia de los mayores de edad a aquellos sujetos infractores que no rebasan la mayoría de edad (18 años), por motivos de índole político-criminal, basados esencialmente en la potencial capacidad de resocialización (en muchos casos, primera socialización) del menor de edad atendiendo a su escasa experiencia criminógena. En suma, un sistema que entiende que la mayor recuperabilidad del menor de edad exige la aplicación de una normativa criminal específica y diferenciada. En relación con el terrorismo y, por ende, con el artículo 576CP relativo a los menores colaboradores, la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores ha incorporado un tratamiento específico de tales conductas terroristas mediante dos reformas sucesivas: primero, la operada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero,

³⁸⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág.584

reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, que incorporó una Disposición Adicional Cuarta al texto primitivo relativo a esta cuestión; y, posteriormente, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que deroga dicha Disposición, incorporando gran parte de sus innovaciones al texto articulado de la Ley Orgánica 5/2000. Aunque sólo sea a título informativo, resulta interesante señalar las innovaciones que dichas modificaciones implican en el tratamiento penal del menor de edad colaborador con asociación terrorista, que podemos resumir en tres:

1.- La creación de un Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional, excepcionando la competencia ordinaria de los Juzgados de Menores en relación con los sujetos activos de los delitos de colaboración que no rebasen la edad de 18 años. Y, además, la modificación procesal, derivada de dicha creación, en materia de recursos: artículo 2.4 Ley Orgánica 5/2000³⁹⁰

2.- La configuración de unas determinadas reglas especiales de aplicación y duración de las medidas, artículo 10.2 y 3 Ley Orgánica 5/2000³⁹¹.

³⁹⁰ Art. 2.4. Competencia de los Jueces de Menores

(...)

La competencia para conocer de los delitos previstos en los **artículos 571 a 580 del Código Penal** corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los **artículos 571 a 580 del Código Penal**.

³⁹¹ Art. 10.2 y 3 Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas.

(...)

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y **571 a 580 del Código Penal**, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los **artículos 571 a 580 del Código Penal**, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre

3.- Plazo especial de prescripción de los delitos cometidos, rigiéndose por la previsión del Código Penal, artículo 15.1.1º Ley Orgánica 5/2000³⁹².

VII.2. B.- Anomalía o alteración psíquica

El artículo 20.1 CP declara exentos a quienes «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Puede estimarse que tal eximente se refiere a aquellas sujetos que sufren una patología mental que implica su inimputabilidad. Para determinar si concurre tal eximente, el Código Penal español emplea una fórmula mixta biológico-psicológica que exige la concurrencia de dos requisitos: una base biológica, constituida por la anormalidad psíquica del sujeto (un fondo patológico); y el concreto efecto de inimputabilidad en el hecho antijurídico, es decir: el efecto que produce dicha enfermedad en la conducta típicamente antijurídica que observa el eximido y que le priva de imputabilidad para el hecho concreto.

Aunque no se aprecia dicha circunstancia eximente, resulta paradigmática la STS 786/2003, de 29 de mayo, ya citada en este trabajo, en la medida en que ofrece una situación aproximada de las coordenadas que pueden llevar a un sujeto que sufre tales anomalías o alteraciones psíquicas a colaborar con una organización terrorista. La sentencia se refiere al sujeto en cuestión indicando que se trata «(...) un típico caso de identificación con unos difusos y acríticamente aceptados fines políticos, a cuya consecución se realizan típicos actos de sabotajes en total sintonía con las directrices de la banda ETA, que obviamente actúa desde la clandestinidad (...) la sintonía y comunión de actividad e ideas con ETA está claramente proclamado por la naturaleza de los hechos analizados, totalmente enmascarados en la estrategia de la banda armada difundida a través de notas o de sus boletines. Es este un dato que surge del análisis, incluso superficial, de la realidad vasca. Al respecto

cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el menor.

³⁹² Art. 15.1.1º De la prescripción.

Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1º.- Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y **571 a 580 del Código Penal** o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años. (...)

no cabe ambigüedad o ignorancia». Añadiendo en otro lugar de la resolución judicial que «se está en definitiva ante un caso de **atracción o fascinación** de la actividad terrorista que cautivó al recurrente y le movió a actuar en grupo sin vinculación orgánica con ETA, pero en comunión con su ideología patógena y con su actividad terrorista, (...) actuando como factor de cohesión una identidad de medios y estrategias (...)». Es, por tanto, fácil de imaginar cómo individuos que sufran alguna alteración psíquica puedan sentirse atraídas o fascinadas por el radicalismo y la actuación terrorista, pudiendo llegar a colaborar con dichas asociaciones ilícitas; sobre todo, en un tiempo en que no existe un horizonte valorativo claro.

La jurisprudencia es muy restrictiva a la hora de considerar la concurrencia de dicha eximente completa. Así, resulta especialmente destacable lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Nacional 65/2007, de 31 de octubre [JUR 2007\328722], sobre el “11-M”, cuando examina la concurrencia de dicha eximente en relación con el imputado y condenado Sr. Suárez Trashorras, aquejado de «un trastorno de la personalidad que los forenses califican de psicopatía, mientras que los psiquiatras de la defensa califican de trastorno de la personalidad con rasgos esquizoides que, sin constituir una esquizofrenia, limitan su capacidad». Una divergencia de criterios periciales notable, ya que como indica la propia Sentencia, «en el primer caso no daría lugar a atenuación alguna y en el segundo podría constituir incluso una eximente incompleta». Como se puede ver, la Sala descarta la concurrencia de la eximente completa. Y ello en atención al criterio tradicional antes señalado, en la medida en que el Tribunal «llega a la convicción de que Juan Pedro [el Sr. Suárez Trashorras] no tenía anuladas sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sí las tenía y tiene afectadas de forma leve». Así, tras las periciales efectuadas, se alcanza la convicción de que el condenado «sí alcanza a comprender las consecuencias de la acción de venta de explosivos, por lo que, en su caso, sólo tendría alterada su capacidad volitiva». Recuérdese que el Sr. Suárez Trashorras fue el sujeto que proporcionó los explosivos asturianos utilizados en la masacre del 11-M. Los peritos, definitivamente, estuvieron de acuerdo en que dicho Señor sufre una psicopatía, cuestión que se examinará al tratar las eximentes incompletas.

De lo anterior puede deducirse la siguiente conclusión: si para la concurrencia de la eximente completa se requiere una alteración tal que anule totalmente las capacidades volitiva e intelectual del sujeto activo, nos encontraremos (en caso de que se produjera dicho supuesto) con supuestos de autoría mediata, llevada a cabo por un tercero que se sirve del incapaz para desarrollar la colaboración. Cabe pensar, por ejemplo, en la utilización de un deficiente mental para la anotación de rutinas o matrículas de vehículos. Aunque no necesariamente se producirán tales hechos en todo caso. Así es el caso, por ejemplo, enjuiciado por la Audiencia Provincial de Valladolid, Secc. 2ª, en la Sentencia núm. 77/2002, de 4 febrero [ARP 2002\306]. Dicho supuesto, en los términos literales consignados por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid, con fecha 27 de noviembre 2001, es le siguiente: «Miguel G. P., mayor de edad y sin antecedentes penales, con una capacidad intelectual límite que dificulta la comprensión, las relaciones conceptuales y el pensamiento abstracto y asociativo, así como la percepción y comprensión de situaciones sociales (estando obsesionado con el terrorismo de ETA) y la captación de secuencias causales, se encontraba en la tarde del día 2 de marzo de 2001 muy angustiado, y a las 18.15 horas llamó por teléfono a la sala de operaciones del 092 y dijo “ahí tenéis una bomba de ETA”. Retenida la llamada por la central, comprobaron el número y el domicilio al que correspondía, que es el de los padres de Miguel G. P., con los que éste reside, personándose los agentes en el señalado domicilio y comprobando que la llamada se había realizado por Miguel G., quien al día siguiente compareció en el Juzgado para mostrar su arrepentimiento». Como se recordará, ya el Decreto 10/1975 señalaba en su artículo Séptimo, número siete, consideraba dicha conducta (desde un punto de vista objetivo) como de colaboración³⁹³. Prescindiendo ahora de la ausencia del dolo de colaboración con asociación terrorista y centrándonos en la concurrencia de un supuesto de anomalía o alteración psíquica, dicha Sentencia se refiere a la eximente completa en la medida en que considera que no concurre en el supuesto de autos, toda vez que el sujeto activo «estaba afectado por una importante disminución de sus facultades volitivas pero sin llegar a anularlas. Así en los hechos probados se

³⁹³ Dicho precepto era del tenor literal siguiente: «los que, con propósito de causar infundada alarma, anunciaren la supuesta colocación de artefactos explosivos o cualquiera otro atentado terrorista».

hace mención a un episodio de angustia y obsesión pero sin declarar la abolición de esas facultades volitivas ni intelectivas, aclarándolo luego en los fundamentos de la sentencia». Se produce, por tanto, un supuesto de semiimputabilidad que el Tribunal reconduce a la eximente incompleta, aunque en relación con un delito tipificado en el artículo 561 CP. Esta cuestión hace del caso señalado un supuesto interesante, ya que conecta la concurrencia de eximentes de la responsabilidad criminal con la existencia del dolo de colaboración con asociación terrorista y la propia competencia de la Audiencia Nacional. En efecto, de considerarse la existencia de una eximente completa de alteración o anomalía psíquica en los términos previstos en el artículo 20.1 del Código Penal, difícilmente podrá estimarse la concurrencia en el sujeto de una capacidad intelectual y volitiva suficiente para que pueda considerarse la existencia del dolo específico de colaboración. De este modo, lo más probable es que, fuera de los supuestos de autoría mediata antes apuntados, los supuestos que pudieran concurrir y que tengan por autor a un inimputable se sustanciarán en las sedes jurisdiccionales ordinarias, toda vez que se trata de supuestos que difícilmente podrán calificarse de colaboración con asociación terrorista, como el es supuesto examinado.

Otro supuesto en el que se aprecia la eximente en estudio, si bien resulta luego apreciada como eximente incompleta, es el contenido en la Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999, de 16 de febrero [RJ 1999\1281]. En efecto, *sensu contrario*, la Sentencia entiende que para la concurrencia de la eximente completa en examen, el sujeto no debe disponer del libre albedrío suficiente para conocer la naturaleza y consecuencia de sus actos, de forma que se excluya la aplicación del tipo en cuestión. Sobre el caso en cuestión se volverá más adelante al examinar las eximentes incompletas.

VII.2. C.- Trastorno mental transitorio

El artículo 20.1 párrafo segundo se refiere a dicho trastorno indicando que «el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión». Entiende por tal MIR PUIG aquella perturbación del psiquismo caracterizada por su naturaleza transitoria, debido a una causa exógena que produce «una perturbación tal en la mente del sujeto que

determine una plena anormalidad en su conocimiento de la situación o e las condiciones de su autocontrol»³⁹⁴. O como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, dicho trastorno «ha de anular la capacidad intelectual y volitiva del mismo modo y con la misma intensidad que se requiere en los supuestos de anomalías o alteraciones psíquicas permanentes»³⁹⁵.

No resulta fácil imaginar un supuesto de trastorno mental transitorio en relación con el delito de colaboración con asociación terrorista por la naturaleza del propio tipo. La colaboración se configura como un delito de tracto sucesivo y reiterado (llegando incluso algunas Sentencias del Tribunal Supremo a conceptualarlo como delito permanente); y siendo tal su naturaleza, mal puede entenderse la existencia de un trastorno mental que se caracteriza precisamente por un concepto antónimo: la transitoriedad. En efecto, puede decirse que se contraponen dos dinámicas esenciales: el trastorno mental transitorio supone la anulación de la capacidad intelectual y volitiva por una causa exógena durante en concreto y corto periodo de tiempo; mientras que la colaboración con asociación terrorista requiere, necesariamente, un determinado tracto temporal, lo que exige la posesión de la capacidad intelectual y volitiva plena.

Un supuesto de trastorno mental transitorio en el que se hace mención del terrorismo, aunque no de forma directa, es un curioso supuesto enjuiciado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª), en su Sentencia núm. 37/2003, de 10 abril [JUR 2003\203870]. El supuesto en concreto enjuiciado fue el de un ciudadano norteamericano, destinado en Timor Oriental que, de regreso a su país, se detiene en España donde decide salir de fiesta, ingiriendo grandes dosis de alcohol, hasta el punto de que al día siguiente, decidió marcharse del lugar en el que estaba introduciéndose en un coche que allí estaba por la puerta delantera derecha, esgrimiendo una navaja, desarrollándose una serie de forcejeos que supusieron graves lesiones para el propietario del vehículo. La defensa del condenado esgrimió el trastorno mental transitorio poniendo «en relación con la carga emocional que pudo padecer el acusado, estadounidense de origen, por eventuales cuestiones terroristas relacionadas con acontecimientos ocurridos en aquellas fechas en su país (los

³⁹⁴ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág.576-577

³⁹⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 594

hechos ocurren el 7 de octubre de 2001, próximo, por lo tanto, al célebre 11 de septiembre), así como con una serie de experiencias vividas por él mientras estuvo destinado en Timor Oriental». La Sala estima no probada la concurrencia de dicho trastorno mental transitorio en relación con los atentados terroristas del 11-S así como la experiencia militar del sujeto en cuestión en su destino de Timor Oriental³⁹⁶.

VII.2. D.- Intoxicación plena

El tenor literal del artículo 20.2 exige también de responsabilidad al que «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión». Eximente que se deriva de la impronta que se produce en la imputabilidad del sujeto activo del delito, como consecuencia de «las alteraciones de la personalidad que produce el consumo de drogas legales o ilegales»³⁹⁷. La doctrina considera que esta eximente acoge en su seno los supuestos de intoxicación plena no preordenada al delito así como los actos cometidos por individuos bajo el síndrome de abstinencia inhabilitante.

Puede traerse a colación lo indicado en relación con el trastorno mental transitorio, en la medida en que parecen términos contradictorios el hecho de

³⁹⁶ Con carácter general, sobre el trastorno mental transitorio, la citada Sentencia señala que « La circunstancia de trastorno mental transitorio supone una perturbación psíquica de carácter transitorio que, en función de su mayor o menor intensidad, produce unos efectos más o menos intensos en la imputabilidad del sujeto.

Al tratar esta circunstancia se ha discutido si la misma ha de tener una base patológica, o ha de deberse a causas exógenas, y aunque la más reciente tendencia jurisprudencial parece decantarse por la alternativa de no considerar precisa esa base patológica, no es menos cierto que a ella cabe llegar, tanto habiéndola, como si no la hay y concurren causas exógenas, pues lo esencial es que se haya producido la perturbación mental transitoria, con efectos en la imputabilidad del sujeto, que es lo que da lugar a la apreciación de la circunstancia.

No debe, pues, negarse la posibilidad de aplicar la circunstancia, tanto si existe una base patológica en el sujeto, determinante de una anomalía que en un momento dado dé lugar a una alteración transitoria con efectos en su imputabilidad, como cuando no existe y dicha alteración obedece a factores externos, del que un ejemplo característico es la intoxicación por efectos del alcohol, expresamente contemplada como tal circunstancia en el Art. 20 n° 2 del Código Penal».

³⁹⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 598

que un individuo pueda desarrollar una conducta de colaboración con asociación terrorista en estado ebrio o similar por el consumo de drogas. Si bien es cierto que dicha eximente se invoca, por ejemplo, en el caso de obrar bajo la influencia del síndrome de abstinencia, como es el caso de uno de los integrantes de la Célula de la prisión de Topas (Salamanca), también llamada Célula de Tahiri. La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, 6/2008, de 27 de febrero [JUR 2008\97921], se refiere a la petición de la defensa de dicho encausado en su Fundamento de Derecho Vigésimotercero, invocando tal eximente completa como consecuencia de la adicción del individuo en cuestión a la cocaína y al hachís. El imputado es condenado como integrante de banda armada, aunque el razonamiento esgrimido por la Sala es también predicable, en cierto sentido, en los delitos de colaboración. Y así, indica que «el simple consumo de sustancias tóxicas no es base para apreciar una exención o modificación de la responsabilidad (...)» Y ello porque la Sala entiende que dicha eximente es incompatible con la dinámica propia del delito en cuestión, que se extiende a través de los años³⁹⁸. En definitiva, resulta difícil concebir que un ser humano colabore con una asociación terrorista llevado de un estado de inimputabilidad total que se extiende a lo largo de los años, por razón del consumo de alcohol o drogas. Cuestión distinta será que durante la colaboración puedan existir periodos de inimputabilidad por causa del alcohol o sustancias psicotrópicas. Pero en modo alguno afectarán a la conducta típica de colaboración, dada su naturaleza progresiva en el tiempo.

³⁹⁸ Concretamente, la Sala indica lo siguiente: « Sin perjuicio de entender que la petición de la parte lo sería del Art. 20.2, la misma ha de ser rechazada ya que en manera alguna se ha acreditado que el referido procesado sufra clase alguna de anulación, alteración o mera afectación de su culpabilidad en orden a la capacidad de entender el alcance de su conducta o a su capacidad volitiva, lo que excluye no solo la eximente solicitada, sino también la eximente incompleta o la mera atenuación. En el informe expedido por el Hospital Universitario Carlos Moya de Málaga a las 19.30 horas del 18 de octubre de 2004 (folio 22741) se diagnostica a Eusebio de padecer un síndrome de abstinencia leve en base únicamente a referir "nerviosismo, sudoración y mal estado general", prescribiéndole valium 5 si existe ansiedad; diagnóstico que es ratificado ese mismo día por el médico forense del Instituto de Medicina Legal de Málaga Dr. Eloy (folio 1627) en informe que refiere presentar sintomatología compatible con inicio de síndrome de abstinencia, forense que en el plenario afirma de manera categórica que en manera alguna se diagnosticó o determinó una toxicomanía. El informe emitido por el área de atención primaria del Instituto Madrileño de la Salud a las 19.45 horas del día 19 de octubre (folio 2275) no refleja patología alguna y el forense del Juzgado Central n.º 5 el 20 de octubre (folio 1634) informa que se encuentra bien y no desea ser reconocido. El simple consumo de sustancias tóxicas no es base para apreciar una exención o modificación de la responsabilidad máxime cuando el delito imputado aquí es de carácter permanente, que se prolonga durante varios años».

VII.2. E.- Alteraciones en la percepción

También están exentos de responsabilidad criminal los individuos que «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». Se trata, como indica MIR PUIG, de aquellos supuestos que, junto a la sordomudez temprana o de nacimiento, «implican una plena exclusión de la imputabilidad, es decir, de la capacidad de ser motivado por la norma»³⁹⁹. Tal supuesto, como cualquiera de los que se han examinado, es posible aunque de improbable acaecimiento. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un sordomudo que preste colaboración con asociación terrorista. En tal caso, la alteración de la percepción que dicho individuo sufre no supone, en modo alguno, una limitación de su imputabilidad.

VII.1. F.- Miedo insuperable

También está exento de responsabilidad penal quien «obre impulsado por miedo insuperable», según el artículo 20.6 CP. MIR PUIG, considera que la eximente de miedo insuperable se refiere a «la coacción que supone para la mente la amenaza de un mal –asociada o no a violencia física efectiva»⁴⁰⁰, entendiéndola como una causa de no exigibilidad. En tal sentido dicha eximente «debe limitarse a través del criterio de lo exigible al hombre medio en la situación concreta del autor».

Un supuesto de pretendido miedo insuperable es el que se produce en relación con el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 329/1995 de 8 de marzo [RJ 1995\1910]. En dicha Sentencia se confirma la condena, entre otros, de dos imputados por delito de colaboración con asociación terrorista. En relación con los mismos, se da por hechos probados que «María Inmaculada con su hijo Everardo se vieron sorprendidos en su domicilio con la llegada de Juan Alberto, y otro sujeto perteneciente a E.T.A. que aquí no se juzga, perteneciente a la banda armada "E.T.A." que llegaron a amenazarlos mostrándoles sus armas, medio con el que consiguieron permanecer cierto tiempo en la casa, y lograron que ambos se desplazasen a casa de Claudia para comunicarle que debía de ocultar los efectos

³⁹⁹ MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág.588

⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 596

anteriormente citados (caja de madera, nevera, etc.)». Ante tal situación, la representación técnica de madre e hijo consideró que «la descripción o relato del hecho y el fundamento tercero de la sentencia se refieren, respectivamente, a la amenaza con armas y a la fuerte conmoción padecida, susceptible de provocar pánico, que implica un trastorno anímico de gran intensidad» que determinaría la exención de responsabilidad criminal por la concurrencia de la eximente de miedo insuperable. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que «el hecho de no limitarse -los recurrentes- a transmitir la orden de ocultar sino que cooperaron decisivamente en la tarea, parece lógico suponer que las amenazas no tenían el aspecto de riesgo grave que sugiere la sentencia y en el que ponen énfasis los recurrentes; ello impide aceptar que los dos miembros de la familia, María Inmaculada y Everardo, sintieran anuladas las normales facultades del psiquismo, aunque resultaran seriamente comprometidos por la presencia en la casa de estos sujetos, en una situación de angustia y, por supuesto, indeseable, no solo frente a los miembros de Eta, sino frente a las fuerzas de la Seguridad del Estado que seguían sus pasos». Sin que pueda considerarse que «el miedo alcanzara tal intensidad que coartara, en términos absolutos, el apartamiento del acto encomendado, el cual se extendió, fuera del encargo, a las referidas actividades de ayuda». Ello no obstante, el Tribunal Supremo estima, de acuerdo con el tribunal *a quo*, que sí concurrió una eximente incompleta en la medida en que «madre e hijo quedaron liberados, al salir de la casa, de la presión intimidativa de los terroristas».

Por el contrario, un claro supuesto de miedo insuperable que tampoco ha necesitado solemne declaración judicial, es la llevada a cabo por sendos taxistas en el asesinato del sargento de la Guardia Civil D. Pedro Carbonero el 19 de noviembre de 1991. En dicha fecha, los asesinos de dicho agente, a la sazón: Iglesias Chouzas (alias Gadafi) y Martínez Aguirre⁴⁰¹, observan las siguientes conductas, según los hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 855/2007, de 25 de octubre [RJ 2007\9269]:

«la tarde del día 18 de noviembre de 1991 (...) acceden al taxi, Renault 21 matrícula de Bilbao-QC , propiedad y conducido por D. Everardo,

⁴⁰¹ Los nombres de la víctima y de los terroristas surgen del cruce de información dado por la sentencia y la Web <http://servicios.hoy.es/datos/2006/victimaseta/index.php?victima=051>. No obstante, los datos de la Sentencia conservan los nombres figurados.

estacionado en la parada de la C/ Santiago Brouard; conductor al que instantes después de iniciar la marcha manifiestan ser miembros de E.T.A y le conminan a dirigirse al barrio de Elejalde donde le hacen descender, continuando aquellos con el vehículo. Como fuera que no logran localizar al sargento (...) regresan al lugar donde habían dejado al taxista obligándole a llevarles hasta Basauri , donde Cornelio y Luis Carlos se apean, entregan al conductor 3.000 ptas. y le advierten que no enuncie lo sucedido.

Al día siguiente, 19 de noviembre de 1991 (...) Sobre las 20,40 horas y en la parada de la c/ Santiago Brouard acceden (...) al taxi Renault 21, SU-....-SV , conducido por su propietario D. Felix al que piden les lleve a Usausolo, trayecto en que le dicen "somos miembros de E.T.A., bájate, vete y en treinta minutos no des aviso, necesitamos el coche" al tiempo que es encañonado por Cornelio con una pistola».

Las conductas de ambos taxistas, que no resultaron imputados, son dos claros ejemplos de miedo insuperable que motiva, no ya la exención de responsabilidad criminal, sino ni siquiera su imputación. Pero una cosa es la falta de imputación procesal y otra muy distinta es que, de hecho, en ambos supuestos nos encontremos antes dos claros ejemplos de colaboración con asociación terrorista, tanto desde una perspectiva subjetiva como objetiva. Distinto es que, en efecto, la concurrencia del miedo insuperable debilite el elemento subjetivo, es decir, el dolo de colaboración y coloque a ambos taxistas en un estado de inimputabilidad absoluto. Se trata, ciertamente, de una cuestión dogmática de compleja resolución que no es objeto de estudio en el presente trabajo, dejando simplemente apuntada esta última consideración.

VII.3.- Error sobre el tipo y error de prohibición en el ámbito del delito de colaboración con asociación terrorista.

COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ señalan que el error consiste «en la inadecuación entre lo que uno se representa y cree conocer y lo que, realmente, es desde el punto de vista de la realidad objetiva del mundo exterior», rematando la afirmación con la muy clara noción según la cual «el error es un conocimiento equivocado de las cosas»⁴⁰². La relevancia que el error tenga en relación con la responsabilidad penal del sujeto activo es, sin

⁴⁰² COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones de Derecho penal español*, Madrid, 2006, Pág. 195

duda, muy relevante, toda vez que la inexistencia de una adecuada representación de la realidad, en el campo de la teoría jurídica del delito tiene una traducción evidente en el campo de la culpabilidad. Una traducción que pasa por considerar que no cabe afirmar la culpabilidad del sujeto que se ha representado mal la realidad concreta y que, por ende, no cabe afirmar contra el mismo un juicio de reproche en la medida en que no se le puede considerar culpable, dado erróneo conocimiento del sujeto.

Este trabajo no puede ahora profundizar en el estudio de una institución jurídica tan compleja y rica en matices como es el error. Por lo que se limita a examinar el error en su regulación positiva, a través de sus diversas modalidades aplicadas al concreto tipo del artículo 576 CP. Y así, siguiendo un esquema trazado sobre la sistemática que ofrece MIR PUIG⁴⁰³, examinaremos separadamente el error sobre la prohibición y el error sobre los elementos del tipo, atendiendo a su clasificación interna esencial.

1.- Error de prohibición.

Como indican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, parece más adecuada considerar que lo que generalmente se denomina “error de prohibición” debería recibir el más apropiado nombre de “error sobre la significación antijurídica” del hecho cometido. El sujeto que padece dicho defectuoso conocimiento de la realidad obra movida por la creencia (equivocada) de que su actuar no es antijurídico. De ahí que el artículo 14.3 CP se refiera a este tipo de error, aunque de una forma bastante criticable, cuando indica que el mismo versa sobre la sobre “la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. Esta posibilidad determina la existencia de dos modalidades de error sobre la prohibición⁴⁰⁴:

a) Error sobre la prohibición directo, en función del cual, el sujeto obra en la creencia de que el hecho está legalmente permitido.

⁴⁰³ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal...* Pág. 264 y SS.

⁴⁰⁴ Sobre estas modalidades, ver MAGRO SERVET, Miguel, “La existencia del error de prohibición. Requisitos para su aplicación. Análisis de la SSTS de 14-12-07 y 8-4-2008”, *La Ley Penal*, N.º 53, Octubre 2008

b) Y un error indirecto, cuando el sujeto obra en la creencia, no de que la conducta que desarrolla es antijurídica (que lo sabe), sino que la lleva a cabo porque concurre una causa de justificación.

Tanto en el caso de que el error sea directo como indirecto, el artículo 14.3 CP reconoce que la trascendencia de tal error es distinta en función de que el mismo sea vencible o invencible. Criterio de vencibilidad que significa la posibilidad de que al sujeto activo, errado en su representación, se le podría haber exigido salir de su error (vencible, en tal caso) como consecuencia de haber observado una actitud ordinariamente diligente; o si, por el contrario, dicho error era tal o las condiciones del sujeto activo tan particulares, que no podría habersele exigido dicha diligencia para salir del error. Y los efectos de la vencibilidad son, desde luego, determinantes: la exclusión de la responsabilidad criminal para el error invencible; mientras que el simplemente vencible debe conformarse con una atenuación de la pena en uno o dos grados inferior a la que correspondiera, de no haber sufrido el sujeto dicho error.

La posible concurrencia de un error de prohibición en relación con el artículo 576 CP no es imposible, pero si se revela ciertamente difícil de asumir dada la gravedad de los hechos que supone colaborar con organizaciones de carácter terrorista. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], ya examinada, es de las pocas que tratan la cuestión. El Tribunal Supremo considera, en su fundamento vigésimocuarto, que no es posible invocar el error de prohibición «en las infracciones de carácter elementalmente opuestas al Derecho, cuya ilicitud resulta evidente para cualquier persona aun sin conocimientos jurídicos», considerando también que dicho error se desvanece cuando se comprueba, como en el caso de autos, la persistencia en la actitud observada por lo autores. Ahora bien, el propio Tribunal Supremo reconoce que «sería la misma viable de ser otra la hipótesis fáctica sobre la que operar con tal expediente de justificación». De este modo, la puerta está abierta a la posible estimación del error de prohibición en materia de colaboración con asociación terrorista, siempre que se den dos requisitos esenciales:

a) En la medida en que la existencia del error supone un hecho obstativo a la desvirtuación de la presunción de inocencia lograda mediante una actividad probatoria adecuada, corresponde al alegante la prueba de dicho error obstativo.

b) La ilicitud de los hechos debe resultar oscura, poco o nada evidente. Evidencia que, lógicamente, en relación con las actividades de colaboración dolosa con asociaciones terroristas deviene difícil. Siguiendo a MAGRO SERVET⁴⁰⁵, pueden examinarse los siguientes supuestos de inadmisión del error de prohibición, en relación con el tipo estudiado:

1. Queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho. Cuestión que se producirá, casi con total seguridad, en todos aquellos casos en los que la colaboración con la asociación terrorista se produzca en atención a un miembro de la asociación, es decir, auxiliando a un sujeto concreto cuya pertenencia a la asociación es conocida y asumida por el sujeto activo del delito de colaboración.

2. En segundo lugar, no cabe invocar la existencia de error de prohibición si se tiene conciencia de que existe una alta probabilidad de antijuridicidad en la conducta que se observa, sin que sea necesaria alcanzar una seguridad absoluta del proceder incorrecto. Cuestión que, por supuesto, resulta fácil de imaginar en quien desarrolla una labor de colaboración con asociaciones terroristas, salvo que el sujeto en cuestión siempre que el referente de la asociación con la que se colabora sea conocido como integrante de la misma y la naturaleza terrorista de aquella.

3. MAGRO SERVET repite lo indicado ante por la Sentencia del Tribunal Supremo en relación con la Mesa Nacional de HB, considerando que no

⁴⁰⁵ MAGRO SERVET, Miguel, “La existencia...” Pág. 2

es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. Una notoriedad que en los supuestos de auxilio a asociaciones terroristas como ETA, Al-Qaeda, GSPC, GIA, etc. es más que evidente.

4. Por último, la apreciación del defectuoso conocimiento de la realidad se debe hacer desde el punto de vista del profano, sin que el autor deba conocer, de modo más o menos preciso, los preceptos legales.

En resumen de lo antes indicado, puede invocarse el error de prohibición en el supuesto de colaboración con asociación terrorista porque el mismo es posible en abstracto aunque improbable en lo concreto, para el caso de ser invocado en sede jurisdiccional.

No obstante lo anterior, debe apuntarse una problemática que surge entre la posible concurrencia en un supuesto del sujeto activo del tipo que desarrolla íntegramente el tipo objetivo pero donde no existe dolo de colaboración, ni siquiera eventual. Tales supuestos ¿suponen la inexistencia del delito por ausencia de dolo; o se trataría de un error de prohibición? ¿Todos los supuestos de ausencia de dolo de colaboración implican la existencia de un error de prohibición directo? O, en el mismo sentido, ¿cabría pensar un supuesto de ausencia de dolo donde no concurra un error de prohibición? Preguntas todas que apuntan ciertamente a un debate interesante pero que, en la medida en que exigirían internarse más profundamente en la configuración del error de prohibición, se aleja del objetivo esencial del presente trabajo.

2.- Error sobre el tipo.

MIR PUIG señala que la diferencia entre el error sobre el tipo y el error de prohibición se centra en que éste último «no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sin (sólo) del hecho de estar prohibida su realización»⁴⁰⁶. O como dicen COBO DEL ROSAL y QUINTANAR

⁴⁰⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...* Pág. 265

DÍEZ, en el error sobre el tipo «el autor cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo legal, pese a que efectivamente, concurren»⁴⁰⁷. De ahí que sea recomendable seguir la sistemática planteada por MIR PUIG a la hora de examinar este tipo de error, en función de que recaiga sobre elementos esenciales o no del tipo en cuestión que, en nuestro caso es el de colaboración con asociación terrorista.

a) Error sobre los elementos esenciales del tipo.

El error deberá recaer, para considerarse como tal, sobre alguno de los siguientes extremos, considerados como esenciales del tipo previsto en el artículo 576 CP:

1.- Los concretos actos materiales de colaboración que genéricamente suponen llevar a cabo, recabar o facilitar una conducta de colaboración, especialmente, las que se recogen en el catálogo del apartado 2º párrafo Primero. Es decir: que se tenga conciencia de que se está vigilando a un sujeto, de que se está informando, de que se está entrenando, etc.

2.- Es un elemento esencial la conciencia de que la asociación con la que se colabora existe y que, además, su naturaleza terrorista.

3.- La conciencia sobre la idoneidad y potencial eficacia de los concretos actos de colaboración.

4.- Finalmente, la conciencia de que tales actos materiales, idóneos y potencialmente eficaces, suponen un favorecimiento de las actividades o finalidades de una asociación terrorista.

El Código Penal prevé en su artículo 14.1 un tratamiento diferente en función de que el error sea vencible o invencible. Distinción que a los efectos del artículo 576 CP carece de relevancia. En general, cuando el error es

⁴⁰⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones...*, Pág. 196

vencible se produce la exclusión del dolo pero no de la imprudencia, pudiendo sancionarse (en su caso) los tipos imprudentes. Pero como quiera que el delito de colaboración con asociación terrorista es doloso exclusivamente, ello implica que el error sobre el tipo en los supuestos de colaboración, sea vencible o invencible, determina la impunidad del sujeto activo.

b) Error sobre los elementos accidentales del tipo.

Dentro de estos elementos podemos distinguir el error sobre los siguientes accidentes:

b.1) Error sobre elementos que agravan la pena (art. 14.2 CP). Supuesto que puede concurrir en relación con el tipo previsto en el artículo 576. 2 Párrafo Segundo Inciso I, en la medida en que se prevé un delito de peligro concreto en el que se agrava la pena para el caso de que el acto de vigilancia o información determine la puesta en peligro de la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio del sujeto vigilado o sobre el que se desarrolla la información. En estos supuestos, si el sujeto activo no se representa que sus actos de información o vigilancia pueden poner en peligro los bienes jurídicos antes señalados, responderá como sujeto activo de un simple delito de colaboración con asociación terrorista, sin que le sea imputable la agravante en el caso de que se demuestre que el sujeto no conocía este elemento accidental.

b.2.) Error sobre los elementos que atenúan la pena. MIR PUIG habla de este supuesto como un posible supuesto de error, pero huelga cualquier comentario, en la medida en que no concurre ninguna causa de esta naturaleza en el tipo contenido en el artículo 576 CP.

**PARTE IV. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN: ACTOS
PREPARATORIOS, TENTATIVA Y ASPECTOS CONCURSALES.**

CAPÍTULO VIII. ITER CRIMINIS: ACTOS PREPARATORIOS Y TENTATIVA

VIII.1.- Iter criminis del delito de colaboración con asociación terroristas. Actos preparatorios, tentativa y consumación: perspectiva general.

Según COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, por *iter criminis* se entiende «la serie de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea criminal hasta su completa realización»⁴⁰⁸. Proceso que suele dividirse en dos etapas:

- a) Una fase interna, que transcurre en el ánimo del autor, constituida⁴⁰⁹ por todos los momentos interiores a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación. Dentro de esta, también cabe distinguir tres etapas: ideación, deliberación y resolución.
- b) Una fase externa, en la que la voluntad criminal se manifiesta. De este modo, dicha fase externa comienza cuando la voluntad criminal se exterioriza de tal modo que el proceso de realización del delito puede proseguir, a través de la preparación y la ejecución, hasta la consumación⁴¹⁰.

La fase interna del delito (ideación, deliberación y resolución) es penalmente irrelevante por sí sola, de acuerdo con el famoso aforismo de Ulpiano⁴¹¹: *cogitationes nemo patitur*, es decir: nadie padece los pensamientos criminógenos de otro individuo, en tanto que simples pensamientos.

La fase externa, es decir, aquella que arranca con la preparación de delito, pasando por su ejecución hasta alcanzar la consumación del mismo, es el

⁴⁰⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 711

⁴⁰⁹ Ya que como indica MIR PUIG, «todo delito nace, como toda acción humana, en la mete del autor», en MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 335

⁴¹⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal ...*, Pág. 712

⁴¹¹ MIR PUIG señala, en nota al pie, que dicha cita procede del Digesto, 48,19,16 MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 335

momento en el que se prevé la intervención punitiva del Derecho. Aunque dicha intervención también se ve restringida, en la medida en que se estima que la frontera de lo punible y lo no punible debe ponerse en relación con aquellas conductas que supongan materialmente una puesta en peligro, si quiera abstracta, del bien jurídico protegido. Y dicha puesta en peligro se produce, de ordinario, cuando comienza la ejecución del delito en sentido estricto. Así, será la ejecución del delito el momento que constituya la frontera entre las tres principales fases punibles del delito:

a) Actos preparatorios⁴¹².

Se entiende por tales, aquellos actos externos que se dirigen a facilitar la realización ulterior del delito en cuestión. Dichos actos de distinguen de los actos ejecutivos en la medida en que estos últimos suponen dar comienzo a la realización del hecho típico, es decir, comienza a conjugarse el verbo principal del enunciado típico. Así, pues, la calificación de acto preparatorio se obtiene como consecuencia de descartar dicho acto como un mero acto de la fase interna; así como un acto que suponga dar comienzo a la conducta típica prohibida por el precepto penal de que se trate. Como se ve, se trata de una cuestión aparentemente sencilla en el ámbito doctrinal, pero muy problemática en la consideración de los hechos concretos que se enjuicien en cada caso. El legislador español, siguiendo la línea restrictiva en la punición de los actos preparatorios antes señalada, sólo sanciona aquellos que expresamente vengan recogidos por un tipo penal (*numerus clausus*) y, además, restringiendo el ámbito de tales actos a tres categorías: la provocación, la proposición y la conspiración. La conspiración, según el artículo 17 CP, existe cuando «dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo»; la proposición, según el citado precepto, «existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo»; y, finalmente, el artículo 18 CP señala que la provocación «existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad o ante una concurrencia de

⁴¹² Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Págs. 720-726

personas, a la perpetración de un delito». La punición de tales actos preparatorios, considerados de especial peligrosidad, encuentra su fundamento según MIR PUIG, en que todos ellos encierran «la implicación de otras personas en el proyecto criminal»; es decir, que «la resolución criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros»⁴¹³.

b) Actos ejecutivos del delito⁴¹⁴.

Actos ejecutivos, como se indicaba previamente, son aquellos que suponen el comienzo de la ejecución de la conducta típica prevista por un precepto penal. Tales actos ejecutivos tienden a la realización consumada del delito en cuestión, pero en ocasiones, la consumación delictiva no se alcanza por razones diversas, surgiendo el trato diferenciado entre aquellas conductas típicas que han alcanzado la lesión del bien jurídico protegido que se proponían (la muerte de un ser humano), como delito consumados; de aquellas otras que han comenzado su ejecución sin alcanzar la lesión deseada (se intenta matar, pero no se mata), dando lugar a los delitos intentados o tentativa de delito.

La tentativa, según el artículo 16 del Código Penal, existe «cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». Así, pues, cabe distinguir entre una tentativa acabada y otra inacabada, en función de que el intento fracase como consecuencia de no se han llevado a cabo todos los actos conducentes al resultado (inacabada); o bien se hayan llevado a cabo todos los actos que conducen a producir la lesión deseada pero, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, el resultado no se produce (acabada).

c) Consumación del delito⁴¹⁵.

⁴¹³ MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 340

⁴¹⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 726-730

Por último, la consumación delictiva acaece cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate y, a consecuencia de lo anterior, se produce el resultado, esto es: la lesión del bien jurídico protegido.

Estas dos últimas fases, tentativa y consumación, son las castigadas de ordinario, sin especificación alguna, en todos los delitos de la parte especial, tal y como dispone el artículo 15 CP, cuando señala que «son punibles el delito consumado y la tentativa de delito».

Trasladando lo antedicho, con carácter general, a la dinámica comisiva del delito de colaboración con asociación terrorista, habrá que determinar la posible concurrencia del mismo en los tres grados antedichos: actos preparatorios de la colaboración, tentativa de colaboración y colaboración consumada. Para ello, debe partirse de la consideración del delito de colaboración con asociación terrorista como delito de mera actividad, según tiene señalada la doctrina mayoritaria –como ya hubo oportunidad de comprobar en este trabajo-. La doctrina se divide en cuatro posturas, o tres si se estima que las dos primeras son la misma, aunque con un pequeño matiz teórico de distinción:

1.- Quienes estiman que tal delito no es modo alguno sancionable en grado de tentativa, como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁴¹⁶ y ARROYO ZAPATERO⁴¹⁷.

2.- Por otro, autores como MESTRE DELGADO⁴¹⁸ y GUTIERREZ GIL⁴¹⁹, quienes consideran que dicho carácter (el de ser un delito de mera actividad)

⁴¹⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 732

⁴¹⁶ Estima GARCÍA-PABLOS DE MOLINA que «en el ámbito de las formas imperfectas, calificada de preparatoria la cooperación favorecedora a que se refiere este apartado b) del artículo 174 bis, b) es obvio que no cabe admitir la tentativa, pues la tentativa de la preparación es actividad “preparatoria”; y nada –ni desde el punto de vista dogmático, ni de política criminal- justifica una ulterior anticipación de las barreras de protección penal», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Coord.), *Comentarios ...*, Pág. 162

⁴¹⁷ Por su parte, ARROYO ZAPATERO entiende que «al consistir el delito de favorecimiento en un tipo que eleva a la categoría de delito actos preparatorios, particularmente en lo que se refiere al apartado b), debe rechazarse conforme a la opinión doctrinal común la punibilidad de la tentativa de favorecimiento» en ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 412

supone asumir, formalmente, la posibilidad de que exista un supuesto de colaboración con asociación terrorista en grado de tentativa. Pero, aunque posibilidad sea formalmente sostenible, entienden que materialmente no cabe la sanción de tales actos de colaboración en grado de tentativa.

La impunidad de la tentativa de colaboración, en uno y otro caso, obedece a una misma razón: la consideración del acto de colaboración como un acto preparatorio⁴²⁰. En efecto, para unos y otros, si se entiende que los actos de colaboración son meros actos preparatorios especialmente castigados, la sanción de la tentativa supondría el castigo de actos preparatorios de actos preparatorios. Dicho exceso punitivo es censurado por la doctrina en la medida en que entienden que no existe razón dogmática o político criminal que justifique dicha desmesurada ampliación de las fronteras de lo punible, aún cuando se trate de delitos terroristas.

3.- Otros autores (CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN) entienden que la configuración del delito de colaboración como delito de simple actividad excluye, formal y materialmente, la posibilidad de estimar el delito en grado de tentativa acabada «puesto que la realización de los actos típicos conlleva la consumación sin que quepa esperar la producción de resultado alguno»⁴²¹. En esta línea se inserta la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], por la que se condena a los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna como colaboradores de ETA, al dejar que ésta asociación terrorista utilizara su espacio electoral para la proyección de un vídeo de ETA. En efecto, entiende el Tribunal Supremo que «la naturaleza de

⁴¹⁸ MESTRE DELGADO entiende que «formalmente, esa naturaleza conlleva que el delito de colaboración pueda castigarse en la forma imperfecta de tentativa, si bien materialmente, como ha denunciado la doctrina, es inadmisibles la punición de la tentativa de un acto preparatorio, que sólo excepcionalmente admite punición», en MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 212

⁴¹⁹ GUTIÉRREZ GIL considera al respecto que «el delito de colaboración con banda organizada y armada se configura como un delito de mera actividad, para cuya consumación no se requiere ulterior resultado, resultando indiferente el que la organización aproveche o no la ayuda prestada. Formalmente, esa naturaleza conlleva que el delito de colaboración pueda castigarse en la forma imperfecta de tentativa, si bien materialmente entiende un importante sector de la doctrina que es inadmisibles la punición de la tentativa de un acto en sí preparatorio, que sólo excepcionalmente admite punición», en GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 47

⁴²⁰ Según ha escrito CAMPO MORENO, «el tipo sanciona, ya lo hemos reiterado en no pocas ocasiones, actos preparatorios –véase por todas STS de 8 de marzo de 1995-, adelantando la barrera penal de protección ante la prevalencia de los bienes personales comunitarios sobre la irracionalidad de la actividad terrorista», en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 81

⁴²¹ CORDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, Pág. 2623

delito de tendencia o de mera actividad (...) inviabiliza el resultado positivo de tal planteamiento» es decir, la posibilidad de que pueda estimarse el delito de colaboración en grado de tentativa. Para sostener dicha posición desarrolla una comparación de los términos en los que se encuentra redactado el precepto actual y su inmediato precedente, el artículo 174 a) del Código Penal de 1973, que servirá para introducir la cuestión de los verbos empleados, desarrollándose más adelante. Dichos textos son del siguiente tenor, destacando en negrita lo que cambia en ambos:

Art. 576 Código Penal de 1995

Será castigado (...) el que **lleve a cabo**, recabe o facilite cualquier acto de colaboración **con** las actividades o las **finalidades** de una banda armada, organización o grupo terrorista.

Art. 174 bis a) Código Penal de 1973

Será castigado (...) el que **obtenga**, recabe o facilite cualquier acto de colaboración **que favorezca la realización de** las actividades o la **consecución de los fines** de una banda armada o **de elementos terroristas o rebeldes**.

El Tribunal Supremo se centra en el examen del término “obtenga” del Código de 1973, sustituido por la locución “lleve a cabo” del Código Penal de 1995. Sobre ésta última locución señala que «tal binomio, - gramaticalmente calificado de expresión relativa-explicativa dado el empleo del pronombre y del tiempo y modo del verbo (presente de subjuntivo)- en modo alguno favorece la tesis de la no consumación al constituir un simple refuerzo explicativo que no sustancia la acción del sujeto, según demuestra su sustitución con una simple preposición "con" en la nueva fórmula legislativa»; o, lo que es lo mismo: la acción consistente *en llevar a cabo actos de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista*, en principio podría dar pie a la estimación de la tentativa. Pero dado que dicha locución no sustancia la conducta del sujeto, no cabe estimar la posible existencia de tal tentativa de colaboración, sino delito consumado.

4.- Finalmente, todos los autores citados, y la propia Sentencia 2/1997 [RJ 1997\8535], se hacen eco de que la jurisprudencia, a pesar de lo indicado, sí ha estimado en ocasiones la existencia del tipo en cuestión en grado de tentativa. MESTRE DELGADO⁴²² cita una serie de Sentencias de la Audiencia Nacional en las que se ha condenado por este delito, en grado de tentativa, destacando dos supuestos:

a) cuando el agente que realiza actividades de vigilancia de individuos no consigue hacer llegar esos datos a la organización, por ser interceptada la carta por la Guardia Civil, ser detenido u otras circunstancias que impidan a la banda recibir el resultado de la vigilancia: Sentencias de la Audiencia Nacional Secc. 2ª, nº 22/1985; Secc. 1ª, nº 107/1985; Secc. 2ª, nº 41/1985; Secc. 1ª, nº 57/1985; y Secc. 2ª, números 14/1983, 30/1984 y 81/1985.

b) cuando se prepara un zulo para esconder documentación de la organización, pero no se llega a comunicar su existencia a la banda, Sentencia de la Audiencia Nacional Secc. 1ª, nº 43/1985

También el Tribunal Supremo ha estimado la tentativa de delito de colaboración en algunas de sus Sentencia. ALVAREZ GARCÍA⁴²³ señala, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo nº 1940/2002, de 21 de noviembre [RJ 2002\10498] y nº 1086/2002, de 11 de junio [RJ 2002\7489]. También se refiere a la Sentencia 2/1997 [RJ 1997\8535] antes citada, pero ya hemos visto que dicha Sentencia considera que no cabe estimar dicha imperfección. Sin embargo, esta resolución sí que se refería por contraste a otras Sentencias del Tribunal Supremo que estimaban la frustración del delito de colaboración, señalando entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1984 [RJ 1984\6638].

Como puede comprobarse, no es pacífica la cuestión de la tentativa en el delito de colaboración con asociación terrorista. Por ello se dedica el siguiente epígrafe a considerar, con base en tales posiciones, si efectivamente puede o no sancionarse la tentativa de estos delitos.

⁴²² Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 212

⁴²³ Cfr. ALVAREZ GARCÍA, Javier (Dir.), *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, 2ª ED. Valencia 2007 Pág. 793

VIII.2.- Los actos preparatorios punibles del delito de colaboración con asociación terrorista. Ámbito de la tentativa y los actos preparatorios.

El artículo 579.1 del Código Penal castiga los actos preparatorios que, excepcionalmente, considera dicho texto legal en relación con los delitos de terrorismo: la provocación, la conspiración y la proposición. El ámbito de dichos actos preparatorios especialmente castigados lo constituyen todos los delitos de terrorismo previstos en los artículos 571 a 578 CP, sancionándose con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los mencionados artículos. Y puesto que el tipo de colaboración con asociación terrorista se contiene en el artículo 576CP, es evidente que el legislador considera punibles los actos que preparan la colaboración con asociación terrorista. Ya se indicó más arriba en este mismo trabajo que ello guarda relación y un evidente paralelismo con lo que sucede respecto del delito de integración en asociación terrorista (artículos 515.2 y 516 CP) prevista en el artículo 519 CP cuando sanciona también la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita, con idéntica disminución de la pena.

La doctrina científica que ha entendido, como también se vio, que el delito de colaboración con asociación terrorista sanciona únicamente actos preparatorios (CAMPO MORENO, MESTRE DELGADO, entre otros) estiman la imposibilidad de sancionar, a su vez, sus actos preparatorios. Y la razón es de pura coherencia sistemática pues, de lo contrario, se sostendría que cabría sancionar actos preparatorios de actos preparatorios, extendiendo la frontera de punición más allá de lo que resulta asumible. Sin embargo, la existencia del artículo 579.1 CP y la consideración del artículo 576 CP como uno de los preceptos respecto de los cuales cabe preparación delictiva merecen algún tipo de justificación. La solución que apuntan CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN⁴²⁴ pasa por considerar que se produce un concurso de normas: un concurso aparente entre dos preceptos que sancionan actos preparatorios (576

⁴²⁴ Los autores citados señalan, respecto del artículo 579 que « En segundo lugar, se sanciona aquí la provocación para cometer –entre otros- el delito de colaboración con banda armada del Art.576 CP. Técnicamente, en ellos se incluye recabar de otro tal colaboración, pero dicha situación se incluye también en el Art. 576 como forma autónoma de colaboración que resultará prevalente en aplicación del principio de alternatividad (Art. 8.4 CP)», en CORDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, Madrid, 2004,

y 579CP), debiendo resolverse dicho concurso aparente de normas a favor del primero, por aplicación del principio de alternatividad (Art. 8.4 CP).

La postura sostenida en este trabajo difiere sustancialmente de la indicada, por cuanto se entiende que las conductas descritas en el delito de colaboración con asociación terrorista son conductas propias del partícipe en el delito de asociación terrorista, elevándose a grado de autoría y sancionándose únicamente en el caso que dicha colaboración se traduzca en la realización de concretos hechos materiales de colaboración. De dicha consideración se sigue que, en efecto, cabe la punición de los actos preparatorios de la colaboración con asociación terrorista, por cuanto no se trata del castigo de actos preparatorios de actos preparatorios, sino de la preparación de actos de cooperación con asociaciones terroristas, pudiendo revestir únicamente las tres formas previstas en el Código Penal: conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista. En este sentido se disiente de la doctrina mencionada, resumida por CAMPO MORENO⁴²⁵, cuando entiende que «parece muy forzado pensar que el sistema penal pueda soportar la punición de la conspiración de un acto preparatorio, cuando ya, por sí mismo y por su propia naturaleza, es excepcional la punición de éstos». El autor en cita se refiere a la conspiración, pero lo mismo puede predicarse de la proposición y provocación delictivas. Se examinan a continuación cada uno de los tres supuestos apuntados:

VII.2.A.- Conspiración para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.

El artículo 17.1 CP desarrolla un concepto normativo de conspiración cuando señala que la misma existe cuando dos o más individuos se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Requiere, por tanto, la existencia de un concierto de voluntades dirigidas a la comisión del delito, en forma de pacto o convenio expreso, o bien de forma tácita, en *facta*

⁴²⁵ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 185.

*concludentia*⁴²⁶. Respecto de la misma, señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 556/2006, de 31 de mayo [RJ 2007\1676], que dicho acto preparatorio pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; existiendo además una consolidada jurisprudencia sobre la misma que afirma que «la conspiración constituye una forma de actos preparatorios del delito que no pertenecen aún a la ejecución misma y cuya criminalización ha de ser interpretada de forma restrictiva». Respecto de los requisitos esenciales de la misma, la citada sentencia entiende que para apreciar la conspiración «no es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta, con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso concreto». Concretando las exigencias del principio de presunción de inocencia, para este caso, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 2763/1992, de 16 de diciembre [RJ 1992\10302], en dos requisitos: «1º. Que acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieren para esa figura de infracción principal (en el caso presente el del Art. 174 bis a) antes examinado). 2º. Que acredite la presencia de los requisitos que el párrafo 1 del Art. 4º del C.P. exige en su definición de la **conspiración**, a saber, que dos o más individuos se pongan de acuerdo ("se concierten") para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo». Se refería la primera Sentencia citada a una realidad material y tangible exigida para considerar la conspiración que manifiesta la dificultad (no la imposibilidad) de apreciar la misma para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista, derivada de su doble naturaleza de delito de peligro abstracto y de mera actividad.

Esta dificultad es puesta de manifiesto, en relación con el tipo de colaboración con asociación terrorista, por la Sentencia del Tribunal Supremo 30 de enero de 1992 [RJ 1992\607], que resuelve la casación interpuesta frente a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 1990⁴²⁷, en la que se

⁴²⁶ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 178. En esta obra, CAMPO MORENO examina los actos preparatorios genéricamente previstos en relación con todos los tipos relacionados con el terrorismo.

⁴²⁷ También examina estas dos Sentencias CAMPO MORENO, en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 184 y SS. Sin embargo, consideramos que la mención hecha por el autor a la Sentencia

condenó a uno de los acusados como autor de un delito de colaboración con banda armada en grado de conspiración. El Tribunal Supremo evidencia la posibilidad de dicha conspiración en función del supuesto de hecho de que se trate, pero no deja escapar la ocasión para considerar que se trata de un supuesto de difícil acaecimiento⁴²⁸. En efecto, el Alto Tribunal entiende que resulta difícil concebir dicha posibilidad si se atiende a la limitada admisión de las formas imperfectas de ejecución. Una limitación que, desde la perspectiva aquí sostenida, es absoluta, por cuanto se entiende que no cabe estimar el delito de colaboración en grado de tentativa. Sin embargo, esta exclusión no produce el efecto *ipso facto* que excluya los posibles actos preparatorios de dicho delitos porque, al menos en teoría, estos pueden concurrir. Distinta cuestión será que, en la práctica, puedan presentarse supuestos a los que aplicar dicho tipo; derivándose tal dificultad práctica, sobre todo, de la difícil prueba que tiene la existencia de tal conspiración⁴²⁹. El Tribunal Supremo afirma que «castigar la conspiración, como modalidad de acto preparatorio consistente en una pluralidad de manifestaciones de voluntad coordinadas y orientadas todas ellas en una misma dirección delictiva, con referencia a esta clase de delitos de mera actividad y de peligro abstracto parece, si no imposible (esta Sala no se atreve a afirmar tal imposibilidad, como ya se ha dicho), sí al menos difícil». En relación con la citada Sentencia de 19 de junio de 1990, puede resultar interesante el hecho de que el Ministerio Fiscal en su intervención ante la Audiencia Nacional, solicitara para la conducta del sujeto sancionado por la misma, la condena como autor de un delito de colaboración en grado de tentativa. Cuestión ésta que desatendió el Audiencia Nacional,

del Tribunal Supremo (de fecha 16 de diciembre de 1992) es errónea. Se consigna aquí, pues, la Sentencia que trata el asunto de la posible conspiración en relación con unos miembros de Terra Iure.

⁴²⁸ La citada Sentencia considera que «si bien esta Sala no se atreve a negar de modo absoluto la posibilidad de que el delito de colaboración con banda armada se cometa en grado de conspiración, sí cabe poner de manifiesto las dificultades que existen al respecto con relación a un tipo de infracción penal de mera actividad y de peligro abstracto, como lo es el del Art. 174 bis a), 1, por el que fue condenado el recurrente».

⁴²⁹ Continúa señalando la anterior Sentencia señalando que « Parece difícil estimar que en esta clase de delitos, que raramente admitan formas imperfectas de ejecución como ha dicho esta Sala (sentencia de 24-2-86), sea posible castigar la conspiración definida en el Art. 4 del C.P., la cual, como forma genérica de punición en relación en principio con toda clase de delitos, se encuentra desprestigiada en la doctrina y en claro retroceso en las legislaciones positivas, de lo que es muestra su desaparición en el Proyecto de Código Penal de 1.992 que ahora se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados, pues su Art. 14 sólo prevé el castigo penal de la conspiración , proposición o provocación en los casos especialmente previstos por la Ley».

condenando por el acto preparatorio señalado⁴³⁰. Se pone, así, en conexión el hecho de que una misma conducta pueda ser calificada como tentativa de colaboración o como conspiración para cometer el delito de colaboración. Desde el punto de vista aquí sostenido, resulta más coherente la asunción de la postura observada por la Audiencia Nacional estimando los hechos como constitutivos de un acto preparatorio. Y ello con independencia de que posteriormente el Tribunal Supremo absolviera a tal individuo; pero no porque no cupiera dicha postura, sino porque el citado tribunal entiende que no concurría uno de los requisitos para apreciar la conspiración, cual es la constancia de la resolución delictiva.

La conspiración exige, ex Art. 17.1 CP y como nota definitoria, la de la pluralidad. No puede existir una conspiración de un solo individuo. Y, en este sentido, es interesante poner en relación dicha nota con el hecho de que en los delitos cometidos por los integrantes también existe un factor esencial de pluralidad: el fenómeno asociativo ilegal de carácter terrorista. Esta concurrencia del requisito de pluralidad, tanto en la conspiración como en los delitos de los integrantes, supone una nueva dificultad para el deslinde de la conspiración para la colaboración y la pertenencia. En efecto, esta distinción puede resultar clara en un plano abstracto; pero será caso por caso, y examinando los supuestos concretos dónde surgirán duda razonables sobre la subsunción de los mismos en una u otra figura. Estas dudas, lógicamente, deberán disiparse con la prueba y los criterios que más adelante se examinarán para la distinción entre los tipos de integración y los de colaboración.

VII.2.B.- Proposición para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.

También es el artículo 17 CP, en su apartado 2, el que aporta un concepto normativo de proposición, entendiendo que la misma existe cuando el

⁴³⁰ « Así lo revela la ambigüedad con que se expresa el relato de hechos probados, el cual en uno de los supuestos que narra con relación a Baltasar , el referido a Plácido , ni siquiera puede precisar qué acto de ayuda se propuso y aceptó, mientras que en el otro, el concerniente a Valentín " Cabezón ", se habla dudando si hubo, bien una acción de traslado de un lugar a otro, bien una conducta consistente en antecederle para avisar de posibles controles policiales, sin que ninguno de tales auxilios llegara a realizarse (por eso se condenó por conspiración , y no como delito consumado, ni siquiera por tentativa, que es como había acusado el Ministerio Fiscal)».

que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otros individuos a ejecutarlo. El Tribunal Supremo se ha referido a la proposición en sus Sentencias nº 1994/2001, de 29 de noviembre⁴³¹ y 1145/2006, de 23 de noviembre [RJ 2007\583], entre otras, examinando pormenorizadamente la institución antedicha. Respecto de la misma, la segunda de las Sentencias concluye que «la invitación ha de ser precisa, concreta, convincente y persuasiva resultando intrascendente para la existencia de la proposición que la invitación era aceptada por el destinatario o destinatarios de la misma». Y además entiende que es exigible «en el proponente la resolución firme de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la materialización y a tal fin invita a otro u otros individuos a que colaboren en la plasmación del proyecto, justificando la impunidad en supuestos de proposición no seguida de ejecución, en los que el proponente descarta de antemano la intervención ejecutiva en el hecho criminal propuesto». Y respecto de su fundamento, la primera de las Sentencias citadas entiende que se trata de un tipo con desvalor de acción (el propósito de cometer un delito, llegando al extremo de invitar a terceros para su perpetración); como con desvalor de resultado, en la medida en que se ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por los tipos que se pretende cometer⁴³².

Del mismo modo que es difícil encontrar un supuesto de conspiración para cometer el delito de colaboración, lo mismo sucede en relación con la proposición. Teóricamente es posible y podría darse en los supuestos de invitación a colaborar con una asociación terrorista realizado por un *extraneus* a la organización, pues ha de recordarse que sólo estos pueden ser sujeto activo idóneo del delito de colaboración. Son supuestos que podría ser considerados por quienes sostienen la admisibilidad la imperfección delictiva, como supuestos de tentativa. Así, cabría imaginar que un individuo se ha

⁴³¹ Dicha Sentencia no ha sido encontrada en el repertorio de jurisprudencia Aranzadi, pero sí otra con idéntico texto: Sentencia del Tribunal Supremo nº 1113/2003, de 25 de julio [RJ 2003\6058]

⁴³² Concretamente, dice CAMPO MORENO en relación su referenciada Sentencia del Tribunal Supremo nº 1994/2001, de 29 de noviembre señala que «en definitiva, tanto el desvalor de la acción, en lo que supone el propósito mismo de que un delito se cometa llegando a invitar a tercera persona para su ejecución, como el del resultado, con el peligro evidente y efectivo de que el ilícito llegue en realidad a cometerse, justifican plenamente la previsión legal y el castigo para esta clase de conductas, en especial en los casos de atentados contra los más importantes bienes jurídicos y, por ende, más dignos de intensa protección, como es el caso paradigmático de las infracciones contra la vida».

decidido a colaborar con la asociación terrorista e invita a otros individuos a desarrollar dicha labor auxiliar pero de una forma levísima y sin que exista una realidad estructural que acompañe de la suficiente seriedad a la invitación. Con todo, es evidente que la frontera entre tales actos de colaboración consumados o como actos preparatorios es sumamente difusa, y habrá que estar al supuesto concreto que pudiera plantearse.

VII.2.C.- Provocación para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista.

Por último, el artículo 18 CP regula la provocación, considerando que la misma existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de individuos, a la perpetración de un delito. En el segundo párrafo del mencionado artículo realiza el legislador una interpretación auténtica del concepto de apología, entendiendo por tal la exposición, ante una concurrencia de individuos o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. Añadiendo que si la provocación fuera seguida de la perpetración del delito, la conducta observada por el sujeto será castigada como inducción, y no como un mero acto preparatorio, según el último inciso del artículo 18.2 CP. Sobre la provocación señala el Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002 que se trata de un supuesto de «incitación directa a la perpetración de un delito».

Lo mismo que se indicó en relación con la proposición debe ahora extenderse a la provocación, en cuanto a su dificultad práctica, pero no teórica. De este modo, habrá que pensar en la posibilidad de que un *extraneus* pueda exponer, ante una concurrencia de individuos o por cualquier medio de difusión, ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor; pero con la limitación prevista por el Código de que dicha apología sólo será delictiva si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito. La dificultad práctica, en este caso, para apreciar un

supuesto de apología como acto preparatorio de un delito de colaboración será doble:

- 1.- De un lado, la fricción que dicho tipo penal tiene siempre con la libertad de expresión consagrada constitucionalmente.
- 2.- Y de otro, la lógica precaución de aquellos sujetos que, albergando en su fuero interno el deseo de colaborar con una asociación terrorista (en todo caso impune), lo hace con el suficiente cuidado como para que sus expresiones no puedan nunca interpretarse como una incitación directa a la colaboración con asociaciones terroristas.

Podría decirse, finalmente, que todos los actos preparatorios punibles en relación con los actos de colaboración tienen un carácter marcadamente proselitista, para la captación de sujetos que puedan desarrollar labores de colaboración. Un carácter especialmente patente en el caso de la provocación y la proposición a cometer estos delitos, en los que el colaborador se dirige a terceros precisamente para recabar de ellos actos de colaboración. Como se puede comprobar, la acción en sí misma (recabar actos de colaboración) sería tipificable directamente como actos de colaboración. Sin embargo, para su apreciación como simples actos preparatorios dicha conducta deberá observarse sin que exista una conducta material de colaboración, limitándose a exponer el deseo de contar con determinados individuos para que colaboren con las asociaciones terroristas (proposición); o bien incentivando a terceros para que observen dicha conducta (provocación), cumpliéndose en este último caso los requisitos previstos por el artículo 18 CP.

VII.3.- La tentativa del delito de colaboración.

Como se indicó más arriba en este trabajo, el delito de colaboración examinado es de mera actividad, concluyendo que el delito de colaboración con asociación terrorista consumado y en grado de tentativa acabada coinciden, porque ambos consisten en la realización por parte del autor de la conducta descrita en el tipo. También se puede expresar señalando que lo fundamental de dichos tipos es la ausencia de resultado naturalístico, más allá del perfeccionamiento físico de la acción que dicho tipo describe. Resultado naturalístico que, en nuestro caso, se identifica con la utilidad o provecho que

potencialmente puede tener la conducta de colaboración. Se trata, como decía MUÑOZ CONDE de que «independientemente de que la organización se beneficie de la conducta colaboradora», se cometa el tipo del artículo 576 CP, en su vertiente objetivo-subjetiva «con independencia de que esta última haya sido o no efectivamente útil para la organización». Atendiendo a este carácter del delito de colaboración, de lo señalado por la doctrina científica y la jurisprudencia podrían barajarse dos opciones enfrentadas:

VII.3.A.- Admisibilidad excepcional de la tentativa.

En primer lugar, puede estimarse de una forma muy restringida la existencia de la tentativa en los actos de colaboración si se entiende que la consumación y la tentativa se identifican en los tipos de mera actividad cuando se produce la simple realización de los hechos descritos. Ello implica, necesariamente, atender a los hechos descritos y, en especial, a los verbos nucleares del tipo, para poder considerar si cabe la imperfección delictiva. Es decir, si tratándose de delitos de mera actividad, los hechos descritos por el tipo describen una acción que requiere alcanzar un determinado aporte material para que se pueda considerar que dicho verbo se ha conjugado por el sujeto activo. Para dicho análisis es necesario atender a los verbos empleados por el tipo del artículo 576 del Código Penal:

a) General:

Los verbos empleados en el artículo 576.1 del Código penal son: llevar a cabo, facilitar y recabar, en los tres casos, actos de colaboración. CAMPO MORENO⁴³³ entiende que respecto de los dos primeros, para que se considere conjugado por el sujeto activo el verbo típico, es decir, para que alguien lleve a cabo o facilite actos de colaboración «es necesario que el comportamiento del autor implique un **aporte positivo** a las acciones que sirven al mantenimiento de las organizaciones», de donde deduce que en el caso de estos dos primeros verbos típicos cabría la tentativa en el caso de que no se produjera dicho aporte positivo. De este modo, en el caso de los comandos informativos, no sería suficiente la simple realización de las actividades de vigilancia y redacción

⁴³³ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 84

de informes, sino que además se requeriría ese determinado aporte positivo, consistente en que tales informaciones fueran puestas a disposición de la asociación terrorista, con independencia de que la misma fuera o no utilizada por la misma. Por el contrario, la acción de recabar actos de colaboración «se consume con la sola petición» y, por lo tanto, no es susceptible de imperfección delictiva porque no existe solución de continuidad: en cuanto se realiza la petición de ayuda se produce la consumación.

Otros verbos de carácter general son los empleados por la cláusula genérica de ampliación que contiene el artículo 576.2 párrafo primero del Código penal, a saber: cooperar, ayudar y mediar. Puede realizarse un examen conjunto de los tres verbos, en la medida en que todos ellos exigen, desde la perspectiva examinada, un aporte positivo o engarce con la asociación terrorista para que pueda considerarse el delito consumado. La conducta de quien coopera, ayuda o media con carácter equivalente, de cualquier otra forma distinta a las recogidas expresamente, parece exigir ese plus de actividad que supone el engarce con la asociación terrorista porque, de otro modo, sería difícil determinar la propia tipicidad de la conducta delictiva.

b) En el caso de los verbos nucleares de las conductas específicas recogidas en el artículo 576.2 del Código Penal, lo destacado en el anterior párrafo alcanza una mayor concreción. Debe examinarse, pues, a la luz del engarce o aporte positivo requerido, cada uno de los verbos que se contienen en el párrafo primero del artículo 576.2:

Informar. Parece que se trata del verbo que más claramente exigiría, desde la perspectiva ahora examinada, el aporte positivo a la estructura de la banda. De este modo, y en consonancia con lo indicado en los ejemplos anteriores, no cabe estimar consumado el delito hasta el momento en que la información recogida es entregada, efectivamente, a la asociación terrorista o, en su caso, ésta no alcanza su destino por razones ajenas al autor: intervención policial, etc.

Vigilar. La conducta consistente en vigilar individuos, bienes o instalaciones, al contrario que la anterior, no parece exigir engarce alguno con la asociación terrorista. Probablemente porque dicha vigilancia está preordenada a la

información que se pueda conseguir fruto de aquella. Pero tal cuestión no es un requisito típico, de modo que el sujeto que vigila los objetivos señalados, pudiendo demostrarse la concurrencia del ánimo de colaboración será autor de un delito de colaboración con asociación terrorista consumado, sin que quepa tentativa.

Construir. Del mismo modo que en el anterior supuesto, la construcción de alojamientos o depósitos tampoco exige como requisito típico que exista engarce alguno con la asociación terrorista auxiliada. Es decir, no cabe entender que se requiera una efectiva puesta a disposición de lo construido, porque dicha puesta a disposición no se deriva de la mención legal. El mismo análisis puede predicarse de los verbos típicos *acondicionar* y *utilizar*.

Ceder. En este caso, sin embargo, parece que sí se requiere el elemento translativo de la colaboración, de modo que no quedaría consumado el delito sino hasta el preciso momento en que se produce la cesión del alojamiento o depósito. Se trata de supuestos en los que tales elementos se encuentran ya contruidos, limitándose el sujeto activo a ceder los mismos a la asociación terrorista.

Ocultar sujetos vinculados. Respecto de la ocultación de sujetos, debe también rechazarse la posible existencia de tentativa, por cuanto el tipo se consume con el hecho de comenzar la ocultación del sujeto vinculado a la asociación terrorista. No existe solución de continuidad, en dicho comportamiento, que permita justificar la existencia de tentativa.

Trasladar sujetos vinculados. En cuanto al traslado, sin embargo, sin que podría pensarse en un íterin que transcurriría desde el momento en que el sujeto activo decide realizar el traslado y el momento en que se comienza a efectuar el mismo. Por lo tanto, podría pensarse que ese espacio de tiempo que media desde que el sujeto decide realizar el transporte y el momento en que da comienzo la traslación del sujeto vinculado podría ser conceptualizado como propio de la tentativa.

Organizar prácticas de entrenamiento. La organización de tales prácticas, al contrario que los verbos anteriores, implica la realización de una multiplicidad de labores de coordinación conducentes a la organización de las mismas. Una multiplicidad de actuaciones que, no obstante, es ordenada y cuya suma da lugar a la práctica del entrenamiento. De ahí que podría pensarse en la

tentativa de delito cuando el sujeto activo desarrolla algunas de esas conductas, pero no todas; no pudiendo celebrarse tales prácticas de entrenamiento como consecuencia de no concurrir todas conductas conducentes a su celebración.

Asistir a prácticas de entrenamiento. Al contrario que la conducta anterior, la asistencia a prácticas de entrenamiento no parece exigir para su realización una multiplicidad de conductas ni tampoco un cierto engarce con la asociación terrorista. De hecho, podría decirse que tal engarce o aporte positivo va de suyo en la acción de asistir a las prácticas, ya que en las mismas se va a adquirir una experiencia determinada para la realización de labores de colaboración que pueden conducir, en su caso, a la futura integración del colaborador en la asociación terrorista.

Se ha venido haciendo referencia constante a las nociones de aporte positivo y engarce, como sinónimos. Debe tenerse en cuenta que estas nociones son propias de CAMPO MORENO y MESTRE DELGADO, respectivamente. A lo que CAMPO MORENO llama aporte positivo lo denomina MESTRE DELGADO “engarce con la organización”, es decir, que la actividad de colaboración no sólo se desarrolle por parte del colaborador sino que la misma llegue a tener un engarce real con la asociación terrorista.

Desde el punto de vista sostenido en este trabajo, parece que es un requisito no exigido por el tipo; una restricción doctrinal inaceptable si se tiene en cuenta que dicho engarce supone una vinculación con la asociación que está en contradicción con la esencia del delito: el castigo de actos de colaboración por el *extraneus*, sin que exista conexión con la realidad asociativa ilícita. Es más, el contenido de antijuridicidad se cifra en el castigo de quien desarrolla los actos de colaboración por el simple hecho de desarrollarlos, sin que sea decisivo que la asociación terrorista intervenga más que como un tercer sujeto con el que se colabora.

VII.3.B.- Inadmisibilidad de la tentativa.

En segundo lugar se abre otra posible interpretación, coincidente con la sostenida por CORDOBA RODA y GARCÍA ARÁN⁴³⁴, según la cual el delito de colaboración con asociación terrorista no puede ser sancionado en grado de tentativa porque la simple realización dolosa de los hechos descritos en el tipo equivale a su completa ejecución. De este modo se desconecta la colaboración de resultado alguno, siendo indiferente que la organización se sirva de dicha colaboración o no, bastando la idoneidad y potencial eficacia del acto de colaboración para poder considerar consumado el tipo. Así, por ejemplo, un sujeto que ha recogido información sobre un posible objetivo terrorista, elaborando un informe y que no ha llegado a ser enviado a la asociación terrorista por la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad, sea condenada como autor de un delito de colaboración con asociación terrorista. Cuestión ésta que puede suscitar cierta sorpresa. Pero se trata de una perplejidad que debe ceder ante dos razones:

1.- La primera y fundamental es que, como ya se ha indicado, la conducta de colaboración se consume con independencia de la utilidad que dicho acto tenga para la asociación terrorista. En el caso de la información, poco importa que el informe redactado por el colaborador llegue a manos de un activista que lo estime inútil y lo arroje a la papelera; o que dicho informe no salga del domicilio del colaborador: en ambos casos, el acto de colaboración se ha perfeccionado, alcanzando su contenido propio de antijuridicidad.

2.- Y en segundo lugar, porque no debe confundirse la consumación con el simple perfeccionamiento físico de la acción. Perfeccionamiento que supone, por ejemplo, que la información redactada por el colaborador llegue a manos de la asociación terrorista, con independencia de que dicha información sea luego utilizada o, simplemente, archivada sin ulterior utilidad. Se trata, por tanto, de un perfeccionamiento físico que no influye en el contenido de antijuridicidad del delito de colaboración con asociación terrorista, consumado con la simple realización del hecho típico.

⁴³⁴ Cfr. CORDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, Pág. 2623

Examinadas ambas posibilidades, parece que la opción más acertada es la segunda, descartando la existencia de tentativa en los delitos de colaboración con asociación terrorista. En especial, porque se entiende que el “engarce” o “aporte positivo” al que se refiere la primera postura se englobaría en lo que se ha denominado “simple perfeccionamiento físico”, que en nada afecta a la consumación anticipada o instantánea que corresponde al delito de colaboración con asociación terrorista, en tanto que delito de simple actividad. Ahora bien, es cierto que pueden plantearse determinados supuestos en los que se dude de la concurrencia efectiva del acto de colaboración en concreto. Dichos supuestos se producirán, por ejemplo, cuando la peligrosidad de dicha conducta esté alejada del peligro abstracto configurado en los actos de colaboración. Se tratará de supuestos en los que, generalmente, la lejanía de la producción del peligro, aún abstracto, será indicativa de que nos encontramos en presencia de actos preparatorios del delito de colaboración con asociación terrorista, en cuyo caso habrá de aplicarse lo previsto en el artículo 579.1CP en relación con el artículo 576 del mismo texto legal, a cuya cuestión se dedica el siguiente subepígrafe.

CAPÍTULO IX. RÉGIMEN CONCURSAL Y DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES.

Se examinan, a continuación, supuestos problemáticos que pueden plantearse en relación con el delito de colaboración con asociación terrorista. Y se hace por separado, distinguiendo los supuestos de concursos de normas, esto es, aquellos supuestos en los que existe alguna dificultad para considerar si se trata de supuestos de colaboración o figuras periféricas; de aquellos otros que la jurisprudencia y la doctrina han entendido más comunes en materia de concursos delictivos en relación con la colaboración con asociación terrorista.

IX. 1.- Concurso de normas

IX.1.A.-El delito de amenazas terroristas (Art. 170.2 CP)

El artículo 170.2 del Código Penal castiga a quienes, para atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo

social o profesional, o a cualquier otro grupo de seres humanos, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, siempre que dicha reclamación tenga la gravedad necesaria para conseguirlo, con la pena de prisión de seis meses a dos años.

La posibilidad de considerar este tipo en relación con la colaboración con asociación terrorista es traída a colación por MORAL DE LA ROSA⁴³⁵ cuando examina el carácter material de los supuestos de colaboración, descartando los supuestos de colaboración espiritual que deberán examinarse en los supuestos de apología. Se suscita la siguiente e interesante cuestión: aquel individuo que públicamente reclama, con la gravedad necesaria, la perpetración de atentados con clara intención de amedrentar a un determinado colectivo social ¿es un colaborador con organización terrorista? Evidentemente la gravedad con la que tiene que emitirse dicha reclamación está conectada necesariamente con la trascendencia que el sujeto en cuestión tiene para la asociación terrorista a la que se dirige. Por esta razón, habrá que examinar, en primer lugar, si se trata de un *intraneus* o un *extraneus* a dicha asociación ilícita:

a) Si se trata de un *intraneus*, en principio, habría que descartar la aplicación del tipo de colaboración con asociación terrorista. Ya se indicó al tratar los requisitos del sujeto activo que sólo el *extraneus* puede ser sujeto activo del delito de colaboración.

Sin embargo, la conducta del *intraneus* que reclama la acción castigada por el artículo 170.2 CP plantea una serie de variantes que es preciso aclarar previamente. Tal conducta podría subsumirse:

1.- En primer lugar, como una conducta prevista en el propio artículo 170.2 CP.

2.- Pero también podría entenderse que se trata de una conducta propia del artículo 574 del Código Penal, que sanciona a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos

⁴³⁵ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos ...*, Pág. 221: « Salvedad hecha de las amenazas del artículo 170 del Código Penal cometidas por bandas armadas, en las que la figura, como veremos, del “reclamo público” como forma de provocación, tendría cabida por la vía de este artículo consecuencia del principio de especialidad, a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, precepto que es modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de sustituir la pena prevista para este delito, el arresto de fin de de semana o multa por la de prisión de seis meses a dos años».

terroristas, cometan cualquier otra infracción distinta a las previstas en los artículos 571 a 573 del Código Penal –incluido el artículo 170- con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571.

3.- E incluso podría plantearse la subsunción dentro del artículo 572.1 3º CP, que castiga con una pena de prisión de diez a quince años a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo 571 CP, amenazaran a un individuo.

A primera vista, la segunda de las opciones debe descartarse por la propia existencia del artículo 572.1 3º CP, en virtud del principio de especialidad previsto en el artículo 8.1CP; sin embargo, como se verá, esta afirmación sólo es parcialmente cierta. Pero quedan en vigor, sin embargo, las otras dos opciones apuntadas. La distinción entre ambos tipos no atiende al juego de los principios previstos para la resolución del concurso de normas, sino que atiende a los propios requisitos del cada uno de los tipos, según la interpretación jurisprudencial que sobre el mismo existe. A tal efecto es de obligada mención la famosa Sentencia del Tribunal Supremo nº 149/2007 de 26 febrero [RJ 2007\948]; cuya fama se deriva de ser la última de las condenas impuestas al tristemente famoso terrorista de ETA, Iñaki de Juana Chaos por sendas cartas (tituladas "El Escudo" y "Gallizo") publicadas en el diario Gara. En efecto, dicha Sentencia entiende que la diferencia esencial entre los tipos previstos en el artículo 170 CP y el de amenazas terroristas del artículo 572.1 3º CP está en el sujeto pasivo amenazado, ya que si se trata de un individuo concreto, será de aplicación el último precepto citado; mientras que si lo es un colectivo, será de aplicación el artículo 170.1 CP⁴³⁶.

En suma, el *intraneus* que amenaza podrá incurrir en una de estas conductas:

1.- Si se trata de una amenaza directa:

a) Será autor de un delito de amenaza terrorista previsto en el artículo 572.1 3º CP, si el amenazado es un individuo concreto.

⁴³⁶ El Tribunal Supremo señala que « (...) no hay amenazas a **una persona**, como exige el Art. 572.1.3º, sino a grupos de personas, delito definido en el Art. 170 CP . Incluso el apartado c) de la exposición de motivos de la LO 2/1998, que dio una nueva redacción a este último artículo, nos dice que las amenazas terroristas dirigidas **a colectivos** se encuadran en este Art. 170». El subrayado y la negrita no están en la Sentencia.

b) Será autor de un delito de amenazas (terroristas) previsto en el artículo 170.1 CP, si el amenazado es un colectivo.

2.- Si se trata de una amenaza indirecta, es decir, en la forma prevista por el artículo 170.2 CP, será autor de un delito previsto en el artículo 574 del Código Penal, en relación con el ya mencionado 170.2 CP por aplicación del principio de especialidad. Se entiende ahora por qué se indicó que la exclusión de dicho precepto sólo era parcial. En efecto, el artículo 574 CP no tiene aplicación si concurre un supuesto de amenazas terroristas a un individuo concreto; pero sí que la tiene cuando se trata de una amenaza a un colectivo indeterminado, por aplicación del principio de especialidad (Art. 8.1º CP).

b) Si se trata de un *extraneus*.

Descartado el *intraneus* como sujeto activo de la conducta prevista en el artículo 170.2 CP, parece evidente que habrá de ser un *extraneus* el castigado por dicho precepto. Como puede apreciarse, el supuesto típico del artículo 170.2 CP no es exactamente una amenaza directa sobre un colectivo, como sí lo es el artículo 170.1 CP; sino que se trata de una amenaza indirecta, en la medida en que se reclama la actuación de la asociación terrorista, ajena a quien reclama la perpetración de la misma. Resulta interesante considerar que si bien «las amenazas terroristas dirigidas a colectivos», según el Tribunal Supremo en la Sentencia antes citada, «se encuadran en este Art. 170 CP»; lo cierto es que la mención a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas sólo se contiene en el número dos de dicho artículo. No obstante, la propia Sentencia señala que es el apartado c) de la exposición de motivos de la LO 2/1998, que modificó dicho precepto, el que «nos dice que las amenazas terroristas dirigidas a colectivos se encuadran en este Art. 170»⁴³⁷, concretamente en su apartado 1º.

A la amenaza indirecta que supone el artículo 170.2 CP se refiere también la Exposición de Motivos de la LO 2/1998⁴³⁸, que fue la que introdujo el tipo en

⁴³⁷ El número III letra c) de la Exposición de Motivos de la LO 2/1998 de 15 de junio señala que la innovación del artículo 170 obedece a «la ampliación del ámbito de personas protegidas **frente a las amenazas terroristas(...)**» Pretendiéndose con la reforma «detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto, especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo, y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza»

⁴³⁸ Exposición de Motivos de la LO 2/1998 de 15 de junio, III, letra d)

el Código Penal. En la misma se señala que la creación de este segundo apartado «se sanciona el reclamo público» de las acciones violentas previstas, tratando de «cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico)». Este espacio intermedio acerca notablemente el tipo del artículo 170.2 CP al supuesto del artículo 576 del Código Penal, en cuanto supone un acto de colaboración con la asociación terrorista reclamar su actuación para atemorizar a los colectivos mencionados. La Exposición de Motivos señalada indica que si bien respecto de «(...) actos de desórdenes públicos, violencia callejera, intimidaciones y amenazas (...) el Código Penal otorga a la sociedad protección suficiente» ello no puede afirmarse respecto de «algunos comportamientos genéricos de intimidación que se llevan a cabo mediante el anuncio o reclamo de actuación de grupos terroristas, intimidaciones que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología, sin corresponderse estrictamente con ninguna de estas figuras delictivas». Como se ve, tanto la consideración de los hechos castigados en el artículo 170.2 CP como “comportamientos genéricos” en relación con grupos terroristas ajenos al sujeto que reclama la actuación y su ubicación técnica cercana a la apología suponen una evidente situación en el entorno de los delitos de colaboración con asociación terrorista cometidos por el *extraneus* a tal asociación.

Pugna contra la consideración de lo previsto en el precepto indicado como colaboración ex artículo 576 CP una razón esencial: el carácter material de los actos de colaboración frente al carácter espiritual del artículo 170.2 CP. La cercanía del tipo a la apología y su carácter espiritual hacen del tipo previsto en el artículo examinado una conducta de colaboración con la asociación terrorista indirecta, si se quiere, pero muy alejada de las conductas de colaboración *stricto sensu* que sanciona el artículo 576 CP. Por ello, también resulta de aplicación el criterio de la especialidad, que ya se trajo a colación, para considerar a quien reclama la actuación de asociaciones terroristas, con las finalidades prevenidas en el artículo 170.2 CP, como autor que infringe dicho precepto, deviniendo inaplicable el artículo 576 CP en tal situación.

IX.1.B.-La pertenencia a asociaciones terroristas (Aras. 515 2º y 516 CP)

Los problemas de distinción que se plantean en relación con la posible consideración de una conducta típica como constitutiva de colaboración o integración en banda armada giran en torno a una única idea esencial: la dicotomía *intraneus/extraneus*. Ya se dijo antes que sólo el *extraneus* puede ser sujeto activo del delito de colaboración, en contraposición con el de integración en la asociación, que exige la pertenencia del sujeto activo a la misma como promotor, director o integrante. Ilustra este hecho de forma muy clara la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1127/2002, de 17 de junio [RJ 2002\8925], cuando señala que «el acento jurídico-penal debe residenciarse en la pertenencia a esa organización, estructurada, jerarquizada, movida por fines criminales, más que en los propios actos de colaboración, pues en éstos, cualquier acto es constitutivo de delito, pero como faceta negativa, se exige la inexistencia de vínculo con aquella organización». CAMPO MORENO reconoce que si bien la distinción doctrinal entre las conductas examinadas no parece demasiado difícil; no lo es tanto cuando se desborda el estricto enfoque doctrinal con los supuestos de la realidad práctica.⁴³⁹ Los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han encontrado para realizar el deslinde entre ambas figuras delictivas pueden sistematizarse del siguiente modo:

1.- Por su distinta ubicación sistemática.

En efecto, basta comprobar que ambos tipos pertenecen a Títulos diferentes del Código Penal, para dar una cierta idea de la distinción existente entre ambos tipos en relación al bien jurídico protegido⁴⁴⁰.

Este argumento, no obstante, parece endeble si se considera que las conductas típicas previstas en el artículo 576 CP son conductas de participación en los delitos de integración, como ya se sostuvo más arriba. Este origen de ambos tipos, a salvo las distinciones indicadas en su momento,

⁴³⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 78

⁴⁴⁰ CAMPO MORENO se refiere a la distinta ubicación haciéndose eco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989: «El Tribunal Supremo habla de distinta ubicación de ambos delitos (...)» CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 78

implican que el criterio sistemático no arroje ningún resultado positivo en la tarea de identificar los límites de ambas figuras.

2.- Por los caracteres de la conducta observada.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que la configuración de una conducta como subsumible en el tipo de integración o en el de colaboración depende del carácter de la colaboración que se presta, en sentido genérico, atendiendo a sus caracteres⁴⁴¹. Desde este punto de vista se sostiene que lo determinante para la configuración de la conducta señalada son dos caracteres esenciales, siendo común a ambas la voluntariedad:

a) En relación a los actos propiamente dichos, su consideración en la sucesión temporal. Desde este punto de vista, son actos de colaboración aquellos caracterizados por su carácter esporádico; mientras que serían actos reveladores de la integración del sujeto activo en la asociación terrorista aquellos que denoten una cierta permanencia, una habitualidad constante en el tiempo⁴⁴². Este carácter hace muy interesante la ya señalada configuración del delito de colaboración como delito de tracto sucesivo, pero no como delito permanente⁴⁴³. Y es que, en efecto, mientras que el delito de integración es de carácter permanente, creando un estado de antijuridicidad continuo; la colaboración, restringida a la sanción de sus concretos actos, sólo puede considerarse de tracto sucesivo, ya que se entiende que una colaboración

⁴⁴¹ Esta es la idea que late en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989, aunque en la misma se refiere al derogado artículo 174 bis a): « En efecto, la pertenencia a banda armada, tal y como aparece definida en el artículo 174 bis a) (...) se corresponde con aquellos comportamientos en los cuales hay una pluralidad de actos de auxilio y cooperación con la organización que acreditan y son expresión de una integración en la estructura jerárquica de la misma. Por el contrario, esa pluralidad y permanencia no se exigen en el delito de colaboración del apartado b) del mismo artículo pues basta para esta última figura delictiva por lo que ahora interesa, facilitar alojamientos o locales que favorezcan la realización de las actividades de cualquier clase de tales bandas o grupos armados».

⁴⁴² Así, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, Madrid, 2007, Pág. 1093: « (...) la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, determina la integración mientras que la episódica o eventual colaboración conduce al delito sancionado en este Art. 576 CP (...)».

⁴⁴³ A dicho carácter se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo nº 918/2004, de 16 julio invocando otra Sentencia del mismo tribunal en los siguientes términos: «la integración en banda armada constituye una categoría de delitos de los que se denominan permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica».

puede estar integrada por distintos actos (en sentido naturalístico) pero integrantes de un solo acto de colaboración a efectos punitivos⁴⁴⁴. Por ejemplo: no cabe estimar que existen varios delitos de colaboración por el hecho de que la asistencia se preste en distintos momentos temporales. En tal caso, lo determinante es la atención unívoca del auxilio prestado en atención a una concreta actuación, sin que exista vínculo del sujeto con la asociación terrorista. Es más, si la colaboración se extendiera en el tiempo, de tal forma que ya no pudiera sostenerse el carácter esporádico del auxilio por el gran número de hechos de que se integra, sería un claro indicio de que ya no puede hablarse de colaboración, sino de simple integración en la asociación. Así lo reconoce, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1127/2002, de 17 de junio [RJ 2002\8925], reconociendo al elemento temporal la gran importancia que tiene a efectos de configurar la conducta como de colaboración o integración. Indica la citada Sentencia que «la diferencia, pues, entre ambos preceptos no puede ser otra que el grado de integración en la organización terrorista, esto es, la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, ha de determinar la integración, y la episódica o eventual colaboración, el delito sancionado en el Art. 576 del Código Penal, que específicamente se refiere a “cualquier acto de colaboración»⁴⁴⁵.

b) En relación con el autor de los actos, su encuadramiento en la estructura jerárquica de la organización. Este aspecto está directamente relacionado con el sujeto activo del delito de colaboración con asociación terrorista (*extraneus* por definición), remitiéndonos a su correspondiente capítulo en aras de brevedad. Baste recordar que, en efecto, es determinante

⁴⁴⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo nº 918/2004, de 16 julio señala que «en el delito de colaboración con banda armada, su consumación puede producirse (...) con un sólo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, su consideración, a efectos punitivos, puede llevarnos a integrar esa conducta en una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de sus actividades de colaboración que venía prestando». Se disiente de la consideración de delito permanente que sostiene aquí el Tribunal Supremo, porque a lo que en realidad se está refiriendo es al hecho de que una serie de conductas puede constituir (jurídicamente) una unidad a efectos punitivos, sin que ello implique la configuración del artículo 576 CP como delito permanente, ya que éste no genera una situación antijurídica permanente al estilo del integración. En el mismo sentido CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, 2ª Ed, Valencia, 2006, Pág. 1359, que cita dicha Sentencia.

⁴⁴⁵ A dicha Sentencia se refiere también MORAL DE LA ROSA, haciendo mención especial del aspecto temporal. Cfr. MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos penales ...*, Pág. 220

para la consideración de un sujeto como *extraneus* a la asociación terrorista su falta de encuadre jerárquico en la asociación auxiliada, esto es: la absoluta carencia de dependencia orgánica del sujeto en cuestión en relación con la asociación. La antes citada Sentencia del Tribunal Supremo 1127/02 de 17 de junio [RJ 2002\8925], hace especial referencia de este hecho, cuando examina el tipo de integración resaltando en él sus dos requisitos esenciales: como sustrato primario, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista; y en segundo lugar, el sustrato subjetivo, que supone la pertenencia o integración, al requerir «un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración». Actos de colaboración que, precisamente «por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo»; y lo señala claramente la Sentencia del Tribunal Supremo nº 897/2004 de 15 julio [RJ 2004\5603], cuando afirma que «el delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (artículo 515.2 y 516 CP) implica la condición de miembro o integrante de la misma».

Este hecho hace que, como la Sentencia que se viene citando expresamente concluye, «aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el Art. 576 del Código Penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma, realizan tales acciones deben ser sancionados conforme al Art. 516 del Código Penal, salvo que tales actos sean «per se» constitutivos de otro ilícito penal, lo que producirá un concurso delictivo».

3.- Por el significado de la conducta para la asociación terrorista.

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 4ª, nº 12/2003 de 1 de abril [JUR 2004\262310], expresa de forma inmejorable a qué se refiere este último criterio de deslinde cuando señala que la diferencia entre integración/pertenencia y la simple colaboración está en que «la primera es una forma más o menos activa de «estar» mientras que la colaboración es una forma de «hacer» eficaz, excluyente de la mera adhesión o apoyo pasivo». De acuerdo con dicha consideración, lo que importan en la colaboración con

asociación terrorista es lo que se hace, mientras que en el supuesto de integración lo determinante es el “estar”, el simple hecho de permanecer en la asociación. Esto determina, necesariamente, que los actos del colaborador y del integrante tenga una distinta consideración. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar cómo la pertenencia a bandas armadas constituye una “comunidad” más fuerte y nuclear; mientras que la propia del colaborador (por contraposición) sería una contribución de nivel más bajo y periférico⁴⁴⁶. El Tribunal Supremo confirma dicha idea en la Sentencia nº 897/2004 de 15 julio [RJ 2004\5603], cuando señala que «el delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (...) exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización» que la que exige el delito de colaboración.

IX.1.C.-El colaborador de los Arts. 572-574 CP

Como ya se examinó más arriba, el término “colaboración” también es empleado por los artículos 571 a 574 del CP para referirse a una de las posibles formas que puede revestir la conducta del *intraneus* en su actuación correspondiente, dentro de la estructura jerárquica de la asociación terrorista. Puesto que esta cuestión ya ha sido examinada más arriba, no parece lógico volver a repetirla, bastando hacer hincapié en los dos criterios que distinguen la colaboración de los artículos 571-574 CP y la propia del artículo 576CP, siendo ambos requisitos necesarios:

De un lado, el hecho objetivo de que el colaborador sea un *intraneus*, en cuyo caso estaremos ante el supuesto que corresponda de los descritos en los

⁴⁴⁶ Así lo entiende, entre otros, CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código ...*, Pág. 1359: «el delito de pertenencia a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (artículos 515.2 y 516) implica la condición de miembros o integrantes de la misma y teniendo en cuenta la diferencia de penalidad con el de colaboración, éste exige una cooperación de mayor intensidad con la banda u organización, siendo análogo el fundamento de su punición que no es otro que atender al peligro potencial que representa ser miembro de las mismas»; ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Doctrina ...*, Pág. 794: «[la] colaboración es de menor intensidad y menor persistencia en la estrategia y métodos de la organización terrorista que la pertenencia a bandas armadas, que constituye una adhesión más fuerte y nuclear y con la que es homogénea, guardando una relación de consunción, dado que la participación importa una acción en la que el autor realiza actos de cooperación en forma permanente, sea al cumplir órdenes dirigidas a los fines de la organización o participando en la dirección de la misma (...)»; y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Madrid, 2007, Pág. 1093: «la integración o pertenencia a banda armada supone una “comunidad” más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividades de la banda armada»

artículos 571 a 574 CP; o un *extraneus*, en cuyo caso y por definición, se tratará de un supuesto de colaboración auténtica ex Art. 576 CP.

De otro lado, la naturaleza de la colaboración, atendiendo a si se trata de una colaboración de carácter ejecutivo o no ejecutivo (colaboración contributiva o auténtica, en la terminología acuñada en este trabajo), tal y como señala FERNÁNDEZ GARCÍA, cuando señala que «parece que la colaboración a que se refieren los artículos últimamente citados, es una colaboración ejecutiva (“atentaren, cometan, cometidos” son los términos empleados por el CP), reservándose para la aplicación del artículo 576, los supuestos de colaboración no ejecutiva, desligada de un delito concreto, en los términos expuestos»⁴⁴⁷.

Combinando ambos criterios puede concluirse que el colaborador del artículo 576 CP es un *extraneus* a la asociación terrorista que desarrolla una labor de auxilio no ejecutiva, es decir, genérica y sin conexión alguna con la perpetración de cualquiera de los delitos a los que se refieren los artículos 571 a 576 CP. Mientras que el colaborador del artículo 571 a 576 es un *intraneus* que desarrolla una actuación análoga de auxilio a la desarrollada del anterior pero de carácter ejecutivo (contributivo), como corresponde, por otra parte, al máximo nivel de cooperación que puede establecerse entre la asociación y el individuo: la integración.

IX.1.D.-Terrorismo urbano o individual (Art. 577 CP)

El artículo 577 CP castiga a quienes, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren alguno de los hechos siguientes:

En relación con las personas: homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150 CP, detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas

⁴⁴⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. *Delitos de terrorismo*, en GANZENMÜLLER ROIG, Carlos, ESCUDERO MORATALLA, José y FRIGOLA VALLINA, Joaquín (Dir.) *Delitos ...*, Pág. 352

En relación con otros bienes jurídicos protegidos: incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266 CP, 323 CP ó 560 CP o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes.

Como puede comprobarse, se produce una coincidencia en cuanto al sujeto activo del tipo examinado y el propio del artículo 576 CP, ya que en ambos casos se trata de un individuo desvinculado de una asociación terrorista que, sin embargo, lleva a cabo acciones de tipo terrorista. El artículo 577 fue reformado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. La Exposición de Motivos de la mencionada Ley, apartado II, marca como ámbito objetivo de la norma el denominado “terrorismo urbano”, es decir, todas aquellas acciones desarrolladas por sujetos ajenas a la asociaciones terroristas, pero en consonancia ideológica con la misma. Existe, además, un claro elemento teleológico en su actuación, coincidente en parte con la propia de las asociaciones terroristas: la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los colectivos que la norma refiere.

Ahora bien, puesto que se trata de actuaciones propias de un *extraneus* a la asociación terrorista y que, además, suelen estar en clara consonancia con la actuación de aquella ¿por qué no calificar tal actuación como propia de colaboradores con la asociación terrorista? ¿Qué diferencia existe entre los tipos previstos en los artículos 576 y 577 CP?

La naturaleza propia del “terrorismo urbano” es especificada por el Tribunal Supremo cuando en la Sentencia nº 259/2006 de 6 marzo [RJ 2006\1810], aborda el terrorismo, no desde la consideración del sujeto activo de la misma sino desde la consideración de la conducta como terrorista. Y así, el Tribunal Supremo formula una definición de las acciones terroristas como «una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinado a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz Pública, tiene por finalidad

subvertir total o parcialmente el orden social e institucional». De este modo, no son las organizaciones terroristas las que desarrollan acciones que, por ser obra suya, se transforman en terroristas; sino que son aquellas actuaciones, calificables como terroristas, las que otorgan a una determinada organización su cualidad de terrorista. Por esta razón, la Sentencia citada entiende que la acción terrorista puede ser desarrollada de forma asociativa o individual, surgiendo entonces la doble punición del fenómeno que justifica la existencia del artículo 577 CP.

Las concretas acciones terroristas, por tanto, pueden sancionarse desde la siguiente doble perspectiva:

1.- Aquellas acciones terroristas que son desarrolladas por individuos que se asocian entre sí para alcanzar un determinado fin político acudiendo a la violencia terrorista, son castigadas por los artículos 571 a 574 CP.

2.- Aquellas acciones terroristas, idénticas a las anteriores, pero cometidas por individuos de forma personal, sin vínculo colectivo de carácter asociativo, encuentran su adecuado castigo en el artículo 577CP. Este es el sentido que otorga al precepto citado la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1819/2001 de 11 octubre [RJ 2001\9060] (reafirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1523/2004, de 23 diciembre [RJ 2005\500]) cuando afirma que «una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el Art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista» Porque, en efecto, «lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto» de forma tal que «los hechos sancionados en dicho precepto [el Art. 577 CP] lo son «per se», por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública».

El examen realizado previamente conduce a considerar que el elemento de conexión existente entre el artículo 577 y el 576, ambos del Código Penal, de carácter subjetivo (el *extraneus* como sujeto activo de ambas conductas) es evidente, pero meramente circunstancial, ya que el verdadero vínculo sustancial ha de establecerse entre los tipos previstos en los artículos 571 a

574 CP y el propio artículo 577 CP. Esta distinción se establece, pues, en función de que las conductas comprendidas en dichos preceptos estén cometidas por individuos o asociaciones terroristas. Así lo entiende, por ejemplo, el Magistrado Martínez Arrieta en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 [RJ 2007\1771], cuando señala que el ordenamiento penal prevé respecto a la delincuencia terrorista distintas respuestas, clasificándolas en tres supuestos:

1º.- Sancionando penalmente las asociaciones ilícitas y las bandas armadas (Arts. 515.2º y 516 CP)

2º.- Sancionando los delitos cometidos por miembros de bandas armadas (Arts. 571 a 574 CP)

3º.- Sancionando los delitos terroristas cometidos por no integrantes de bandas armadas, donde encuentra acomodo el artículo 577 del Código Penal, situando la única diferencia entre ambos grupos en «la ausencia de integración en una banda armada, el elemento típico que determina la distinta calificación».

Expuesto lo anterior, es evidente que las conductas de colaboración con asociación terrorista describen una conducta que corre pareja a las actividades de las asociaciones terroristas, ya que el propio *nomen iuris* propuesto evidencia dicho vínculo: colaboración con *asociaciones terroristas*. Ahora bien, podría plantearse que, del mismo modo que existen supuesto de colaboración con asociaciones terroristas, cabría considerar la posibilidad de la existencia de supuestos de colaboración con los sujetos activos del delito previsto en el artículo 577 CP. Supuestos para los que no podrá ser de aplicación el artículo 576 CP (restringido a la punición del auxilio al fenómeno asociativo terrorista). Para tales supuestos (colaboración en el terrorismo callejero) deberán emplearse dos instituciones esenciales:

a) En el campo de la participación, acudiendo a las normas generales sobre la participación delictiva (coautoría y participación).

b) En el campo del *iter criminis*, los supuesto de actos preparatorios sancionados en el artículo 579.1 CP (provocación, conspiración y proposición) respecto del artículo 577 CP.

Por último, y aunque se trata de un supuesto de concurso de delitos, es necesario hacerse eco del supuesto enjuiciado por la Audiencia Nacional,

Sección 3ª, Sentencia nº 5/2002, de 7 marzo [JUR 2004\253261] recurrida en casación y confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 786/2003 de 29 mayo [RJ 2003\4242], que ya ha sido citada en este trabajo. En dichas Sentencias se condena al imputado por un delito de terrorismo urbano (577 CP) en concurso real con un delito de colaboración con asociación terrorista (576 CP), ya que el sujeto en cuestión observó una doble conducta según los Hechos Probados, dos tipos de actividades: en primer lugar, recopilar información sobre Agentes de la Policía Autónoma Vasca, y en concreto sobre dos ertzaintzas; datos sobre miembros de cuerpos policiales de ámbito estatal; y sobre personalidades políticas. En segundo lugar, y además de lo anterior, participó directamente, junto con otros sujetos en determinadas actuaciones de violencia callejera que tenían objetivos concretos y determinados marcados dentro del contexto de la *kale borroka* o terrorismo de baja intensidad programado por los dirigentes de la banda terrorista ETA. Ambos Tribunales (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) encuentran con naturalidad la coordinación de ambos tipos penales, lo que evidencia la clara distinción existente entre ambos supuestos típicos para la jurisprudencia⁴⁴⁸.

X.1.E.-Conductas apologéticas y desprecio de las víctimas (artículo 578 y apología Art. 18.1 párrafo 2º CP)

La colaboración con asociación terrorista puede revestir dos formas de manifestación, ya abordadas en otro lugar de este trabajo, donde se señaló que la colaboración podía ser de tipo material o espiritual; en función de que la actividad de auxilio tuviera una trascendencia física y material en el espacio o, por el contrario, se redujera a un apoyo de tipo moral. Esta distinción implica la necesidad de deslindar los correspondientes ámbitos típicos del artículo 576CP en relación con los tipos penales que sancionan ese apoyo inmaterial o espiritual con trascendencia penal: la apología, prevista en el artículo 18.1 2º CP y el artículo 578 CP.

⁴⁴⁸ El Tribunal Supremo indica incluso lo siguiente: «una última reflexión: el recurrente ha sido condenado por colaboración con banda armada –Art. 576–, no por integración en esta –Art. 571– y coherentemente, también ha sido condenado por la ejecución de actos de inspiración terrorista sin pertenencia a banda armada –Art. 577–».

El artículo 18.1 párrafo 2º define la apología, a los efectos del Código Penal de 1995, como una forma específica de provocación, por lo que sólo podrá constituir una conducta apologética sancionable penalmente la exposición, ante una concurrencia de individuos o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor, siempre que por su naturaleza y circunstancias constituya una incitación directa a cometer un delito.

Esta regulación constituyó la única represión penal del apoyo moral al terrorismo en el Código Penal hasta el año 2000, cuando se produjo la modificación del artículo 578 CP por obra de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Norma que se modifica por entender que la normativa vigente no cubría todos los supuestos que el legislador entendía como supuestos de colaboración inmaterial punibles. El nuevo artículo 578 CP, tras la modificación, castiga el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Se trata, por tanto, de una “apología específica” que castiga comportamientos laudatorios que no se verían cubiertos por la apología descrita en el artículo 18.1 párrafo 2º CP al no constituir una incitación directa para la comisión de delitos. La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 31/2006 de 27 de abril [ARP 2006\179], que condenó por este delito a Arnaldo Otegui Mondragón, considera que el precepto en cuestión tiene como finalidad la de «penalizar comportamientos de apología del terrorismo de forma específica a la regulada en el artículo 18 del Código Penal». Esta decisión judicial sigue, en sus fundamentos jurídicos, la explicación que del precepto en cuestión da la Exposición de Motivos de la Ley que lo introduce, en su apartado III. En particular, cuando señala que el artículo 578 CP sanciona conductas «con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código», dejando a salvo el ámbito típico de la apología-provocación; centrándose el artículo 578 CP en la apología-no provocación,

sancionando este tipo de conducta apologética por dos razones: primero, por suponer «un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas»; y segundo, por implicar también una «manifestación muy notoria de como por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas».

Las conductas apologéticas y de menosprecio de las víctimas tienen, por tanto, una razón social que justifica su punición y determina al legislador para la modificación del texto legal: la perplejidad e indignación social que suponen los actos terroristas exaltados⁴⁴⁹. Ahora bien, dicha *ratio legis* debe cohonestarse con el principio de lesividad, entendiendo que sólo merecen el acceso al Código Penal, aquellas conductas lesivas de un bien jurídico-penal protegido. En este sentido, cabe entender que las conductas señaladas son, como antes se decía, conductas de colaboración inmaterial o espiritual a la causa de las asociaciones terroristas, suponiendo un soporte moral a sus actuaciones⁴⁵⁰.

Las conductas apologéticas y de exaltación examinadas son, por tanto, conductas de colaboración que exigen su distinción de la colaboración *stricto sensu* regulada en el artículo 576 CP. La Sentencia de la Audiencia Nacional últimamente citada se refiere al sujeto activo en el caso del artículo 578 CP, considerando que la misma puede ser cometida tanto por un *intrañeus* como por un *extraneus* a la organización⁴⁵¹. Opinión que no se comparte, ya que los actos de exaltación del terrorismo, provocación (apología) y menosprecio de las víctimas llevados a cabo por quienes forman parte de la asociación terrorista, quedaría consumidos por el delito de integración castigado en los artículos 515 2º y 516 CP. Por tanto, se produce una coincidencia de sujetos activos en los preceptos examinados: el *extraneus* a la asociación terrorista.

⁴⁴⁹ Ambas razones, no obstante, se funden en una única razón que legitima dicha intervención penal, también expresada por la ya reseñada Exposición de Motivos, ya que los actos sancionados producen «producen perplejidad e indignación en la sociedad». Actos que suponen «la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnias o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares».

⁴⁵⁰ Para un estudio más detenido de las figuras examinadas, vid. lo indicado en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 31/2006 de 27 de abril y el Auto del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2002, donde se recepciona la doctrina constitucional de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/1987, de 16 de diciembre. En dichas resoluciones se estima cuándo son punibles los actos de apoyo o solidaridad moral en relación con el terrorismo o sus autores.

⁴⁵¹ Concretamente la Sentencia señala que «la conducta penalizada en el mentado precepto, aun cuando su autor no esté integrado en una organización terrorista, está constituida por el contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto y estar directamente relacionados con determinadas actividades del terrorismo».

Puesto que la distinción de los tipos examinados no puede realizarse en base al sujeto activo de las mismas, debe acudirse a otros elementos del delito que auxilién en la determinación de la frontera típica. A tal efecto es obligado acudir a uno de los acontecimientos judiciales más relevantes en la historia judicial española y que tiene una gran impronta en el delito de colaboración examinado: la encarcelación de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por el Tribunal Supremo, como autores de un delito de colaboración con asociación terrorista y su posterior excarcelación por el Tribunal Constitucional⁴⁵². La conducta observada por los imputados, como se decía, es considerada por el Tribunal Supremo (y confirmada por el Tribunal Constitucional) como constitutiva de un delito de colaboración con asociación terrorista. Sin embargo, MANJÓN-CABEZA OLMEDA entiende que la conducta observada por los miembros de la Mesa Nacional de HB no es un acto de colaboración, y sí de apología del terrorismo⁴⁵³. Aunque no concuerda la opinión sostenida en este trabajo con la de la autora citada (ya que la misma parte de la consideración de los actos de colaboración como actos preparatorios, cuestión descartada en este trabajo), lo cierto es que pone de relieve el elemento que diferencia el campo de lo punible en relación con las figuras ahora examinadas: la materialidad de las conductas de colaboración del artículo 576 CP en contraposición con la espiritualidad de las conductas apologéticas o, lo que es lo mismo, el auxilio inmaterial que supone el soporte ideológico de las

⁴⁵² De los Hechos Probados señalados en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio, puede extraerse el siguiente resumen: A finales del mes de enero de 1996, ante la proximidad de las Elecciones Generales que se celebrarían el siguiente 3 de marzo, miembros no determinados de ETA hicieron llegar a la asociación política Herri Batasuna dos cintas de vídeo junto a una nota con el anagrama de ETA en la que ofrecía a Herri Batasuna esos vídeos referidos a la citada "alternativa" y a las reflexiones complementarias desarrolladas por el mencionado grupo para su utilización y difusión en la forma que Herri Batasuna tuviera por conveniente. La Mesa Nacional de Herri Batasuna, ante la imposibilidad de que ETA pudiera ocupar espacios electorales televisivos y radiofónicos reservados con carácter gratuito a los partidos políticos legalizados decidió ceder a dicha organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.

⁴⁵³ La autora entiende que « (...) la decisión de emitir el vídeo y la cuña no es un acto de colaboración material con posibles delitos de los que se cometen por la organización ETA, por lo que la absolución resultaría obligada. Y tampoco es un acto de colaboración equivalente a los expresamente enumerados. Es un acto de colaboración ideológica. Ciertamente, no se trata de la simple exposición de una idea, pues son se limita a propiciar la "Alternativa democrática", lo que para el TS es "legal y posible". Se acompaña, además, de la parafernalia de las armas y las capuchas y de la amenaza de continuidad de la violencia y, esto es lo que convierte la decisión en colaboración ideológica, superando la mera asunción de un proyecto político. Pero en ningún caso es un acto de colaboración material equivalente con los actos materiales enumerados», en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, Pág. 569

asociaciones terroristas. En efecto, ya la doctrina científica entendía en relación con el derogado Art. 174 bis a) CP1973 que la mención “cualquier otra forma de cooperación” no constituía una cláusula que permitiera considerar acto de colaboración cualquier tipo de auxilio a la asociación terrorista. Así, sólo constituían colaboración típica los actos de colaboración material con la asociación terrorista, excluyéndose los supuestos de auxilio inmaterial o puramente espiritual. Esta preocupación doctrinal pasa al actual Código Penal de la mano de la expresión “cualquier otra forma equivalente” del artículo 576.2 CP. Descritos los supuestos concretos de colaboración, la fórmula de ampliación empleada considera como subsumibles en el artículo 576 aquellos actos que tengan una equivalencia con aquellas. Y puesto que tales conductas coinciden en su materialidad, es evidente que tales conductas equivalentes deberán compartir precisamente esa característica esencial⁴⁵⁴. A pesar de ello, también RUIZ LANDÁBURU considera que, al menos la emisión de sendos comunicados por parte de HB en relación con los hechos enjuiciados, es constitutiva de un delito de apología y no de colaboración. En tal sentido, la autora citada entiende que «el “programa de paz” elaborado por ETA y asumido por HB, en reiterados comunicados, hace un llamamiento a la lucha. En el contexto en que se realiza, ¿qué otra cosa puede significar sino una provocación directa a la comisión de actos terroristas, incluyendo como tales la integración en banda armada y la colaboración con la misma?»⁴⁵⁵ Aunque la misma autora parece culminar sus razonamientos entendiendo que existe también un delito de colaboración con asociación terrorista⁴⁵⁶.

En cualquier caso, parece evidente que la frontera entre los tipos de apología y exaltación del terrorismo (Arts. 18.1º párrafo 2º y 578 CP) y la

⁴⁵⁴ MANJÓN-OLMEDA CABEZA encuentra la razón de tal exigencia en que «son todos ellos actos materiales o de aporte material, susceptibles de ser colocados mentalmente en la fase de preparación de un delito», pero tal afirmación no se puede sostener a la vista de multitud de conductas típicas de colaboración que no suponen preparación delictiva y sí conductas de apoyo material a la estructura general de la asociación terrorista. Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios ...*, Pág. 568

⁴⁵⁵ RUIZ LANDÁBURU, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002, Págs. 69-70

⁴⁵⁶ «Con la cesión de esos espacios publicitarios los miembros de la Mesa Nacional de HB contribuyen claramente a los fines terroristas, no sólo difundiendo un mensaje del que se desprende la supuesta necesidad de su existencia, sino que nos encontramos ante una cooperación innegable con su propia actividad. Concretamente con su actividad fundamental: la de captar nuevos integrantes para su organización, lo cual, no debe olvidarse, también constituye una actividad delictiva.», en RUIZ LANDÁBURU, María José, *Provocación ...*, Pág. 72

colaboración con asociación terrorista (Art. 576 CP) es la materialidad de la conducta observada por el sujeto activo que, en ambos casos, es un *extraneus* a la citada asociación. De ahí que la diferencia esencial en estos tipos se establecerá en la clasificación del concreto auxilio prestado como material o inmaterial, de modo que:

a) Si el auxilio prestado es de carácter material, en todo caso habrá de considerarse que el supuesto se engloba en los supuestos de colaboración con asociación terrorista, siempre que reúna los elementos objetivo-subjetivos típicamente exigidos.

b) Si el auxilio es inmaterial, habrá de plantearse su ubicación como apología del terrorismo, a los efectos del Art. 18.1. 2º CP; o bien, como exaltación del terrorismo o menosprecio de las víctimas (Art. 578 CP). En este caso, junto con la necesaria reunión de los requisitos típicos previstos, habrá de realizarse un profuso examen del hecho en cuestión y su posible impunidad si queda amparado por la libertad de expresión garantizada por la Constitución Española en su artículo 20. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], citando otras Sentencias del Tribunal Supremo como la nº 1365/1994, de 4 de julio [RJ 1994\6244] y la nº 398/1996 de 9 de mayo, [RJ 1996\3805] considera que el derecho a la libertad de expresión despliega un efecto de irradiación de consecuencias ineludibles en la determinación de los alcances del tipo penal, es decir, de la prohibición la apología legalmente punible, requiriendo que la acción calificable como tal se refiera al comportamiento desviado de los autores de un delito otorgándoles un valor jurídico superior a los del ordenamiento jurídico vigente. Es decir, se requiere que el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable. Por tanto, en modo alguno podrá considerarse apología del delito la simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico, toda vez que ello resultará siempre amparado por el Art. 20 CE.

IX.1.F.-Colaboración con asociación terrorista y coautoría o participación en delitos terroristas: la cláusula concursal del Art. 576.2 Párrafo segundo, inciso II CP.

Uno de los supuestos que más complejidad entraña en la distinción conceptual del delito de colaboración con asociación terrorista lo constituye su deslinde de las formas de participación en los delitos terroristas castigados en los artículos 571 a 574 CP. Es decir: cuándo nos hallamos ante un supuesto de coautoría o participación en un delito de terrorismo y cuándo ante un supuesto de estricta colaboración, sentado el hecho de que la conducta típica observada por el *extraneus* a la asociación, en ambos supuestos, sea idéntica. Un supuesto extraído de la jurisprudencia más reciente puede ilustrar adecuadamente la problemática indicada. Así, según los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 11/2003, de 3 de marzo [JUR 2004\254624], en el mes de enero de 1987, el comando Araba de ETA había determinado la destrucción de los depósitos de combustible que la CAMPSA tiene en la localidad de Ribera Baja (Álava), así como realizar una acción armada contra los camiones que sirven para el transporte de combustible, pertenecientes a la empresa «Basterra y Zubiaga SA». Para coadyuvar en las acciones terroristas, la banda ETA encomendó al imputado en la causa una serie de actuaciones de auxilio para llevar a cabo los atentados señalados, siendo las conductas observadas por éste las siguientes:

1.- Realizar varios desplazamientos a las instalaciones contra las que se iba a atentar, al objeto de informar sobre la configuración de las instalaciones de CAMPSA, itinerarios de seguridad de los vigilantes y horas de rondas.

2.- Trasladar en coche a los miembros de ETA que iban a perpetrar el atentado hasta las inmediaciones de las instalaciones donde montaron sus lanzagranadas.

3.- Vigilar en el vehículo, mientras los miembros de ETA instalaban los mencionados lanzagranadas.

La conducta observada por el imputado es, desde luego, una conducta de colaboración con asociación terrorista desarrollada por un *extraneus* a la

misma y con todas las exigencias objetivo-subjetivas previstas por el artículo 576 CP. Por ello, se trata de una conducta subsumible en el tipo previsto. Sin embargo la Audiencia Nacional le condena como cooperador necesario de los atentados perpetrados por los miembros de ETA, «al haber intervenido en la ejecución del hecho con una función coordinada de traslados, vigilancias, recogida de los demás intervinientes una vez ultimada la acción; actos necesarios sin los cuales la misma no se habría efectuado». La misma Sentencia explica la razón por la que se excluye la conducta del ámbito típico de la colaboración considerando que «no se está en presencia de un delito genérico de colaboración con banda armada (...), pues los actos realizados por el acusado estaban directamente vinculados a la realización de una acción concreta, que él conocía». De este modo se afirma que no existe colaboración, sino coautoría o participación en el delito terrorista cometido por un tercero, cuando el auxilio prestado pierde su carácter genérico y se convierte en un auxilio específico a una acción terrorista. La colaboración genérica, como ya se indicó antes, lo es en favor de la asociación terrorista; mientras que la participación supone un auxilio específico en un “concreto acto” terrorista. Esta especificidad y apoyo concreto es denominada por la jurisprudencia “elemento negativo” que sirve para diferenciar la conducta de colaboración y la participación. Así la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 1387/2004, de 27 de diciembre [RJ 2005\2172], mantiene que «como elemento negativo, diferenciador de la conducta de colaboración del área de la coparticipación criminal, se exige que tales actos de colaboración no estén causalmente conectados con la producción de un resultado delictivo concreto». También señala lo mismo la Sentencia del Tribunal Supremo nº 897/2004, de 15 de julio [RJ 2004\5603]: «cuando se trata de delitos concretos cometidos por el colaborador, constituyen, si no cabe hablar de coautoría, actos de cooperación (bien necesaria o de complicidad), es decir, actos de participación en un delito cometido por otros, que son los autores propiamente dichos».

Ahora bien, en el caso de producirse una conducta como la examinada, y puesto que no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, se produce un conflicto de normas penales entre el Art. 576 CP y la coautoría/participación en el delito terrorista de que se trate. La solución a

dicho concurso de normas no es uniforme en la jurisprudencia española, habiéndose señalado las siguientes soluciones:

1.- Aplicación del principio de especialidad, previsto en el artículo 8.1º CP. A tal conclusión llegan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo nº 1387/2004, de 27 de diciembre [RJ 2005\2172], cuando considera que «si se tratase de colaboración a un hecho delictivo concreto, tal favorecimiento debe incluirse dentro del área de la coparticipación criminal, ya como autor, cómplice en virtud de los principios de especial gravedad del Art. 8 del Código Penal apartado 1º y 4º – SSTS 24 de enero de 1992 [RJ 1992/441] , 11 de noviembre de 1998 [RJ 1998/8956] , 11 de febrero de 2000 [RJ 2000/944] y 31 de marzo de 2003 [RJ 2003/2694]».

2.- Aplicación del principio de consunción previsto en el artículo 8.3º CP. Emplean esta solución las Sentencias del Tribunal Supremo nº 897/2004, de 15 de julio [RJ 2004\5603] y nº 458/2003 de 31 marzo [RJ 2003\2694]. Entiende la primera que «la cooperación en el delito de resultado absorbe a la autoría del delito de colaboración con banda armada, que es de mera actividad», especificándolo mejor la segunda, al entender que «nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el Art. 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. Aquí la cooperación necesaria en el delito de resultado (atentado con resultado de lesiones) absorbe a la autoría del delito de colaboración con banda armada, delito de mera actividad».

3.- Por último y como tercera solución parcial, tanto doctrina como jurisprudencia han prestado atención al inciso final del párrafo 2º del artículo 576.2 CP. En este sentido, CARBONELL MATEU entiende que se trata de una clara regla concursal que contribuye al esclarecimiento de los importantes problemas interpretativos que se producen en este campo⁴⁵⁷. En cuanto a la

⁴⁵⁷ En efecto, el autor en cita señala que «el precepto contiene una serie de reglas que contribuyen a resolver los difíciles problemas concursales que siempre presentan estos tipos. Así, si como consecuencia de los actos de colaboración se pone en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de

jurisprudencia, la ya citada Sentencia 897/2004 de 15 de julio [RJ 2004\5603] considera también como criterio esclarecedor del concurso el mencionad inciso, ya que «el artículo 576, en su último inciso, resuelve directamente dicha situación cuando por concretarse el riesgo prevenido se castiga el hecho como coautoría o complicidad en relación con el delito concreto cometido». O más modernamente, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1215/2006 de 4 diciembre [RJ 2007\779]⁴⁵⁸.

Arroja una idea precisa de la postura que se adopta en este trabajo la Sentencia del Tribunal Supremo nº 897/2004, de 15 de julio [RJ 2004\5603], cuando se refiere tanto a las normas generales que el Código Penal establece para resolver los concursos de normas en su artículo 8; y, por otra parte, la mención expresa del último inciso del artículo 576.2 CP. A estos efectos, debe recordarse que el tenor literal de párrafo completo donde se ubica el inciso es el siguiente:

Quando la **información o vigilancia** de individuos mencionada en el párrafo anterior, ponga en **peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio** de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior. Si **llegara a ejecutarse el riesgo prevenido**, se castigará el hecho como **coautoría o complicidad**, según los casos.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1387/2004 de 27 diciembre [RJ 2005\2172], en el caso concreto de la vigilancia e información reseñados, no nos encontramos ante «una acción de mera actividad y de

otros, las penas se imponen en su mitad superior, y si llega a ejecutarse el riesgo prevenido –esto es, si se produce el acto terrorista- el hecho se castigará como complicidad o cooperación necesaria, según los casos. Aunque puede no quedar claro en la redacción, parece obvio que la complicidad o cooperación lo será, no del delito común, sino del terrorista, esto es, del agravado en virtud de los artículos 572 ó 574». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Delitos contra el orden público*, en VIVES ANTÓN, Tomás et al. *Derecho...*, Pág. 867. Cfr. También CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código...*, 2ª Ed, Valencia, 2006, Pág. 1423, que cita la Sentencia del Tribunal Supremo 897/2004 de 15 julio a estos efectos.

⁴⁵⁸ «Finalmente, hay que decir que el delito de colaboración con banda armada, que, de modo subsidiario a la inexistencia de toda infracción criminal, propone el recurrente, es un tipo abierto de mera conducta o actividad que, al no exigir ningún resultado, tiene las características de un delito de peligro; de modo que, como precisa el inciso último del párrafo último del núm. 2 del Art. 576 CP, cuando llega a ejecutarse el riesgo prevenido (en este caso para la vida) como consecuencia de la información o vigilancia de personas llevada a cabo, la previsión legal consiste exactamente en que se castigará el hecho como autoría o complicidad, según los casos».

riesgo abstracto sino en una comunión de conocimiento y voluntad en un acto concreto» al que presta ayuda el colaborador y que dependiendo de su calificación como nuclear o periférica, merecerá la calificación de coautoría o complicidad (necesaria o simple) respectivamente. Pero debe advertirse que este inciso final se refiere única y exclusivamente a los supuestos de vigilancia e información, que son sólo dos de las posibles conductas de colaboración previstas en el primer párrafo del artículo 576.2 CP; restringido, además, al hecho de que el riesgo previsto no sólo se concrete, sino que se vea además ejecutado.

Este inciso, no obstante, apunta en la dirección correcta para el esclarecimiento del concurso de normas planteado, pero lo hace de forma parcial y menos clara que, en su momento, los apartados de los que toma origen el precepto mencionado, a saber:

a) El artículo 9 del Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, cuando disponía que «no serán de aplicación los artículos sexto y séptimo si las conductas que en los mismos se definen resultaran más gravemente penadas como constitutivas de algún grado de ejecución o de alguna forma de participación en otro delito».

b) Y el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, cuyo tenor literal es el siguiente: «Cuando los hechos relacionados en los apartados anteriores sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro u otros preceptos se aplicará el que señale pena de mayor gravedad».

De la puesta en relación de los tres preceptos se deduce que la pretensión del legislador se dirige a limitar el tipo de colaboración del artículo 576 CP únicamente a los supuestos de colaboración genéricos; dejando para los supuestos de coautoría o participación, en los delitos terroristas concretos, los auxilios prestados de carácter específico. Un deseo que se traduce en la multiplicidad de salidas propuestas por la doctrina y la jurisprudencia pero que

carecen de una adecuada sistemática con el tenor literal del precepto vigente. Ello no obstante, y ateniéndose a la redacción literal del Art. 576 CP, el juego de las tres opciones marcadas, si un individuo desarrollara una conducta de auxilio en relación con una asociación terrorista, podría ser el siguiente:

a) Si el auxilio es genérico, el hecho se subsumirá en una conducta de colaboración prevista en el artículo 576 CP.

b) Si el auxilio es de carácter específico, se planteará una dicotomía:

b.1) Si se trata de un supuesto de información o vigilancia, la misma será sancionada como coautoría o participación en virtud de la regla concursal especial prevista para estos supuestos en el inciso final del artículo 576.2 CP

b.2) Si se trata de cualquier otro supuesto de auxilio específico (transporte de terroristas, por ejemplo), habrá que atender a las normas generales del artículo 8 del Código Penal, entendiendo que lo más correcto es optar por el criterio de consunción (8.3º CP), puesto que la colaboración específica en un delito terrorista calificada como coautoría o participación consume el valor de antijuridicidad previsto en la colaboración genérica.

Finalmente, debe apuntarse que se pueden dar supuestos, ya examinados, en relación con el artículo 577CP, esto es: un concurso real de delitos entre la coautoría o participación en el delito terrorista concreto y el delito de colaboración del artículo 576 CP, siempre que la conducta de colaboración sea más amplia y no se haya limitado a la colaboración específica castigada como coautoría o participación. Así, por ejemplo, en el caso del colaborador que ha recogido información sobre posibles objetivos de la asociación terrorista, resultando determinantes para la ejecución de algún atentado, habrá de responder como coautor o partícipe en los delitos terroristas ejecutados con su auxilio y, además, como autor responsable de un delito de

colaboración con asociación terrorista por el resto de conductas de carácter genérico observadas por dicho sujeto⁴⁵⁹.

IX.1.G.-Colaboración con asociación terrorista y actos preparatorios de la colaboración (Art. 579.1 CP).

Como ya se examinó detenidamente en el capítulo relativo al *iter criminis*, a cuyo análisis ha de remitirse ahora en aras de brevedad, el delito de colaboración con asociación terrorista se configura como un conjunto de conductas que suponen actos de participación en el delito de asociación ilícita de carácter terrorista (Art. 515 2º y 516 CP); cupiendo la posibilidad de sancionar a quienes cometen actos preparatorios de la colaboración. Ahora bien, debe considerarse que la provocación recibe el mismo tratamiento que el que antes hemos examinado para la apología del artículo 18 CP, puesto que no es más que una forma de aquella. De este modo, los actos preparatorios que faltan por considerar son los relativos a la provocación y la conspiración.

El deslinde de los actos preparatorios de la colaboración no es tarea sencilla ni tampoco parece que puedan describirse criterios de carácter abstracto que permitan su distinción, fuera del examen caso a caso que puedan plantearse y de un referente esencial, cual es la materialidad del acto de participación. En efecto, los actos preparatorios de la colaboración se caracterizan porque existe una cierta trascendencia de la voluntad delictiva de colaborar con asociación terrorista, pero ésta tiene un carácter inmaterial. No existe un acto de colaboración material que pueda ser sancionado, pero sí la preparación de dicho acto mediante la exteriorización de la voluntad delictiva. Así, cabe resumir brevemente lo que en el capítulo indicado se señaló sobre tales actos preparatorios:

1.- En cuanto a la conspiración, es posible pensar en la existencia de un concierto de voluntades por el que dos o más individuos se pongan de acuerdo

⁴⁵⁹ En este sentido puede citarse a CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código ...*, Pág. 1423: «Es compatible la facilitación de de informaciones genéricas de hechos delictivos concretos, con la participación en un acto delictivo determinado, bien sea como cooperador necesario, como cómplice o como encubridor, sin que la intervención en el delito absorba aquella otra conducta delictiva»; a ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Doctrina ...*, Pág. 794, cuando refiriéndose a los posibles concursos del tipo previsto en el artículo 576 CP entiende que cabe concurso real «con la complicidad en un acto concreto si la colaboración fue más amplia. Si no, la complicidad en el acto concreto absorbe este delito».

para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo, pero sin que se produzca ningún hecho concreto y material de colaboración. En este caso, no cabe apreciar la colaboración con asociación terrorista porque falta el referente material imprescindible del acto de colaboración a castigar. Existe, sí, un supuesto de conspiración para llevar a cabo dicha colaboración, pero que no pasa del concierto de voluntades de los sujetos resueltos a su ejecución. Es claro que en el caso en cuestión habrá que estar a las pruebas que pudieran presentarse para demostrar que dicho concierto existe. Debe, no obstante, señalarse que tal prueba será difícil (no imposible), ya que se trata de considerar la trascendencia inmaterial pero real de la voluntad concertada de varios individuos.

2.- Por lo que se refiere a la proposición, es decir, a la invitación hecha por quien ha resuelto cometer un delito a otro u otros individuos a ejecutarlo; la misma consideración realizada antes es válida ahora. Quien invita a otro individuo a la ejecución del delito de colaboración con banda armada (invita a realizar labores de vigilancia o entrenamiento militar), en realidad no ha cometido ningún acto material de colaboración con asociación terrorista, pero sí lo ha preparado debidamente, revistiendo la forma indicada de proposición, razón por la cual debe ser punido. También son aquí aplicables las referencias hechas a la dificultad de la prueba.

IX. 2.- Concurso de delitos

IX. 2.A.-Concurso con el delito de encubrimiento (Art. 451 CP)

El artículo 451⁴⁶⁰ castiga la conducta de quienes auxilian o ayudan a los responsables de un delito a sustraerse a la acción de la justicia, mereciendo un reproche por dificultar o impedir la reacción lógica del sistema punitivo contra determinadas acciones delictivas⁴⁶¹. Dicho tipo plantea un supuesto concreto que puede presentar algunas dificultades interpretativas en su delimitación conceptual respecto del tipo de colaboración del artículo 576 CP. El supuesto que plantea tales dudas sería el siguiente: un sujeto tiene conocimiento de la comisión de un delito de los previstos en los artículos 515 2º y 516 CP (conoce que algún sujeto es integrante de asociación terrorista); o de los artículos 571 a 576 CP (alguno de los concretos delitos terroristas). Sin haber intervenido en los mismos como autor o cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución de una de las dos siguientes formas:

1.- Bien ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento (451 2º CP). Supuesto que sólo podría entenderse en relación con el encubrimiento de los delitos previstos en los artículos 571 y SS. CP.

2.- O bien, ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o

⁴⁶⁰ El artículo 451 CP es del siguiente tenor: Artículo 451.

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.

⁴⁶¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 577/2002, de 3 de abril de 2002

captura, siempre que concorra una de las circunstancias que el precepto cita en sus letras a) y b), es decir:

a) Que los delitos cometidos por los responsables a los que se auxilia fueran de terrorismo (supuesto previsto expresamente en la letra a) del artículo 451 3º a) CP)

b) O bien que el auxiliador haya obrado con abuso de funciones públicas.

Nótese que se excluye supuesto previsto en el número 1º del Art. 451 CP, ya que no es imaginable en relación con los delitos terroristas salvo en una interpretación excesivamente teórica y alejada de la realidad.

Estos supuestos ¿no son supuestos de colaboración con organización terrorista castigados por el artículo 576 CP? Puede comprobarse, fácilmente, que el encubrimiento a que se refieren las conductas descritas suponen, desde luego, un comportamiento de cooperación o ayuda con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, equivalente a las descritas en el artículo 576.2 CP. Así lo entiende CAMPO MORENO⁴⁶², cuando se refiere a esta problemática, estimando que puede hablarse de un solapamiento de las figuras de colaboración con las figuras de encubrimiento; solapamiento que no contribuye, precisamente, al esclarecimiento teórico de la figura de colaboración. El autor citado, que es quién más interés dedica al supuesto examinado, entiende que la clave para proceder al adecuado deslinde de las figuras examinadas está en la interpretación que se haga de la expresión “con conocimiento de la comisión de un delito”, que el autor conecta con el dolo de encubrimiento. Cuestión esta del dolo de encubrimiento que, por apartarse del tema principal que ahora se trata, sólo se deja apuntada.

Antes de continuar, vale la pena recordar que la figura de encubrimiento recibía un tratamiento distinto antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995. En efecto, bajo la regulación del Código derogado, tales conductas

⁴⁶² Así lo explicita CAMPO MORENO: «Cuestión distinta y que enlaza con las diversas modalidades en que se traduce el delito de colaboración con banda armada es que el mismo se solapa, en no pocas ocasiones, con la figura del encubrimiento, pues no en vano éste se caracteriza por el conjunto de actos del que, sin tener participación en un delito, realiza una acción que favorece a otro responsable del mismo, bien auxiliándole para que se aproveche de sus efectos, bien ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito, o bien albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, cuando concurren los supuestos mencionados los párrafos a) y b) del nuevo artículo 451 del Código Penal», en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 84

estaban expresamente previstas en el artículo 17 de dicho Código⁴⁶³ como una forma de participación en el hecho delictivo, distinta de la del autor o cómplice y caracterizada por la contribución posterior a la ejecución de la acción criminal. Sin embargo, con la entrada en vigor del nuevo Código de 1995, se suprime el encubrimiento, como forma de participación, atendiendo a una «posición doctrinal mantenida desde antiguo por diversos sectores que sostenía que era inoperante desde el punto de vista del resultado, la participación en algo que ya se había consumado»⁴⁶⁴. Este cambio no es baladí si se tiene en cuenta que el encubrimiento, como forma de participación, suponía la imposición de la misma pena que la impuesta al autor por el delito encubierto, rebajada en dos grados según lo que prescribía el derogado artículo 54 del Código Penal de 1973⁴⁶⁵. Mientras que con la regulación actual, la pena para el encubridor será la de privación de libertad de 6 meses a tres años, en general. Por esta razón debe examinarse la posible concurrencia del delito de colaboración con asociación terrorista en relación con el Código derogado y el actualmente vigente:

1. Encubrimiento y colaboración con asociación terrorista antes de la entrada en vigor del CP de 1995

CAMPO MORENO desarrolla un profundo análisis de la Jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del nuevo Código para concluir que, en relación con aspecto estudiado, la nota predominante es la confusión⁴⁶⁶. Ello no obstante, puede considerarse que existe una progresiva aclaración de dicha confusión, en el sentido de entender que el encubrimiento como participación supone una colaboración de carácter específico y concreto;

⁴⁶³ Art. 17 CP1973: Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1° Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento.

3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, homicidio contra el Jefe del Estado o su sucesor, terrorismo, parricidio, asesinato o reo conocidamente habitual de otro delito.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 577/2002, de 3 de abril de 2002

⁴⁶⁵ Art. 54 CP 1973: A los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito.

Los encubridores comprendidos en el número 3° del artículo 17, en quienes concurran la circunstancia primera del mismo número, sufrirán además la pena de inhabilitación especial.

⁴⁶⁶ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 85

mientras que la colaboración lo es genérica y sin atención específica a delito alguno. Precisamente esta distinción es la que todavía hoy se utiliza para distinguir entre colaboración específica y colaboración genérica, como podrá examinarse más adelante.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, se puede apreciar una línea evolutiva, observada en el siguiente desarrollo histórico⁴⁶⁷:

A) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 1988 recurrida en casación, resuelta por Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9578], plantea el supuesto concreto de un sujeto que atendió a un miembro de la organización terrorista, tras sufrir heridas en las manos y otras partes del cuerpo al explosionarle material que manipulaba, llevando a cabo las necesarias curaciones, avisando a una enfermera de su confianza y permitiendo pernoctar al herido en su casa. Tanto al Audiencia Nacional como el Tribunal supremo entendieron que se trataba de un delito de colaboración con banda armada, rechazando la calificación de encubrimiento, en atención a la aplicación del Art. 68 CP1973⁴⁶⁸, que regulaba el principio de alternatividad. De tal forma que el Tribunal entendió que dicha circunstancia de auxilio era sancionable tanto como encubrimiento como colaboración. Esta decisión, por tanto, tampoco aporta ninguna razón útil para determinar los respectivos ámbitos punibles de ambas figuras. Es más, los identifica hasta tal punto que recurre a la utilización del principio de alternatividad para su resolución.

B) La Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 1990, recurrida en casación y resuelta por Sentencia del Tribunal Supremo nº 53/1993 de 25 de enero [RJ 1993\168], contempla como supuesto de hecho el siguiente: la procesada, alojó en diversas ocasiones a un integrado en banda armada en su domicilio, encontrándose en éste, un depósito de armas. Fue condenada como autora de un delito de colaboración con banda armada previsto en el Art. 9 de

⁴⁶⁷ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 85-87. El autor citado no entiende que exista tal progresión, pero la Sentencias citadas y su conclusión evidencia dicha progresión.

⁴⁶⁸ Dicho artículo 68 CP1973 era del siguiente tenor: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos».

la Ley Orgánica 9/1984, de 26 diciembre; recurriéndose en casación para que se considerara su actuación como un supuesto de encubrimiento previsto en los artículos 17 y 18 CP1973. Una calificación ventajosa para la recurrente, ya que la condena a imponer sería en dos grados inferior a la correspondiente por colaboración. El Tribunal Supremo entiende en esta Sentencia que para poder apreciar el encubrimiento, se requería la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.- La intervención del sujeto activo de alguna de las maneras que recogía el artículo 17 ó 18 CP1973.
- 2.- La no intervención del sujeto activo como autor o cómplice en el delito encubierto.
- 3.- Haber tenido conocimiento del hecho criminal después de cometido.

Sin embargo, el Tribunal entiende que en el caso concreto enjuiciado, la condenada «intervino como sujeto activo de un delito de colaboración favorecedora para la consecución de los fines previstos por banda armada o de terroristas y rebeldes»; razón por la cual considera que su actuación fue una «cooperación auxiliadora (...) conducta de carácter abstracto en general, que se ha de materializar en un acto concreto de colaboracionismo». Si bien, la valoración de tal materialización corresponde al Tribunal *a quo* entendiendo el Tribunal Supremo que tal juicio, considerando la actividad como colaboración, fue realizado acertadamente por los Jueces de la instancia. Como puede verse, el argumento circular del Tribunal Supremo no aporta nada de interés, y se limita a confirmar la condena por colaboración, sin entrar siquiera a considerar la posible concurrencia de la participación delictiva en el delito encubierto. No aclara en modo alguno cuáles son las diferencia existentes entre la colaboración y el encubrimiento.

C) En la Sentencia de la Audiencia Nacional Secc. 2º de 1 de febrero de 1991 la conducta de la procesada consistió en tener a disposición de la organización armada, un piso de su propiedad mediante entrega de llaves. Vivienda en la que se alojaron los sujetos que perpetraron un asesinato terrorista justo después de cometerse aquél; circunstancias de las que la interesada tuvo conocimiento con posterioridad. La Audiencia Nacional estimó que no se

trataba de un supuesto de encubrimiento sino de simple colaboración porque «la conducta observada por la acusada fue consecuencia del compromiso previo con la organización y no dimanante del hecho concreto acontecido, entendiéndose que este hecho constituye un «leve deslinde» entre la participación como encubridor (Arts. 17 y 18 CP1973) y el delito de colaboración con banda armada regulado en el momento de los hechos por el artículo 9 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre. En este caso, ya encontramos un primer criterio que apunta en la línea de distinción perseguida:

- a) si la colaboración, en forma de encubrimiento, se presta por quien auxilia a la asociación terrorista como consecuencia de un compromiso previo con la misma, estaremos en presencia de un supuesto de colaboración.
- b) si la colaboración, en forma de encubrimiento, se presta en atención al concreto delito que se está encubriendo, entonces podría plantearse un supuesto de encubrimiento como forma de participación en el delito concreto, ex Art. 17 y 18 CP1973

CAMPO MORENO, sin embargo, pone de manifiesto que el supuesto planteado es más complejo: existe un compromiso de colaboración previo, por el cual la acusada prestó su piso a la organización terrorista. Y ésta lo utilizó concretamente para dar cobijo a dos terroristas tras el asesinato de una víctima, teniendo conocimiento la dueña del piso y colaboradora de tales hechos, sin que hiciera nada al respecto que no fuera continuar con su colaboración. Este solapamiento de conductas es resuelto por el autor en cita considerando que se produce un concurso: colaboración con asociación terrorista y participación (como encubridora) en el delito de asesinato terrorista. Si bien no se pronuncia sobre el carácter de dicho concurso, entendiéndose que si es de normas, por no poder castigarse ambos supuestos separadamente sin incurrir en el principio *bis in idem*, debería aplicarse el ya mencionado Art. 68 CP1973, absorbiendo el delito más gravemente penado al que lo está menos⁴⁶⁹. Parece lógico que pudiera estimarse en tal caso que la participación

⁴⁶⁹ Concretamente el autor citado dice: « Entiendo se podría haber dado una doble respuesta penal. De un lado como expresa el propio Tribunal Supremo, el delito de colaboración con banda armada, pues su ayuda o favorecimiento sirvió de infraestructura y apoyo a proyectos criminales de la banda; y, de otro, un delito de encubrimiento dando albergue y alojamiento en vivienda de su propiedad. Caso de no poder darse la doble respuesta penal, habría de darse entrada al principio penal de la absorción, de tal modo que, la

criminal (como encubridor bajo el antiguo CP 1973) absorbería la colaboración con asociación terrorista; si bien no se trata de una solución satisfactoria cuando, como en el caso, la colaboración viene de antiguo, se extiende en el tiempo y prosigue en el futuro después de servir de apoyo para un determinado delito terrorista. Parece, por ello, que la solución más ajustada sería el concurso real de delitos, estimando la participación por encubrimiento en el delito terrorista concreto para el que fue utilizado el piso junto con la pena correspondiente por la colaboración realizada por la imputada durante todo el tiempo previo y posterior a la perpetración del delito encubierto, ya que tal colaboración tuvo un carácter puramente genérico. Se trata de un supuesto interesante, sobre el que merecerá la pena volverse a referir al examinar esta cuestión bajo la vigencia del Código Penal de 1995.

D) Por último, y en el mismo sentido apuntado más arriba, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 1992, recurrida y resuelta en casación por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 57/1993, de 26 de enero [RJ 1993\181], examina el antiguo tipo previsto en el artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973 en relación con el encubrimiento, señalando que los actos de colaboración deben hallarse «desligados de un acto terrorista determinado, pues la previsión de este tipo penal específico reside en la importancia y peligrosidad de estas conductas (...) con desvinculación del hecho delictivo concreto, ya que realizado éste y probada la conexión del favorecimiento con el delito cometido, entra la conducta en el área de la participación criminal (encubrimiento normalmente, sin excluir la posibilidad de la cooperación necesaria o de la complicidad) que absorbería la colaboración en el caso de estar aquélla más gravemente penada». De acuerdo con lo expuesto, y considerando el encubrimiento como una forma de participación más, si el sujeto en cuestión desarrolla una conducta de auxilio concreta, en relación con el delito terrorista de que se trata, estaremos ante un supuesto encubrimiento. En tal caso se produciría la absorción del delito más gravemente castigado: si lo es la participación como encubridor, ésta absorbería la colaboración y viceversa.

originaria colaboración absorbería al encubrimiento o, éste a aquella, en razón de la que estuviera más gravemente penado», en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 87

Pero la Sentencia considera, además, que «si los actos de ayuda o favorecimiento genéricos están enlazados a las actividades de "otras personas" -distintas del sujeto encubierto- o servían de infraestructura informativa y de apoyo a "otros proyectos criminales de la banda", no perderían su propia entidad o substantividad, con mantenimiento de una doble respuesta penal, a la colaboración y al encubrimiento». Produciéndose la punición de ambos injustos en los términos que antes se señalaron, sin que se produzca vulneración alguna del principio *bis in idem*, toda vez que la participación como encubridor no puede absorber una conducta de colaboración mucho más amplia⁴⁷⁰.

2. Encubrimiento y colaboración con asociación terrorista después de la entrada en vigor del CP de 1995

Como ya se indicó más arriba, el cambio operado por Código Penal de 1995 elimina el encubrimiento como forma de participación convirtiéndolo en un delito autónomo en relación con determinados delitos muy graves. Este hecho determina que CAMPO MORENO considere de más fácil resolución los problemas planteados, en especial, en el caso de la concurrencia de encubrimiento y supuestos de colaboración con asociación terrorista acudiendo al principio de especialidad⁴⁷¹. Sin embargo, no parece que pueda afirmarse con tanta rotundidad que los problemas planteables son de sencilla resolución porque en un supuesto de concurrencia de ambas normas aplicables ¿Cuál es la norma especial? ¿Es el delito de encubrimiento un tipo especial respecto de la colaboración? ¿O es el delito de colaboración el tipo especial respecto del encubrimiento? ÁLVAREZ GARCÍA⁴⁷² entiende que es el tipo de colaboración previsto en el artículo 576 CP el que tiene la consideración de tipo especial respecto del de encubrimiento, lo que determina que la colaboración absorba al encubrimiento.

⁴⁷⁰ Entiende la mencionada Sentencia que tal tratamiento de la colaboración en relación con la figura de encubrimiento tiene base adecuada «en la doctrina interpretativa del artículo 174 bis a) del Código Penal y de los preceptos legales antecedentes, desarrollada en las sentencias de 3 de marzo y 10 de abril de 1981, 2 de febrero de 1987, 6 de julio de 1990, 24 de enero, 17 de marzo y 26 de mayo de 1992»

⁴⁷¹ Concretamente señala que «los problemas aludidos, no siempre fáciles de esclarecer dogmáticamente, tienen más fácil encuadre con la nueva regulación del encubrimiento, a lo que sirve de apoyo el Art. 8 del Título Preliminar del Código Penal», en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 88

⁴⁷² «El encubrimiento, que en ocasiones se ha considerado lo absorbe, es en materia de terrorismo un delito más grave, ley especial frente al Art. 451 CP», en ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *Doctrina ...*, Pág. 794

En la línea apuntada por el autor citado, la solución más adecuada es considerar que el tipo de colaboración con asociación terrorista absorbe el de encubrimiento, aún cuando el encubrimiento sea un supuesto de colaboración específica para un concreto supuesto delictivo. Pero no parece que en este caso sea aplicable el principio de especialidad, sino el de alternatividad del Art. 8 4º CP, debiendo entender aplicable el delito que más gravemente resulta castigado, que no es otro que el delito de colaboración.

Sin embargo, también puede ocurrir un supuesto como el que ya se examinó en la Sentencia de la Audiencia Nacional Secc. 2ª de 1 de febrero de 1991, en el que el colaborador con asociación terrorista *ab initio*, en el proceso de su colaboración, incurra en un acto de encubrimiento de un *delito concreto*. Por ejemplo: un *extraneus* presta un inmueble. Durante la cesión de tal inmueble se ocultan dos terroristas después de asesinar a un individuo, de lo que tiene conocimiento el *extraneus* colaborador con posterioridad a la perpetración del hecho. No obstante lo cual, sigue prestando el inmueble, puesto a disposición de la asociación terrorista. En tal supuesto, ¿se entiende que debe absorber la colaboración el encubrimiento o debe existir un concurso de delitos? En este caso, parece que resultaría aplicable la doctrina vigente con el Código Penal de 1973, de forma que cabría sancionar al sujeto en cuestión por ambos delitos: por la colaboración genérica y por el concreto hecho de encubrir a los sujetos que se refugiaron en su inmueble un delito de terrorismo.

Para supuestos como el anterior, es decir, aquellos en los que se produce una determinada colaboración por parte de un *extraneus* a la asociación y, dentro de la misma, un supuesto concreto de encubrimiento de un delito específico de terrorismo, parece que está pensada la mención expresa a delitos de terrorismo que se contiene en el artículo 451. 3º b) CP. Lo lógico parece sancionar tanto por la conducta de colaboración (576 CP) como por el delito de encubrimiento, ya que éste se referirá en todo caso a un delito específico. Se produce, por tanto, un concurso de delitos a sancionar de acuerdo con las normas previstas en el artículo 77.1 CP, ya que se trataría de un concurso medial: el delito de colaboración con asociación terrorista sirve de medio necesario para cometer el delito de encubrimiento.

IX. 2.B.-Concurso con el delito previsto en el artículo 575 CP

El artículo 575 CP recoge un supuesto específico de colaboración con asociación terrorista que, por su importancia, el legislador ha considerado oportuno consignar en un tipo específico: la colaboración económica con las asociaciones terroristas mediante la comisión de delitos contra el patrimonio. Se trata de un supuesto que no se ha examinado en este trabajo, ya que el objeto del mismo se ceñía al tipo previsto en el artículo 576 CP. Pero es necesario considerar ahora aquél precepto, toda vez que el Código Penal establece un concurso de delitos *ope legis* con el tipo de colaboración del Art. 576 CP, como se examinará a continuación.

El artículo 575 castiga a quienes atentaren contra el patrimonio con el fin de allegar fondos a asociaciones terroristas, sancionando el hecho con la pena superior en grado a la correspondiente al concreto atentado contra el patrimonio perpetrado, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración. Este último inciso es que plantea el concurso de delitos considerado, ya que el legislador ha querido castigar:

a) Por un lado, el delito contra el orden socio-económico cometido por el autor, elevando en grado la pena a imponer por haberse cometido con el fin de allegar fondos a una asociación terrorista; motivo especialmente despreciable y que motiva el mayor contenido de antijuridicidad que justifica el tipo agravado.

b) Y por otro lado, sanciona también el acto de colaboración, concreto y material, que supone al mismo tiempo la entrega del beneficio económico obtenido del delito antes sancionado. Esta entrega económica es, por su puesto, un acto concreto de colaboración con asociación terrorista de los previstos en el artículo 576. 2 CP, a saber: un supuesto de colaboración, cooperando económicamente con la asociación.

El sentido que tiene la existencia del presente precepto, y el concurso previsto, se fundamenta en el hecho de que la cooperación económica con las asociaciones terroristas puede tener dos orígenes, esencialmente: el propio patrimonio del aportante o el patrimonio ajeno, contra el que el aportante atenta para hacerse con aquellos fondos. De este modo, los supuestos de auxilio económico también pueden reducirse a dos supuestos:

a) El supuesto de colaboración económica llevado a cabo por el *extraneus* a la asociación terrorista, pero simpatizante con la causa, que decide aportar dinero u otros efectos económicos para sufragar los costes de las actividades terroristas de la asociación. Se trataría, pues, de un supuesto estricto de cooperación económica, por lo que tal individuo habrá de ser condenado como autor de un delito de colaboración económica con asociación terrorista, prevista en el artículo 576.2 CP.

b) Por el contrario, si ese mismo sujeto decidido a cooperar económicamente con la asociación terrorista decide hacerlo mediante el atentado contra el patrimonio ajeno, con el objetivo de obtener de dichos delitos un lucro determinado que entregará a la asociación terrorista para sufragar las actividades criminales de la asociación, habrá de sancionarse el supuesto como un concurso real de delitos, castigándose por el concreto delito cometido contra el patrimonio, agravado en un grado; y por el acto de colaboración con la asociación terrorista que el sujeto comete, como consecuencia del desplazamiento patrimonial que efectúa del resultado de aquél a favor de la asociación terrorista.

El concurso que se produce es real porque las conductas típicas observadas por el sujeto en cuestión son distintas: una conducta típica es la propia del delito contra el patrimonio realizado (robo, hurto, estafa...); y otra distinta viene constituida por el desplazamiento patrimonial que el sujeto desarrolla a favor de la asociación terrorista, una vez que ha culminado aquél delito contra el patrimonio. Concurso real porque, en el caso de que el sujeto cometa el delito patrimonial, obteniendo el beneficio económico correspondiente, aunque por alguna circunstancia no se produzca el desplazamiento patrimonial a favor de la asociación, ya se habrá producido el acto de colaboración, por la finalidad de auxilio terrorista que dirigía el delito patrimonial perpetrado.

IX. 2.C.-Supuestos concursales diversos.

Por último, la jurisprudencia ha examinado supuestos de concursos entre el delito de colaboración con asociación terrorista y otros delitos cometidos también con finalidad terrorista sin que, al contrario de lo que ocurre con el

artículo 575 CP, exista tipo agravado específico para tales supuestos, debiendo simplemente acudir a la institución concursal. Del examen conjunto de tales supuestos pueden extraerse las conclusiones siguientes:

1.- El delito de colaboración con asociación terrorista castiga únicamente conductas de auxilio genérico con la misma que, de no existir, resultarían conductas impunes.

2- De carácter específicamente punible de la colaboración se deduce que la comisión de otros tipos penales con la intención de auxiliar a la asociación terrorista supone la concurrencia de un doble atentado contra bienes jurídicos diversos, de forma que la antijuridicidad específica de cada una de las conductas (colaboración y tipo penal específico de que se trate) exige la sanción de ambos delitos, dando lugar a un concurso de delitos.

3.- Las normas que habrán de disciplinar el concurso en cuestión dependerán de que la conducta observada por el colaborador sea más amplia o se ciña exclusivamente a la comisión del tipo penal específico. Si no existe dicha amplitud, habrá de afirmarse la unicidad de la acción delictiva y se producirá un concurso ideal de delitos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 CP. Por el contrario, cuando el tipo penal específico cometido por el colaborador se inserte dentro de una conducta de colaboración más amplia, procederá la sanción por ambos delitos en concurso real, atendiendo al distinto contenido de antijuridicidad de ambos supuestos que no queda absorbido por el delito más gravemente penado.

Los principales supuestos son los siguientes, abordados de forma breve y sin ánimo de exhaustividad:

1) Falsedades

La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 51/2001 de 12 noviembre [JUR 2002\53297] castigó a la imputada por un delito de colaboración con asociación terrorista en concurso ideal con un delito de falsificación continuada de documento de identidad. Aunque dicha Sentencia fue casada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 380/2003 de 22 diciembre [RJ 2004\16], lo cierto es que dicha casación se produce como consecuencia de estimar la vulneración del principio *ne bis in idem*, pero no en

relación con la posible concurrencia de tales concursos. De esta forma, es factible que quepa apreciar un concurso de delitos en el caso de colaborar con la asociación terrorista llevando a cabo la falsificación de algunos documentos para su puesta a disposición de la asociación terrorista. La Audiencia Nacional entendió que el concurso debería considerarse como ideal, pero lo cierto es que estos supuestos no se produce ni concurso ideal ni medial. No existe concurso ideal porque no hay un solo hecho que constituya dos o más infracciones, ya que una conducta es la propia del delito de falsificación; y otra diferente es la puesta a disposición de la asociación del material falsificado. Piénsese en un supuesto distinto, en el que la asociación recurriera de forma subrepticia a un falsificador profesional, ocultando su carácter asociativo. En tal supuesto no existiría un delito de colaboración con asociación terrorista porque la conducta no sería dolosa, pero sí que existiría el correspondiente delito de falsedad. Más dudas plantea la existencia de un concurso medial, puesto que cabría entender que la falsificación es medio necesario para cometer el delito de colaboración. Sin embargo, parece más oportuno el castigo de ambos delitos por separado, en tanto que nos encontramos antes dos hechos diferentes (falsificación y puesta a disposición), que integran dos delitos distintos con un contenido de antijuridicidad los suficientemente diferenciado como para exigir el tratamiento propio del concurso real.

2) Depósito de armas y tenencia de explosivos: 563 y SS. CP⁴⁷³

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 699/2007, de 17 de julio [RJ 2007\5113] aborda el estudio de los supuestos concursales de colaboración con asociación terrorista y depósito o tenencia de armas, dando una respuesta al supuesto enjuiciado que, desde la postura aquí sostenida, no se puede compartir⁴⁷⁴. La mencionada resolución judicial se refiere a un

⁴⁷³ Los artículos 563 y 564 CP se refieren a la tenencia de armas prohibidas y reglamentarias sin licencia o permiso (respectivamente); mientras que el artículo 566 CP castiga la fabricación, comercialización o establecimiento de depósitos de armas o municiones no autorizados, definiendo tal depósito el artículo 567 CP. Finalmente el artículo 568 CP castiga el depósito o tenencia de explosivos en sus distintas modalidades.

⁴⁷⁴ El error de que parte la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo es el de considerar que cabe un concurso entre los delitos previstos en el artículo 576 CP y el artículo 573 CP (relativo a las conductas de tenencia de explosivos y depósito de armas), cuando ya se ha señalado que solamente pueden ser autores del tal artículo los integrantes de asociación terrorista, no cupiendo tal concurso. Cabe, por tanto, concurso con el artículo 573 CP con el tipo de integración (515 2º y 516 CP), pero no con colaboración, ya que los sujetos activos de uno y otro tipo son distintos.

supuesto enjuiciado por la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, en su Sentencia nº 29/2006, de 23 de junio [JUR 2008\246927], en la que se condenó al recurrente como autor de un delito de colaboración con asociación terrorista en concurso ideal con un delito de tenencia de armas y otro de depósito de explosivos. El Tribunal Supremo considera, acertadamente, que la finalidad del legislador al regular el artículo 576 CP era la de castigar «conductas de cooperación genérica que, por si mismas y consideradas aisladamente, no son actividades delictivas específicamente penadas en otros artículos del Código Penal», asumiéndose lo ya considerado en este trabajo respecto de carácter genérico del auxilio castigado en estos supuestos. Esta generalidad de la ayuda prestada hace que queden fuera del ámbito típico de la colaboración con asociaciones terroristas otros actos típicos, «entre otros, los atracos con objeto de recaudar fondos para financiar las actividades terroristas, las falsificaciones de documentos de identidad y por, supuesto, la tenencia, custodia o depósito de armas de cualquier clase». La razón que justifica este hecho es evidente desde el punto de vista de la antijuridicidad: mientras que la colaboración sanciona el acto material de apoyo a la asociación, los supuestos típicos previstos, como el depósito de armas y la tenencia de explosivos, tiene su específico contenido de antijuridicidad, resultando ambos autónomos respectivamente, quedando al margen si el concurso de delitos que se establece es real o ideal (medial). Y es que, como ya se indicó antes, ambos tipos penales poseen un contenido de antijuridicidad específico que no es consumido por ninguno de los dos, siendo preciso sancionar ambas conductas delictivas de acuerdo con las normas concursales.

Esta última cuestión apunta en la misma dirección que antes examinamos, ya que se plantea la duda de si cabe apreciar las normas del concurso medial o se trata de infracciones penales que deben regirse por las normas generales del concurso real. Sobre tal cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1018/2000 de 12 de junio [RJ 2000\6596], cuando se plantea la concurrencia del supuesto de depósito de armas en relación con la colaboración con asociación terrorista, entiende que habrá que estar a la acción probada, esto es, al carácter propio de la conducta observada por el sujeto activo, de forma que:

a) Si la única conducta probada de colaboración es la tenencia o depósito de explosivos o armas, lógicamente habrá que considerar que existe un concurso ideal de delitos.⁴⁷⁵

b) Mientras que si la conducta de colaboración es más amplia, pero dentro de las mismas se encuentra también el ya mencionado depósito y/o tenencia, la unidad de acción se rompe y procede la sanción de ambos tipos según las normas del concurso real⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ La Sentencia citada señala, concretamente, que «el depósito de armas es, por regla, un delito de cooperación con otros delitos y, consecuentemente, se puede considerar como un tipo de cooperación punible como autoría en forma autónoma. Por tales razones, es evidente que cuando es realizado por una persona ajena a la organización terrorista se debe plantear la cuestión de cómo concurren el delito de depósito de armas con el de colaboración con banda armada, especialmente en aquellos casos en los que el depósito es la única forma probada de cooperación. En tales casos la unidad de acción es evidente y por lo tanto será necesario plantearse la cuestión de si se deben aplicar las reglas del concurso ideal o si la aplicación de los dos tipos resulta excluida por alguna de las reglas del Art. 8 CP». Descartando esta última opción cuando es claro que «la unidad de acción vulnera dos bienes jurídicos, pues se trata de un depósito de armas que favorece a una banda armada y, por lo tanto, no es aplicable ninguno de los criterios de exclusión previstos en el Art. 8, 1º, 2º y 3º CP. Consecuentemente se debe aplicar el núm. 4 del Art. 8 CP, pues se trata de un concurso ideal».

⁴⁷⁶ En contra de esta tesis, entendiéndose que existe un concurso de normas a resolver por el principio de consunción o alternatividad, SÁNCHEZ MELGAR: «El depósito de armas, al que coopera cediendo el uso de una vivienda, absorbe la colaboración, por estar más gravemente penada (STS 11-11-1998). Y lo mismo cuando el único acto de colaboración es el depósito de armas en beneficio de la banda terrorista (STS 12-06-2000)», en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.) Código ..., Pág. 2623

PARTE V. PENALIDAD, CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENALIDAD Y ESPECIALIDADES PROCESALES Y PENITENCIARIAS.

CAPÍTULO X. LA PENA. COMPATIBILIDAD DE LA REGULACIÓN VIGENTE CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

X.1.- Penalidad

X.1.A.- La pena del delito de colaboración con asociación terrorista.

El artículo 576 CP castiga a los colaboradores con asociación ilícita terrorista con una pena de de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses. Pena que se impondrá en su mitad superior en los supuestos previsto en el primer inciso del párrafo segundo de dicho artículo, únicamente en los supuestos de información o vigilancia de individuos, para el caso que el peligro abstracto que se sanciona se convierta en un peligro concreto para la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas.

Junto con dicha pena, el artículo 579.2 CP prevé para los autores de todos los delitos terroristas recogidos en la Sección la pena de inhabilitación absoluta⁴⁷⁷. Su duración, por otra parte, presenta una especialidad en relación con la duración de la pena de privación de libertad correspondiente, ya que el citado artículo señala que la inhabilitación será por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Además, se ofrece un criterio al juzgador que no podrá ser desatendido a la hora de fijar la concreta duración de la pena de inhabilitación, cual es el de la relación de proporcionalidad atendiendo a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y, por último, dejando abierta a la libre apreciación de juzgador las circunstancias que concurran en el delincuente para la posible modulación de la pena de inhabilitación⁴⁷⁸. Esta

⁴⁷⁷ El artículo 41 del Código Penal señala que la inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

⁴⁷⁸ El autor en cita considera que «cuanto más grave y cruel fuere el delito cometido, mayor debería ser la duración de la misma, así como la reiteración en la comisión de estos hechos resulta determinante al suponer una mayor vinculación con los postulados de la banda organizada, lo que hará que con mayor

pena es introducida como principal por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Antes de su entrada en vigor, la misma se preveía como pena accesoria en los delitos de terrorismo. MORAL DE LA ROSA⁴⁷⁹, por todos, se refiere a esta pena a imponer a los colaboradores con asociación terrorista considerándola útil y coherente. Una utilidad que se deriva de una opción político-criminal del legislador, fiel reflejo de la realidad, por cuanto es habitual que colaboradores o pertenecientes a asociaciones terroristas, habiendo cumplido penas privativas de libertad y alcanzada la libertad aparezcan como miembros elegibles de una candidatura electoral. El autor en cita considera que este hecho es radicalmente contradictorio con el fundamento de los delitos de terrorismo, que no es otro que el sistemático ataque contra el sistema constitucional y político. Resulta, pues, contradictorio que quien ha sido condenado por terrorismo y haya cumplido la pena privativa de libertad sin mostrar el más mínimo arrepentimiento, aceptando de las bases democráticas del juego político, disfrute del desempeño de un cargo político⁴⁸⁰. Este es el sentido que atribuye a tal medida la Ley que introduce dicha pena, cuando

fundamento el período de privación de tales derechos fuera mayor y a sensu contrario, cuanto menor sea la gravedad, reiteración o voluntad del mismo, al haber abandonado la actividad de la banda, menor debería ser la duración de la referida inhabilitación» en MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos ...*, Págs. 249. CLIMENT DURÁN se refiere genéricamente a la motivación de las sentencias en cuanto a la graduación de la pena que se hará teniendo en cuenta «la mayor o menor persistencia en las actividades y capacidad decisoria para la intervención de los hechos», en CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código ...*, Pág. 1423

⁴⁷⁹ Cfr. MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos ...*, Págs. 248-249

⁴⁸⁰ Un ejemplo que ilustra la racionalidad de la pena es el caso de Josu Urrutikoetxea Bengoetxea, cuya ficha de parlamentario puede verse en:

http://www.parlamento.euskadi.net/personalidades/c_personalidades.html#U

El Sr. Urrutikoetxea Bengoetxea fue parlamentario vasco por los grupos Euskal Herritarrok, Batasuna y Araba, Bizkaia eta Gipuzkoako Sozialista Abertzaleak (sucesivamente) en la VII Legislatura del Parlamento desde el 12 de junio de 2001 hasta el día 22 de febrero de 2005, habiendo desempeñado entre otros cargos, el irónico de Vocal la Comisión de Derechos Humanos de dicha cámara. Debe recordarse que dicho individuo fue condenado por pertenencia a la asociación terrorista ETA, e investigado por su participación en múltiples atentados. Tras la condena, sin arrepentimiento alguno, se incorporó al Parlamento Vasco, del que huyó tras ser llamado a declarar por su presunta implicación en el atentado de la casa cuartel de la Guardia Civil de Zaragoza en 1987, donde perdieron la vida las gemelas Miriam y Esther Barrera Alcaraz (4 años), Silvia Ballarín (7), Silvia Pino (7) y Rocío Capilla (13); los guardias civiles José Pino Arriero, José Ignacio Ballarín Cazaña y Emilio Capilla Tocado; y los civiles Pedro Alcaraz, de 17 años, y María del Carmen Fernández y Pilar Franco, amas de casa que, además, estaban embarazadas. Actualmente se le considera uno de los máximos dirigentes de ETA, encabezando la delegación etarra en la fallida negociación entablada con el Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero. La página Web de la Guardia Civil señala que la orden de dicho atentado fue el ex-parlamentario vasco. Vid. <http://www.guardiacivil.es/terrorismo/acciones/detalle.jsp?id=161>, ficha de uno de los asesinados.

señala en su Exposición de Motivos (IV) que la inhabilitación absoluta se introduce para «reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que legítimamente corresponde a quienes resultan elegidos por sus conciudadanos y con la finalidad de adecuar las penas a la naturaleza de los delitos cometidos». De ahí que la duración de la inhabilitación se determine en un número de años (entre 6 y 20) por encima de la pena de privación de libertad impuesta. Este criterio es distinto al que suele emplearse, ya que normalmente se fija la duración de forma que coincida con la pena privativa de libertad impuesta.

X.1.B.- Ley penal más favorable

Un supuesto habitual en la determinación de la pena correspondiente al colaborador con asociación terrorista es el de considerar qué ley penal resulta más favorable para su aplicación a hechos acaecidos durante la vigencia del antiguo Código Penal de 1973 y juzgado durante la vigencia del Código actual. Esta cuestión se dirime, esencialmente, por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1297/2003 de 9 octubre [RJ 2003\7464]. La citada resolución judicial distingue entre:

- a) Supuestos en los que el reo se encontraba cumpliendo condena en el momento de la publicación de la Ley Orgánica 10/1995, siendo de aplicación lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la misma.
- b) Y aquellos en los que no se había dictado aún sentencia, por cuanto se estaban juzgando hechos ocurridos bajo la vigencia del Código penal de 1973. Pudiendo añadirse los supuestos de delitos de colaboración cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1973 pero que son enjuiciados durante la vigencia del actual. A estos efectos, debe recordarse que el plazo de prescripción del delito previsto en el artículo 576 CP es de 10 años desde la comisión de los hechos, según lo previsto por el Art. 131.1 CP.

Para el supuesto de la letra b) el Tribunal sentenciador habrá de preguntarse sobre cuál es el Código penal más favorable y, después, individualizar la pena correspondiente al delito cometido, según la previsión de la Disposición Transitoria Primera de la L.O. 10/1995. El Tribunal Supremo

proporciona al juzgador la interpretación de los cuatro criterios legales para la determinación de la Ley más favorable:

1º.- El juzgador deberá realizar una operación jurídica consistente en la comparación de ambos bloques normativos completos, sin formar un tercer Cuerpo legal escogiendo de uno u otro texto legal aquello que resulta más favorable para el acusado. (Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 10/1995)

2º.-Deberá considerar la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código (Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 10/1995)

3º.- La disposición más favorable será considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial (Disposición Transitoria Quinta de la L.O. 10/1995)

4º.- Cuando se trate de penas privativas de libertad no se considerará más favorable el nuevo Código, cuando la duración de la pena anterior imponible al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código, añadiendo que «se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia» (Disposición Transitoria Quinta de la L.O. 10/1995)

Además de los criterios legales sistematizados por el Tribunal Supremo, la Sentencia citada realiza una meritoria consideración del delito de colaboración con asociación terrorista, comparando los tipos previstos en el artículo 174 bis a) del Código de 1973 y el 576 del Código vigente. Atendiendo a la distinta penalidad. Los términos de la comparación son los siguientes:

1.- El Art. 174 bis a) del Código penal de 1973 le asignaba la pena de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas, que debía ser impuesta en su grado máximo, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 57 bis a), y que se

corresponde, en consecuencia, con la pena de prisión de diez años y un día a doce años, más multa.

2.- Conforme al nuevo Código penal, el Art. 576 le asigna una pena de cinco a diez años de prisión y multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Considerando el Tribunal Supremo lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la L.O. 10/1995 sobre redención de penas por el trabajo, llega a la conclusión de que, en la contraposición entre ambos tipos de colaboración, el Código penal vigente es más favorable que el derogado. Sin embargo, esta solución no es ni mucho menos definitiva, por cuanto depende de cada caso en concreto y de la posible concurrencia de determinadas circunstancias que implique una apreciación de la pena diferente. En este sentido, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], considera en el caso enjuiciado que el tipo previsto en el Código Penal de 1973 es más ventajoso que el tipo previsto en el Código actual.⁴⁸¹ La cuestión, por lo tanto, estaba abierta a la interpretación de los tribunales, determinable caso a caso.

X.1. C.- Penalidad histórica

En relación directa con el tema antes abordado, también resulta interesante considerar cuál ha sido la punibilidad del tipo colaboración desde su creación hasta la regulación vigente en el Código Penal de 1995. Y así pueden considerarse las siguientes penalidades genéricas, sin atender a supuestos agravados o atenuados, en relación con la pena:

⁴⁸¹ Así lo indica la Sentencia señalada: «a la vista de las penas privativas de libertad previstas en ambas regulaciones, la comparación no resiste análisis. Conforme al CP 1995 la pena imponible oscila entre 5 y 10 años. Frente a tal previsión, el CP 1973 -descontando las redenciones previsibles- establece una pena de 4 a 8 años (resultado de restar un tercio a la pena prevista de prisión mayor). Las penas mínima y máxima imponibles conforme al CP 1995 son más elevadas que las penas mínima y máxima imponibles conforme al CP 1973. Además, el CP 1995, ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad -que en este caso no se han alegado- permite imponer -Art. 66, regla 1ª- «la señalada por la Ley, en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», por tanto podría esta Sala, de considerar los hechos delictivos, recorrer toda la extensión de la pena prevista -de 5 a 10 años de privación de libertad- optando por la que se ajuste a los parámetros expresados. Sin embargo, conforme al CP 1973, cuya mayor benevolencia se defiende frente a la pretensión de la defensa, al no concurrir circunstancias atenuantes o agravantes -Art. 61, regla 4ª- los Tribunales sólo podrían imponer la pena en el grado medio o mínimo -de 4 años a seis años y ocho meses de cumplimiento efectivo- «teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente».

1.- En primer lugar, el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, en su artículo Séptimo sancionaba la conducta con prisión mayor (de seis años y un día a doce años, según el Art. 30 CP1973)

2.- La Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, que introdujo el efímero artículo 481bis, sancionaba tales conductas con la pena de prisión menor (seis meses y un día a seis años, ex Art. 30 CP1973).

3.- El Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en su artículo 2, repite la sanción de tales supuestos con la pena de prisión menor.

4.- La Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar, introduce el 174 bis b), sancionando la colaboración con la pena de prisión mayor, añadiendo por primera vez una pena de multa: de 100.000 a 500.000 pesetas,

5.- La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, en su artículo 9, sanciona la conducta examinada con la pena de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas

6.- Finalmente, la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, introduce el examinado 174 bis a), castigando la conducta típica con la pena de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

Si se comparan las penas expuestas con la que hoy se sanciona la colaboración en los artículo 576 y 579.2 CP se puede observar cómo la pena de privación de libertad se ha reducido: de la pena de 6 a 12 años antes; hasta el arco actual que va de los de 5 a 10 años. Como bien señala ARROYO

ZAPATERO, tras el breve paréntesis de la prisión menor⁴⁸² prevista por la Ley 82/1978, de 28 de diciembre y continuada por el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, las penas de privación de libertad para el colaborador han sido siempre elevadas, lo que ha sido criticado duramente por el último autor en cita. Si bien esta penalidad se ha reducido, como decíamos, no es parangonable la pena actual con la que correspondía a la prisión menor (seis meses y un día a seis años), como se estudiará en el epígrafe relacionado con la proporcionalidad de la medida.

La privación de libertad se acompaña, desde 1981, con una pena de multa fijada en sus máximos, en cuanto al monto económico y de forma genérica por el artículo 50 CP (400 Euros); mientras que la duración máxima será de 24 meses, según la previsión expresa del artículo 576 CP; lo que arroja una cifra muy elevada: 288.000 Euros. Si bien, en la práctica y por imperativo de la previsión hecha en el artículo 50.5 CP, el máximo suele fijarse en 10 Euros/día, lo que arroja un máximo absoluto (en una pena de 24 meses) de 7.200 Euros; siendo no pocas las Sentencias en las que se condena por el mínimo previsto (2 Euros/días) que, en las mismas condiciones anteriores, arroja un total absoluto de 1.440 Euros.

X.1.D.- Aplicación práctica y propuesta de proporcionalidad matemática.

La pena impuesta definitivamente por la Audiencia Nacional (y en su caso por el Tribunal Supremo) se caracteriza por una gran divergencia de criterios, si es que realmente existe alguno. A título de ejemplo, pueden considerarse las siguientes condenas por colaboración:

⁴⁸² En relación con la pena de prisión menor, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, señala que se «facilitaba el castigo proporcional de los distintos actos de colaboración, en los que de ordinario no se daban circunstancias modificativas, con lo que se podía recorrer el marco penal entero y, entre el mínimo de 6 meses y el máximo de 6 años había una gran diferencia real (...) por los beneficios que cabían en penas inferiores a 1 año. De tal forma que había una gran diferencia cuantitativa y cualitativa entre una pena de 6 meses, que no implicaba el ingreso en prisión, y una pena de 6 años; mientras que la diferencia entre una pena de 6 años y otra de 12 era sólo cuantitativa», en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios ...*, Pág. 571

a) La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 6/2008 de 27 febrero [JUR 2008\97921] castiga al colaborador con la pena de prisión de 5 años, 18 meses de multa a razón de 2 euros diario y 11 años de inhabilitación absoluta.

b) La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 65/2007 de 31 octubre [JUR 2007\328722], castiga a uno de los colaboradores en el 11-M con la pena de prisión de 9 años, 18 meses de multa a razón de 10 euros día y 19 años de inhabilitación (10 años más de la condena privativa de libertad).

c) La Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª nº 17/2004 de 3 junio [JUR 2005\190477] castiga al colaborador con una pena de prisión de 6 años, multa de 20 meses a razón de 10 euros al día y 6 años inhabilitación.

d) Y la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª nº 16/2003 de 11 de marzo [JUR 2004\253112] sanciona al culpable con la pena de prisión de 5 años, 18 meses de multa a razón de 3 euros día y 5 años de inhabilitación.

A la vista de tan variopintos fallos, se hace evidente la insuficiencia de criterios aportados por el genérico artículo 66.6 CP, cuando señala que tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales impondrán la pena en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Y más específicamente, el artículo 50.5 CP se refiere a la fijación de la pena de multa, debiendo el Tribunal determinar motivadamente la extensión de la pena dentro del límite previsto y fijando el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

A efectos sistemáticos y partiendo de una distinción de la colaboración que sigue los pasos de la prevista por el artículo 13 CP (colaboración muy grave, grave y leve), se realiza a continuación una propuesta de punición de los delitos de colaboración con asociación terrorista que basa su fundamento en reglas de proporción matemática:

1.- Colaboración leve.

Privación de libertad de 5 a 6 años

Multa de 21 a 22 meses

Inhabilitación absoluta entre 6 y 10 años superior a la pena privativa de libertad (Min. 11 años/Max. 16 años)

2.- Colaboración grave.

Privación de libertad de 6 años y un día a 8 años.

Multa de 18 a 20 meses

Inhabilitación absoluta entre 10 y un día y 15 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 16 años/Max. 18)

3.- Colaboración muy grave.

Privación de libertad de 8 años y un día a 10 años.

Multa de 23 a 24 meses

Inhabilitación absoluta entre 15 y un día y 20 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 21 años/Max. 30 años).

La cuantía de la multa ha de establecerse de acuerdo con la situación económica del reo, según ya se ha señalado. Puesto en relación este hecho con la experiencia práctica de la Audiencia Nacional (que raras veces condena por cantidades superiores a 10 Euros/día en estos supuestos), podrían establecerse tres tramos correspondientes con otras tantas circunstancias personales del reo. Así:

Tramo I: situación económica de nivel **bajo**.

2 euros/día (Min. 1080 Euros/Max. 1440 Euros)

Tramo II: situación económica de nivel **medio**.

5 euros/día (Min. 2700 Euros/Max. 3600 Euros)

Tramo III: situación económica de nivel **alto**.

10 Euros/día (Min. 5400 Euros/Max. 7200 Euros)

Tipos de colaboración con asociación terrorista:

Leve
Grave
Muy grave

Prisión

Colaboración Leve:
de 5 a 6 años.
Colaboración Grave:
de 6 años y un día a 8 años.
Colaboración muy Grave:
de 8 años y un día a 10 años.

Inhabilitación absoluta

Colaboración leve:
entre 6 y 10 años superior a la pena privativa de libertad (Min. 11 años/Max. 16)
Colaboración grave:
entre 10 y un día y 15 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 16 años/Max. 18)
Colaboración Muy Grave:
entre 15 y un día y 20 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 21 años/Max. 30 años).

Multa (Duración)

Colaboración Leve:
de 18 a 20 meses
Colaboración Grave:
de 21 a 22 meses
Colaboración Muy Grave:
de 23 a 24 meses

Tramos de multas (Importe)

Tramo I: situación económica de nivel **bajo**.
2 euros/día (Min. 1080 Euros/Max. 1440 Euros)
Tramo II: situación económica de nivel **medio**.
5 euros/día (Min. 2700 Euros/Max. 3600 Euros)
Tramo III: situación económica de nivel **alto**.
10 Euros/día (Min. 5400 Euros/Max. 7200 Euros)

ANEXO V
PROPUESTA DE PENALIDAD

X.2.- Proporcionalidad.

Uno de los elementos más discutidos por la doctrina y que ha supuesto una importante actividad jurisprudencial y legislativa en relación con el tipo examinado es, sin duda, la proporcionalidad de la pena prevista por el Código Penal. El caso que marca un antes y un después en materia de proporcionalidad es el encarcelamiento de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. Éstos fueron encarcelados por Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], casada por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999 de 20 de julio [RTC 1999\136], lo que supuso la excarcelación de dichos miembros de la Mesa Nacional. Cabe, por tanto realizar el examen de la materia dividiéndolo en tres partes: críticas doctrinales previas al caso de la Mesa Nacional; las Sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional; y, finalmente, los efectos producidos por ambas resoluciones.

X.2.A.- Críticas doctrinales previas al Caso de la Mesa Nacional.

La proporcionalidad se manifiesta, como señala PRATS CANUT⁴⁸³ siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, en dos momentos esenciales: en el momento conminativo, donde la proporcionalidad exige un equilibrio entre el injusto del delito y la pena con la que se sanciona. En este momento, el sujeto al que se dirige el mandato de proporcionalidad es, sin duda, el legislador. Y en el momento aplicativo, en el que la proporcionalidad supone que a la hora de individualizar la pena a imponer al sujeto condenado, ésta sea proporcionada al concreto hecho cometido. Puesto que la tarea de individualizar la pena es propia de Jueces y Tribunales, son éstos los destinatarios de la exigencia de proporcionalidad en este momento.

En general, la doctrina científica ha criticado duramente la pena prevista para el colaborador con asociación terrorista desde la perspectiva del momento

⁴⁸³ Cfr. PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *Comentarios ...*, Pág. 2119

aplicativo, y así CAMPO MORENO⁴⁸⁴ es el primero que critica la pena con la que castiga el artículo 576 CP a los colaboradores. Se hace eco de las críticas dirigidas contra tales tipos por GÓMEZ BENÍTEZ⁴⁸⁵; y las propias a los viejos tipos de colaboración que aquél autor hace extensivas al tipo actual. Entiende CAMPO MORENO que la pena es desproporcionada si se comparan las penalidades del colaborador (576CP) con el integrante (515.2º y 516 CP), ya que la diferencia es escasa: de seis a doce años de privación de libertad para la primera y de cinco a diez años de prisión y multa para la segunda. El autor citado considera que tal equiparación implica una quiebra del principio de proporcionalidad porque la diferencia existente entre las penalidades previstas no se corresponde con la diferencia cualitativa que existe entre la colaboración y la pertenencia. Invoca, además, la doctrina anterior que sostenía la desproporcionalidad de la medida para otros preceptos anteriores, poniendo de manifiesto que tal proceder se vuelve contra lo que la inspira, teniendo un indudable factor criminógeno: da lo mismo ser colaborador que integrado. Entiende el autor que esta equiparación de las penas constante en la legislación antiterrorista, como se ha comprobado en el epígrafe anterior, entre el integrado y el colaborador, manifestación que se constata en todos los textos punitivos y se remonta a la aparición de estas figuras penales, «supone un auténtico quebranto del principio de proporcionalidad, y equipara lo accesorio y puntual –propios de la colaboración-, a lo permanente y jerárquico –notas de integración-»⁴⁸⁶.

Las críticas señaladas, no obstante, deben considerarse teniendo en cuenta que se hacen en el momento conminativo de la pena. Situados en éste, las críticas se traducen en considerar que no existe un equilibrio entre el injusto del delito y la pena con la que se sanciona. Sin embargo, es evidente que dicha afirmación es valorativa y, por tanto relativa: pueden ofrecerse motivos que amparen el equilibrio o el desequilibrio, siempre que los mismos sean racionales. Cabría por tanto considerar, en pie de igualdad con la opinión contraria, que dicho equilibrio sí existe por diversas razones:

⁴⁸⁴ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...* Págs. 76-77

⁴⁸⁵ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Crítica de la política penal del orden público*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 16, 1982

⁴⁸⁶ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág.77

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el factor criminógeno aludido fue expuesto por ARROYO ZAPATERO⁴⁸⁷, secundado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, en relación con el artículo 174 bis b) del Código de 1973, introducido por L.O. 2/1981 de 4 de mayo. Aquél precepto, en efecto, adolecía del defecto señalado de casi promover la actuación delictiva de mayor gravedad porque la pena prevista para el colaborador y para el integrante era exactamente la misma: prisión mayor. Es verdad que la diferencia existente en los tipos actuales no es muy abultada, pero no es exactamente la misma, como ocurría con el tipo que criticaba ARROYO ZAPATERO.

En segundo lugar, puede afirmarse el equilibrio entre injusto y pena si se tiene en cuenta que dentro del arco de penalidad previsto, la práctica habitual de los Tribunales de Justicia suele ser la condena en la mitad inferior para los supuestos de colaboración. La pena de privación de libertad es de 5 a 10 años, pero en la inmensa mayoría de las condenas por este tipo delictivo se impone una pena privativa de libertad que no supera los siete años de prisión. Un supuesto excepcional es el ya examinado de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 65/2007 de 31 octubre [JUR 2007\328722], que castiga con 9 años de prisión a uno de los colaboradores con la Célula del 11-M. Este caso, además, puede convertirse en un alegato a favor de la proporcionalidad del precepto, es decir, del equilibrio entre injusto y pena si se comparan las condenas a los autores del atentado y a los colaboradores:

- Jamal Zougam es condenado como autor de pertenencia a organización terrorista, 191 delitos de asesinatos terroristas y dos abortos, 1.856 delitos de atentado en grado de tentativa y cuatro delitos de estragos terroristas, a la pena de prisión de **42.982 años**.
- Otman El Gnanoui es condenado como autor de los mismos delitos que el anterior junto con otro de falsificación documental a la pena de **42.984 años**.
- Emilio Suárez Trashorras es condenado como cooperador necesario de los delitos de 192 asesinatos terroristas y dos abortos, 1.991 delitos terroristas en grado de tentativa, cinco estragos terroristas y delito de falsedad a la pena de **34.765 años**.

⁴⁸⁷ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma...*, Pág. 412

- Por el contrario, El Fadual El Akil, es condenado como colaborador con asociación terrorista a la pena de **9 años** de prisión y multa de **5400 Euros**.

El examen conjunto de las condenas anteriores parece abogar en favor del equilibrio injusto/pena. Un equilibrio que se hace incluso más patente si se tiene en cuenta que en el supuesto examinado se castiga con excepcional dureza el delito de colaboración con asociación terrorista, No parece, pues, que exista desproporción en el sentido de equilibrio. Es más, si ésta existiera, parece que apuntaría en dirección contraria. Por esta razón causa perplejidad la opinión de CAMPO MORENO, influenciada por GÓMEZ BENÍTEZ, si se la pone en relación con el supuesto antes señalado. Dice el primer autor que «la consecuencia puesta de manifiesto supone el plegamiento del legislador; que cegado por un fin primordial, subordina, en no pocas ocasiones, las garantías y los principios que han de regir el ordenamiento penal ante una pretendida eficacia. Aspirada y anhelada eficacia que no deja de convertir a la Ley antiterrorista en irracional; y es que, además, ello actúa, es preciso insistir, como factor delictivo favorecedor de los delitos y de las conductas más graves que se pretenden conjurar». Especialmente sorprendentes es también esta última expresión, puesta de nuevo en relación con la Sentencia citada: «no es de la gravedad de las penas, sino de su proporcionalidad y de la seguridad de su aplicación, de lo que depende la eficacia de un sistema penal».

En tercer lugar, no puede compartirse el juicio de desproporción denunciado porque, para estimar la proporcionalidad de la pena, no basta con limitar el examen a la pena prevista en los preceptos citados (516 CP y 576 CP); por el contrario, habrá que acudir al sistema bifronte de punición del terrorismo que ya se examinó. Recuérdese que mientras que al colaborador se le sanciona por los concretos actos de colaboración cometidos; al integrado se le sanciona por la mera pertenencia a la asociación terrorista y raro es el supuesto en el que no se sancione también en concurso con el delito terrorista cometido, obteniendo condenas claramente superiores a las que se impone al mero colaborador por sus actos.

Las críticas a la proporcionalidad se unen, también, a las que consideran que el tipo de colaboración supone una “procesalización” del Derecho Penal material, de forma que pueda sancionar con una pena elevada sin que sea necesaria una prueba de cargo en tal sentido, ya que lo único que es necesario probar sería la colaboración abstracta del sujeto en la actividad delictiva⁴⁸⁸. Se trataría, pues, de una válvula sancionatoria de la que el juzgador dispone para el caso de no tener prueba suficiente sobre la actividad terrorista propiamente dicha del sujeto en cuestión. Este hecho se examinará en el próximo capítulo, cuando se examine la homogeneidad delictiva del delito de colaboración y su admisibilidad constitucional.

X.2.B.- La Mesa Nacional de Herri Batasuna: Sentencias del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535] y del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136]⁴⁸⁹.

Como ya se señaló más arriba, los hechos que dan lugar a ambas resoluciones pueden resumirse del siguiente modo: a finales del mes de enero de 1996, ante la proximidad de las Elecciones Generales que se celebrarían el siguiente 3 de marzo, miembros no determinados de ETA hicieron llegar a la asociación política Herri Batasuna dos cintas de vídeo junto a una nota con el anagrama de ETA en la que ofrecía a Herri Batasuna esos vídeos referidos a la citada "alternativa" y a las reflexiones complementarias desarrolladas por el mencionado grupo para su utilización y difusión en la forma que Herri Batasuna tuviera por conveniente. La Mesa Nacional de Herri Batasuna, ante la imposibilidad de que ETA pudiera ocupar espacios electorales televisivos y radiofónicos reservados con carácter gratuito a los partidos políticos legalizados, decidió ceder a dicha organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.

⁴⁸⁸ En este sentido, LAMARCA PÉREZ y CAMPO MORENO.

⁴⁸⁹ Vid. sobre la cuestión GIMBERNAT ORDEIG, E, *El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad*, en *El Mundo*, 22 de julio de 1999; y ÁLVAREZ GARCÍA, J. *Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*, en *La Ley*, 1999, núm. 5, Págs. 2053-2059

El supuesto en concreto fue enjuiciado en primer lugar por Tribunal Supremo, en cuya sentencia nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], condena a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna como colaboradores con asociación terrorista según las previsiones del artículo 174 bis a) del Código de 1973, por considerarla más beneficioso para los encausados que el artículo 576 CP. De hecho, en el Fundamento de Derecho Quinto, el Tribunal hace mención de la petición cursada por la defensa de los acusados de plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del tipo del Art. 576CP. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza dicha posibilidad por dos razones: primero, porque «la norma sometida a cuestión no es aplicable al caso enjuiciado por no hallarse vigente en el momento de los hechos ni ser más favorable que la prevista en el Art. 174 bis, a) del CP 1973, homóloga de la impugnada». Y segundo, porque aunque hubiera resultado aplicable aquél tal duda no era compartida por la Sala, ni en relación al Art. 576 CP 1995, ni sobre el precepto aplicable: el Art. 174 bis, a) del CP 1973.

La certeza de la constitucionalidad que alberga el Tribunal Supremo se fundamenta, esencialmente, en un hecho contrastado: el delito de colaboración con asociación terrorista (Art. 174 bis a) fue introducido en la legislación penal española por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal. Dicha Ley fue objeto de Recurso de Inconstitucionalidad por parte del Parlamento Vasco, en los que consideraba la inconstitucionalidad de diversos preceptos: Arts. 10.15, 57 bis, a) y b), 98 bis, 174 bis, a) y b), y 233. Dicho recurso fue resuelto por Sentencia 89/1993, de 12 de marzo [RTC 1993\89]. El argumento básico del Parlamento Vasco se refería única y exclusivamente a la vulneración del principio de legalidad (taxatividad) de los artículos señalados por referirse a delitos de terrorismo, sin que existiera concepto legal del mismo. Entendía el Parlamento que la falta de dicha definición legal privaba de constitucionalidad a los tipos terroristas, al quebrantar el principio de tipicidad⁴⁹⁰. Dicha Sentencia resulta interesante cuando se considera la

⁴⁹⁰ La Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo resume en cuatro los alegatos del Parlamento Vasco, siendo el más claro el siguiente: «El juzgador, ante la conducta que se somete a su conocimiento para determinar si se encuentra ante un delito de terrorismo o ante otro de los penados en el Código Penal tiene que subsumir el supuesto de hecho en el tipo. El Estado de Derecho que consagra el Art. 1. de la Constitución impone el monopolio de la ley como fuente del Derecho Penal. En el Código Penal reformado por la L.O. 3/1988, no se halla concepto alguno de terrorismo. El tipo del terrorismo no existe en nuestro ordenamiento jurídico. La LO 3/1988 no proporciona una definición legal del

proporcionalidad de las penas previstas en el tipo recurrido, no tanto por lo que la misma reconoce cuanto por el hecho de que la proporcionalidad de la pena ni es impugnada por el Parlamento Vasco ni es considerada por el Tribunal Constitucional: se da por sentada la perfecta adecuación de la pena al principio de proporcionalidad. De hecho, esta palabra no aparece en el texto de la señalada Sentencia.

Precisamente ese silencio de recurrente y tribunal sentenciador se trasluce en la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], en el mencionado Fundamento de Derecho Quinto. En el mismo se escudriña la posible inconstitucionalidad de la norma (que ya se ha dicho, no comparte), y lo hace única y exclusivamente en relación con la taxatividad de la norma y su posible contrariedad al principio de legalidad y tipicidad. Pero en modo alguno se plantea la posible desproporción de la pena porque se da por supuesto que esta es adecuada. De hecho, la Sentencia a la que se viene haciendo referencia no se referirá a la penalidad a imponer a los acusados hasta llegar a su Fundamento de Derecho Vigésimonoveno. En el mismo, el Tribunal Supremo considera que la pena a imponer a los acusados, como colaboradores con asociación terrorista, es de siete años de prisión mayor y 500.000 Ptas. de multa, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; fijando como accesorias, conforme a los Arts. 47, 41 y 42 del CP 1973, las de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La extensión de la pena es también explicada por el Tribunal que la fija del modo que lo hace por la concurrencia de los siguientes tres factores:

- 1.- La naturaleza y entidad de los bienes jurídicos objeto de tutela a través de la punición de los delitos de terrorismo y de colaboración con sus fines y actividades.
- 2.- La personalidad de los acusados -todos ellos dirigentes cualificados de una formación política cuyas conductas adquieren un indudable relieve público-;
- 3.- Y, finalmente, la constatación de que, gracias a la intervención judicial, como ya se expuso, no se llegaron a agotar las consecuencias del delito.

terrorismo, por lo que, al pretender obligar al Juez a imponer penas sin previo tipo penal, atenta frontalmente contra el principio de legalidad, y viola los Arts. 1.1, 9.3 y 25.1 de la Constitución».

Resulta de especial interés esta motivación de la pena porque, como señalaba PRATS CANUT más arriba, la proporcionalidad también debe existir en el momento aplicativo, esto es, en la fase de individualización de la pena. Igual que se consideró en relación con la proporcionalidad en el momento conminativo, es evidente que la apreciación de la proporcionalidad en este momento también es un juicio valorativo cuya exigencia fundamental es la motivación razonada que guía la imposición de la pena. En este caso, el Tribunal Supremo justifica, en los tres criterios señalados, por qué impone la pena en la forma que lo hace, y cuáles son las razones determinantes de su individualización. Criterio, pues, que construyen la proporcionalidad de la resolución judicial dictada legítimamente por los órganos a los que compete la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, tal y como prevé el artículo 117.3 CE.

No obstante lo anterior, los condenados recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional la resolución judicial antes citada, articulando el recurso en torno a la vulneración de una serie de derechos, entre los que se encuentran el derecho a la libertad de expresión e información, a la libertad ideológica y a la participación en los asuntos públicos. En relación con estos últimos derechos surge la censura sobre la desproporción de la pena⁴⁹¹. Aunque, curiosamente, lo hace de una forma obtusa, que lleva incluso al propio Tribunal a señalar que «en la argumentación de los recurrentes, las alegaciones relativas a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden». La lectura atenta de lo consignado por el Tribunal Constitucional en relación con dicha censura constitucional, por el contrario, parece apuntar en una dirección distinta a la que señalan los recurrentes: éstos, en realidad, no se plantean en modo alguno la proporcionalidad en el momento aplicativo sino en el momento conminativo,

⁴⁹¹ El Fundamento de Derecho Primero señal que «la sanción impuesta a los recurrentes ha sido impugnada por éstos desde la doble perspectiva que acabamos de apuntar, de la legalidad y la proporcionalidad de esta medida. En efecto, según nos consta, los demandantes de amparo denuncian en este proceso constitucional que la sanción que les ha sido impuesta vulnera sus derechos a la legalidad penal (Art. 25.1 CE) y a las libertades de comunicación, de expresión y de participación en la actividad pública (Arts. 20 y 23 CE) y en ambos casos por dos motivos: Porque el tipo aplicado no respeta los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad y porque la sanción resulta desproporcionada, al ser innecesaria la reacción penal y excesiva la pena impuesta».

apelando no al proporcionalidad de la pena, sino a la existencia propia de la misma. A pesar de ello, el Tribunal entiende que existe dicha censura constitucional, a pesar de que los recurrentes, en realidad, no la mencionan⁴⁹².

El Tribunal, no obstante, quiere entrar en el examen de dicha proporcionalidad y lo hace señalando que dicha confusión es también común en la jurisprudencia española, en el sentido de considerar relacionadas la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida. Considera el Tribunal Constitucional que como tanto proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida «constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, ínsito, en supuestos como el presente, en la relación entre el Art. 25.1 CE y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso la libertad personal del Art. 17 CE y las libertades de los Arts. 20 y 23 CE», entran a examinar el precepto en cuestión⁴⁹³. Aunque, se vuelve a repetir, los

⁴⁹² El resumen que el TC hace del motivo octavo del recurso, donde se consigna la cuestión no deja lugar a dudas: no se plantea el problema de la proporcionalidad de la pena, sino de la existencia del tipo, como desproporcionado en sí mismo. Por su importancia, se reproduce el párrafo donde el TC hace dicho resumen: «por su parte la denuncia relativa a la falta de proporcionalidad de la sanción penal también afectaría a la legalidad de la medida y, sobre todo, a las libertades de información y de participación política; en concreto, en el “motivo” octavo consideran que el recurso a la sanción penal es desproporcionado y la condena constituye una medida innecesaria en una sociedad democrática, con lo que se conculca la previsión contenida en el referido Art. 10.2 CEDH que establece que esta libertad sólo podrá ser sometida a las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley que constituyan “medidas necesarias en una sociedad democrática” para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. Para los recurrentes -con cita de la Sentencia del TEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells contra España- la condena impuesta no constituiría «una medida necesaria», en el sentido estricto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene dando a este concepto, ya que «el acto enjuiciado se concreta en el acuerdo de difundir a través de la televisión pública y en el espacio gratuito electoral la videocinta en cuestión y el encargo de realizar tal difusión. Pero el intento quedó frustrado, la difusión fue censurada, las videocintas fueron ocupadas por la autoridad y la emisión/difusión no se produjo». Afirman que en otros Estados europeos actos análogos no se sancionan “de donde se constata la inexistencia de la necesidad en una sociedad democrática de la medida penal”. La desproporción de la reacción también derivaría de la inexistencia de riesgo claro e inminente para los bienes cuya protección justifica la restricción de la libertad de información, ya que “sólo hubo un acuerdo y un intento frustrado de difundir las videocintas». «La sentencia condenatoria -se dice- limita y restringe [...] el intento de ejercitar la libertad de comunicación. Castiga y condena por intentar el ejercicio del derecho a informar”. La desproporción se hace más patente, alegan, si se tiene en cuenta que este derecho era ejercido “por un partido político [...] por una asociación legal y legítima, con amplio respaldo electoral [...] y en el momento político por excelencia, una campaña electoral”. Añaden, finalmente, que existían otras medidas menos gravosas para el derecho como el secuestro judicial, “la negativa de la televisión pública a emitir la videocinta o la intervención al efecto de la propia Autoridad prevista en la legislación electoral”.

⁴⁹³ En tal sentido, el magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS señala en su voto particular que «Todo el desarrollo ulterior de este «motivo», del que se toman los párrafos transcritos en nuestra sentencia, se refiere a los límites de los derechos referidos y no al principio de legalidad penal. Así pues, la parte en ningún momento nos ha planteado que la desproporción de la medida sancionadora que impugna, la

recurrentes no se plantearon nunca dicha opción, que es deducida con notable pericia jurídica por parte del Tribunal.

En el Fundamento de Derecho Vigésimosexto el Tribunal Constitucional deja sentado que la calificación de las acciones como colaboración con asociación terrorista se incluye dentro de la facultad de interpretar el contenido y alcance de los tipos penales que corresponde a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y muy señaladamente al Tribunal Supremo. De ahí que tal calificación constituya un hecho no evaluable desde la perspectiva constitucional y que el Tribunal señale que su «juicio de proporcionalidad debe dirigirse a analizar si resulta proporcionada una figura delictiva que condena las conductas descritas a penas de un mínimo de seis años y un día de prisión». Es decir, se limitará a examinar la proporcionalidad dentro del momento conminativo y, por tanto, enjuiciando al legislador. Un legislador, debe recordarse, que ya fue examinado en la citada Sentencia 89/1993 [RTC 1993\89], y que declaró la constitucionalidad del mismo precepto que ahora, por el contrario, se va a declarar inconstitucional en los Fundamentos de Derecho Vigésimonoveno y Trigésimo⁴⁹⁴.

El Tribunal Constitucional afirma rotundamente que «la norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas» y lo justifica acudiendo a los siguientes a cinco circunstancias que, según el Tribunal, motivan el desequilibrio:

a) Las conductas sancionadas resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar. No se trata de una

vulneración por ella del principio de proporcionalidad, tenga que ver con la ley aplicada, ni con el principio constitucional de legalidad, planteamiento este que nos es exclusivamente atribuible en lo que considero un discutible ejercicio de un poder de oficio, y más sin haber cumplido el trámite del Art. 84 de nuestra Ley Orgánica».

⁴⁹⁴ Expresa resumidamente el fallo del Tribunal MANJÓN-CABEZA OLMEDA: «En esta resolución se establece la inconstitucionalidad de la pena de prisión mayor porque no hay previsión que permita rebajarla en grado escala, o sea a una prisión menor. El TC no se plantea que el TS se haya movido mal en el grado de extensión, le parece al TC desproporcionado, por excesivo. Luego la única solución sería poder bajar en grado escala a una pena inferior, dicho de otra forma, contar con un tipo atenuado de colaboración», en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios ...*, Pág. 572

conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada, sino de un acto de colaboración -tal como lo calificó la Sala sentenciadora- tendente a tal resultado de efectiva colaboración. Además, con el envío de las cintas perdieron el dominio del curso de riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista; dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad.

Esta primera afirmación resulta errónea porque, como ya se ha señalado anteriormente, el delito de colaboración es un delito de peligro abstracto y de consumación instantánea, por lo que no cabe tentativa y, como el Tribunal Supremo indicó en su Sentencia, el hecho de que no se difundiera públicamente sólo afecta al agotamiento o perfeccionamiento físico del delito que quedó, pues, consumado con el envío de la cintas y cuñas. No se entiende bien por qué el Tribunal Constitucional, que antes se había declarado incompetente para determinar la tipicidad de las conductas (labor propia de la jurisdicción ordinaria), ahora entra a tomar en consideración la configuración típica del precepto; cosa que hace cuando se refiere a la consumación del delito y la cercanía o lejanía del peligro prevenido. Se trata, como es lógico, de una cuestión encomendada a los tribunales ordinarios en la que el Tribunal Constitucional no puede más que asumir, por ser parte de la potestad jurisdiccional ordinaria determinar si un delito es de peligro abstracto y cuándo se consuman éstos. A este respecto, el voto particular de MENDIZÁBAL DE ALLENDE a la Sentencia es claro cuando señala que en esta cuestión «se corre el riesgo de, inadvertidamente, sentarse en el estrado judicial y sustituir al Juez en su función de hallar el significado y acotar el alcance de las leyes en general y de las penales en este caso» reconociendo que se trata de una tentación que a veces asoma en la Sentencia.

b) En segundo lugar, atiende a la entidad de la pena, que califica de significativa: la privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas. Parece que la considera desproporcionada haciendo referencia a la pena prevista para otros supuestos y, especialmente, en

relación con la pena prevista para tales tipos, en aquél momento, por otras legislaciones: Alemania, de uno o seis meses a cinco años; Austria, de un día a tres años; hasta cinco años en Reino Unido, de quince días a cuatro años en Italia.

MENDIZÁBAL DE ALLENDE considera que esta es la primera vez que «el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de un precepto penal por considerar desproporcionada la sanción prevista, juicio de proporcionalidad que había siempre rehusado a pesar de habérselo propuesto muchas veces y algunas con una desmesura más ostensible». Tales supuestos, en los que efectivamente, la desmesura es más que manifiesta, son los siguientes:

STC 53/1994, donde no se reputó desmesurado que para tres vecinos de los partidos judiciales de Burgo de Osma y La Palma del Condado se pidieran más de dos años por pescar cangrejos en tiempo de veda.

STC 55/1996, en que se dio por buena las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo (desde dos años, cuatro meses y un día a seis años) junto a la inhabilitación absoluta, previstas para castigar la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria por un objetor de conciencia.

STC 160/1997, en la que no se apreció desproporcionalidad en la imposición de una pena de prisión entre seis meses y un año señalada para el hecho de negarse a realizar la prueba de impregnación alcohólica.

Es más, el magistrado se refiere a un párrafo⁴⁹⁵ de la STC 161/1997, que hace suya otra anterior, la STC 55/1996, ambas invocadas en el texto de la STC 136/1999, que es preterido por la misma, aún cuando constituye la verdadera *ratio decidendi* de aquellas sentencias: la potestad de considerar la proporción de las penas a los delitos está ligada a la soberanía de las Cortes. Es, por tanto, el legislador la única instancia legítima para decidir la proporción a establecer entre delito y pena, derivada de la autoridad que le confiere la representación democrática que ostenta, dentro de los límites que marca la Constitución⁴⁹⁶. Unos límites que, no se olvide, son puramente valorativos, a salvo de obscenas trasgresiones de los mismos. Cosa que difícilmente puede apreciarse en el delito en cuestión.

c) El tercer motivo al que se refiere el Tribunal Constitucional es especialmente importante, atendiendo al número de párrafos que le dedica. Se trata del vínculo que tienen las conductas enjuiciadas con derechos fundamentales, al constituir la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña

⁴⁹⁵ El mencionado párrafo es del tenor literal siguiente: «Cualquier tacha de desproporción en esta sede y, en general, en un juicio de inconstitucionalidad "debe partir inexcusablemente del recuerdo de la protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo". En el ejercicio de dicha potestad "el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática [...]. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad" que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que "ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena"».

⁴⁹⁶ En el mismo sentido que lo señalado por CONDE MARTÍN DE HIJAS en su voto particular: «La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Así lo hemos afirmado ya en otras ocasiones [SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3º, y 160/1987, fundamento jurídico 6º b), y ATC 949/1988 (RTC 1988\949 AUTO), fundamento jurídico 1º], sin que parezca necesario ahora ahondar en su justificación a la vista de nuestro Texto Constitucional y de los postulados básicos de un criterio democrático de legitimidad en la organización del Estado».

electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos. Si bien es cierto que el Tribunal declara que «la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal». No obstante lo anterior y de forma algo contradictoria, el Tribunal entiende que la medida es desproporcionada porque, al constituir las conductas actividades de expresión de ideas e informaciones y constituir una forma de participación política, la sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos⁴⁹⁷. Un desaliento que el Tribunal entiende producido por la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día, que implica, según el mismo, un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública. Culmina finalmente el razonamiento con una nueva paradoja: es desproporcionado, aunque en realidad las conductas sancionadas no constituyen ejercicio legítimo de las mismas.

Frente a dicho juicio puede enarbolarse la opinión de MENDIZÁBAL DE ALLENDE, cuando estima que precisamente dicho efecto es su mayor virtud «si esta norma desanima a eventuales coautores, cómplices o encubridores de actividades terroristas, habrá conseguido su función de “prevención general” propia de toda pena», como parece que es el caso. Cuestión esta que debe ponerse en relación con la opinión sostenida por el mismo magistrado disidente y que se comparte en este trabajo: se parte de una errónea concepción del pluralismo político. En efecto, parece que debe primar el derecho de Herri Batasuna a participar en las elecciones. Pero se olvida de una forma un tanto obscena «el derecho a participar en ellas en un ambiente de libertad con “la

⁴⁹⁷ El efecto desaliento, o *chilling effect*, procede de la Jurisprudencia norteamericana «en relación con la libertad de expresión, para justificar la declaratoria de inconstitucionalidad de aquellas normas que proscriben ciertas formas ilegítimas de expresión, pero que por su «amplitud excesiva» (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) de los términos que definen la prohibición, pueden inhibir a los individuos para el ejercicio de formas de expresión legítima, ante el temor a ser sancionados por infringir una norma prohibitiva cuyo alcance es incierto y que pende sobre su libertad como una “espada de Damocles”», en LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2006, Pág. 507

tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad”, soporte de aquélla, en definición insuperable de Montesquieu»⁴⁹⁸.

Una concreción de dicho efecto desaliento o disuasión es el que surge de su conexión con la indeterminación del tipo penal. Aunque el Tribunal Constitucional reconoce que no es contraria al principio de taxatividad, sí entiende que esa incertidumbre (la del sujeto que se plantea si lo que se dice o hace, puede o no ser considerado como delito de colaboración con asociación terrorista) «puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos». Ahora bien, no es menos cierto lo que señala en su voto particular JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA⁴⁹⁹: a todos los ciudadanos nos obliga el deber de sujeción a la Norma fundamental (Art. 9.1 CE), es decir, de no actuar contra ella y de obrar con arreglo a la misma. Un deber que, entre otras cosas, excluye la conducta observada por los condenados en la Sentencia del Tribunal Supremo: el recurso a la conminación o la amenaza.

d) Por último, el Tribunal resuelve la paradoja que ha construido⁵⁰⁰ (conductas ilegítimas, pero que por estar relacionadas con derechos legítimos, debe tener una sanción menor) reclamando para el tipo una ampliación del marco punitivo «que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de

⁴⁹⁸ Tampoco puede olvidarse que una de las sentencias más importantes en el desarrollo de esta doctrina del desaliento es el caso *Ashcroft, Attorney General, et al. V. Free Speech Coalition et al.*, de 16 de abril de 2002 por la que se declaró inconstitucional la Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA). Nótese que la Free Speech Coalition es una asociación de la industria pornográfica californiana. Dicha Ley extendía la prohibición penal de pornografía infantil no sólo a las imágenes reales tomadas de menores sino a la pornografía infantil virtual, esto es, aquella en la que se simula que aparece un menor. La Sentencia puede verse en <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>, donde puede comprobarse claramente cómo se puede hacer uso de un concepto esencial (libertad de expresión) para justificar los intereses económicos la industria pornográfica californiana, de dudosa moralidad o eticidad.

⁴⁹⁹ Concreta aún más el magistrado dicho deber, cuando del mismo dice que «consiste en aceptar las reglas del juego político y en no intentar la transformación del orden jurídico existente por medios ilegales, pero no entraña en modo alguno una prohibición de representar y perseguir ideales políticos diversos de los encarnados en la Norma fundamental, ni supone, por tanto, una renuncia a las libertades individuales, ni a la libre crítica del ordenamiento, ni de los actos políticos que se realicen, ni a la libre proposición de nuevas leyes, ni a procurar la reforma de la Constitución...; mas, eso sí, todo ello a condición de que se respeten las reglas inherentes al orden democrático».

⁵⁰⁰ CONDE MARTÍN DE HIJAS considera a dicha paradoja, es decir, la idea del efecto desaliento aplicada a una conducta que no se ha tenido inconveniente en considerar delictiva, como un puro artificio dialéctico.

los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas».

Tal consideración también recibe una crítica audaz por parte del magistrado MENDIZÁBAL DE ALLENDE cuando estima que no cabe hablar de colaboración de «alta» y «baja intensidad», cuando se habla de cooperación con asociación terrorista, ya que toda colaboración «es intrínsecamente grave». Una gravedad que se deriva del ataque a los bienes jurídicos protegidos por el delito de colaboración con banda armada, que «componen una constelación de derechos fundamentales de los individuos y de valores sociales de carácter primario que inciden sobre la propia existencia de cada ciudadano, uno a uno, y del propio Estado».

En definitiva, según el Tribunal Constitucional, «se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del Art. 174 bis a) CP/1973». Vulneración que se refiere a la proporcionalidad de la pena conminada «en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes». Considerando que no era necesario suscitar cuestión interna de inconstitucionalidad acerca del Art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, ya que este precepto ha sido derogado por el Código Penal aprobado en 1995, ya que «la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración «erga omnes» de normas inconstitucionales».

Esta última aclaración que hace el Tribunal Constitucional es debatida por el voto particular del magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, en un sentido que ha confirmado el devenir de los acontecimientos, por más que hoy permanezca silenciado de una forma un tanto artificiosa. Para éste, la censura de la cuantía de la pena abre un flanco de consecuencias no previsibles, ya que, teóricamente, «respecto a otras conductas distintas, pasadas o futuras, se podría construir una teoría de desproporción de la pena con los materiales dialécticos de nuestro propio discurso, que en lo sucesivo no van a ser

utilizados exclusivamente por nosotros, sino por otros protagonistas de muy diverso signo». Todo lo cual supone un flaco favor a la seguridad jurídica en relación con los tipos de terrorismo porque, como se ha visto, no existe claridad conceptual ni sistemática que permita determinar cuándo una pena es proporcionada o no, y cuándo esta capacidad de determinación corresponde al legislador sin que se inmiscuya en su actuación el Tribunal Constitucional. En definitiva, y aún reconociendo la factura técnica de la sentencia, lo cierto es que se siembra la duda en relación con la capacidad del legislador para conceptuar la pena proporcionada, dentro de los límites constitucionales; y sobre la adecuada proporcionalidad del concreto tipo de colaboración con asociación terrorista.

X.2.C.- El eco legislativo de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136], dando lugar al Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo nº 121/000189

En el mismo año que ve la luz la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136] pronosticaba CARBONELL MATEU⁵⁰¹ que cualquiera podía sacar consecuencias inmediatas de la declaración de inconstitucionalidad que ésta hace respecto del derogado artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973. Al tiempo de cerrar la edición del libro en que el autor citado trabajaba, el Gobierno había anunciado un Anteproyecto de Ley Orgánica para la adaptación del Código a la nueva doctrina constitucional. Y es que la doctrina científica es unánime al considerar que dicha declaración de inconstitucionalidad viciaba de idéntico defecto al sucesor del artículo 174 bis a) CP1973: el nuevo artículo 576 CP⁵⁰². Lo expresa bien MANJÓN-CABEZA OLMEDA cuando se pregunta que si la pena del artículo 174 bis a) de 6 años y un día a 12 años, que «en la práctica se reducía a una de 4 a 8 años, le parece desproporcionada [al Tribunal Constitucional] para ciertas colaboraciones

⁵⁰¹ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Delitos contra el orden público*, en VIVES ANTÓN, Tomás et al. *Derecho ...*, Pág. 867

⁵⁰² En este sentido: PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) *Comentarios...*, Pág. 2121; GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, *De los delitos de terrorismo*, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo 5, Barcelona, 2007, Pág. 3696.

menos graves, ¿qué tendría que decir de la pena de 5 a 10 años que contempla el nuevo artículo 576 CP?⁵⁰³

Aquél Anteproyecto al que se refería CARBONELL MATEU, se convirtió en Proyecto de Ley, cuya iniciativa parte del Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 25 de octubre de 1999, publicada en el BOCG de 29 de octubre de 1999, por el que se acuerda encomendar Dictamen a la Comisión de Justicia e Interior, la publicación en el BOCG y el establecimiento de un plazo de enmiendas hasta el día 10 de noviembre de 1999, que se ve ampliado dos veces (BOCG A-189-2 de 11 de noviembre de 1999 y A-189-3 de 16 de noviembre de 1999). El texto del Proyecto fue publicado en el BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 189-1, de 29/10/1999, conteniendo en él la reforma prevista en un artículo del siguiente tenor:

ARTÍCULO ÚNICO. Modificación del Código Penal.

El apartado 1 del artículo 576 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tendrá la redacción siguiente:

«1. Será castigado con las penas de prisión de tres a diez años y multa de nueve a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.»

El proyecto fue informado favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial con fecha 6 de octubre de 1999⁵⁰⁴. Texto que comparte la opinión doctrinal mayoritaria según la cual los reproches de inconstitucionalidad dirigidos al artículo 174 bis a) del Código derogado son trasladables al tipo

⁵⁰³ Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios...*, Pág. 573.

⁵⁰⁴ El dictamen no se halla publicado en Internet ni tampoco se ha podido localizar en bibliografía escrita. Tras consultarlo con el Centro de Documentación Judicial del CGPJ, se envió una copia, que se reproduce como anexo.

correspondiente en el Código vigente⁵⁰⁵. Si bien es cierto que el Consejo se cura en salud (algo que se verá concretado en el tenor de las Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a 1999 y que condenaban por colaboración), cuando se refiere que dicha afección puede existir, pero sólo eventualmente. El informe se limita a considerar si la reducción planteada por la reforma puede satisfacer el deseo manifestado por el Tribunal Constitucional de dota al precepto de un «margen de flexibilidad razonable para imponer en cada caso una pena proporcionada a las concretas circunstancias concurrentes». Y en este sentido, entiende el Consejo que la proyectada reforma da cumplimiento a los designios constitucionales, concluyendo que la reforma propuesta se ajusta plenamente a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, puesto que satisface dos requisitos esenciales:

- 1.- Primero, porque «se enmarca en el ámbito de libertad de configuración penal que corresponde al Poder Legislativo», de forma que sea el legislador el que considere la proporcionalidad en el marco abstracto de la pena a imponer.
- 2.- Y en segundo lugar, porque «otorga a los Tribunales el margen de flexibilidad suficiente para imponer en cada caso una sanción proporcionada a las circunstancias del hecho y del culpable, sin perder de vista, como es lógico, que el delito de colaboración con banda armada se refiere siempre a conductas intrínsecamente graves e indeseables en un Estado democrático que, por tal motivo, han de ser sancionadas».

Al texto propuesto por el Gobierno se presentaron el día 22 de noviembre de 1999 cinco enmiendas publicadas en el BOCG Congreso de los Diputados VI Legislatura Serie A: 25 de noviembre de 1999 Núm. 189-4. Las enmiendas fueron presentadas por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Grupo Parlamentario Mixto y Grupo Socialista, que sintéticamente se exponen a continuación:

- 1.- En la primera enmienda, el Grupo Vasco propone un cambio en la penalidad propuesta, que pasaría a ser de 1 a 5 años de prisión y multa de 6 a 18 meses,

⁵⁰⁵ Así, el CGPJ considera que «los mismos reproches que en la sentencia se dirigieron contra la regulación de 1973 podrían, eventualmente, llegar a hacerse respecto del contenido del artículo 576.1 del vigente Código».

justificando dicho cambio en que parece más razonable que la pena a imponer sea distinta de la sanción prevista en otros países de nuestro entorno, por lo que se refiere específicamente al modelo alemán, citado en el informe del Consejo General del Poder Judicial, para requerir dicha penalidad, considerando que se trata de una pena más proporcionada al valor jurídico que se trata de preservar.

También propone ampliar la reforma al número 2 del artículo 576, proponiendo un nuevo texto en el que se suprimiera la cláusula de apertura actual (“y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación”), así como el cambio de número de la palabra género⁵⁰⁶. Justifica el Grupo Vasco esta reforma en la existencia del artículo 577 CP, en el que entiende que ya se sanciona la coincidencia de fines con las asociaciones terrorista. También entiende que el carácter de cláusula de cierre sigue teniendo virtualidad con la supresión de mención actual, aunque no justifica ni razona como es posible tal cosa.

2. La segunda enmienda, también del Grupo Vasco, se dirige a la inclusión en el Proyecto de Ley de una modificación del artículo 577 CP, entendiendo que la misma se desarrolla en coherencia con la modificación propuesta en el Art. 576.2 CP.

3. El Grupo Mixto también adiciona una enmienda al texto propuesto en un sentido análogo a lo propuesto en la primera enmienda por el Grupo Vasco, reduciendo la pena de prisión a una de 1 a 5 años y multa de 6 a 18 meses.

4.- El Grupo Socialista, por su parte, propone en la cuarta enmienda una innovación total del sistema de punición del colaborador. En efecto, además de reducir la pena a la genérica de 3 a 10 años, solicita incorporar un nuevo párrafo al apartado segundo (pasando el actual párrafo segundo del artículo 576.2 CP), de forma que se pueda castigar con la pena inferior en uno o dos

⁵⁰⁶ El texto literal diría: «son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas y la ayuda o mediación económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

grados en los supuestos en los que se haga uso de la cláusula abierta del Art. 576.2 párrafo primero CP⁵⁰⁷. La motivación de dicho cambio es muy sustanciosa, ya que hace referencia expresa a la STC 136/1999, de 20 de julio, considerando que la reforma propuesta no extrae todas las consecuencias que se derivan de la misma.

5. La última enmienda, también del Grupo Socialista, tiene simple carácter formal, atendiendo la consideración hecha en su enmienda al texto proyectado.

El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 30 de noviembre de 1999 acordó tramitar directamente y en lectura única el Proyecto de Ley examinado; rechazándose todas las enmiendas y aprobándose el texto propuesto por el Gobierno en el Pleno del Congreso de los diputados celebrado el 16 de diciembre de 1999⁵⁰⁸. Enmiendas que fueron de nuevo reproducidas en el Senado el 23 de diciembre de 1999 (BOCG Senado VI Legislatura Serie II: Proyectos de Ley 27 de diciembre de 1999 Núm. 173 [b]).

Resulta interesante resaltar la coincidencia de los Grupos Vasco y Mixto en reducir la penalidad prevista en la reforma atendiendo al derecho comparado.⁵⁰⁹ Curiosa coincidencia que es respondida por el Sr. OLLERO

⁵⁰⁷ El nuevo artículo, según la versión del Grupo Socialista, sería del siguiente tenor:

«1. Será castigado con las penas de prisión de tres a diez años y multa de nueve a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.»

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

El resto de los actos de colaboración que no estén comprendidos en los anteriores serán sancionados con la pena inferior en uno o dos grados.

3. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el apartado anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

⁵⁰⁸ Solo se introdujo una pequeña modificación del título de la normativa, de carácter técnico, sugerida por el Sr. OLLERO TASSARA y aprobada por asentimiento, pasando de denominarse “Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995, en materia de delitos de terrorismo» a “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo”.

⁵⁰⁹ Vid. intervenciones al respecto del Sr. URÍA ECHEVARRÍA y LASAGABASTER OLAZÁBAL, en el Diario de Sesiones, accesible en la Web:

TASSARA, al recordar que el derecho comparado tiene una clara utilidad cuando existe una equivalencia de condiciones sociales que justifiquen su utilización comparada, cosa que difícilmente puede considerarse entre España y Alemania, por ejemplo⁵¹⁰. Por su parte, las intervenciones del Sr. BELLOCH JULVE (Grupo Socialista y Ministro de Justicia cuando se aprobó el Código Penal vigente), y el Sr. CASTELLANO CARDALLIAGUET (Grupo federal Izquierda Unida) refieren con especial énfasis la intromisión que supone la intervención que hace el Tribunal Constitucional en la consideración de la proporcionalidad de la pena, cuando dicha materia es propia de la competencia del legislador ordinario. Conviene, al efecto, recordar unas palabras del Sr. OLLERO TASSARA⁵¹¹, con las que se coincide plenamente, en cuanto a la consideración de la proporcionalidad de las penas: las sanciones penales deben responder, fundamentalmente, al reproche social que determinadas conductas merecen y a la alarma social que esas conductas causan. Desde ese punto de vista, no se ve reparo alguno en la pena de cinco a diez años que contempla el Código Penal. Y ello teniendo en cuenta que desde 1995 hasta ahora ninguna circunstancia significativa ha cambiado respecto al reproche social que las conductas contempladas en estos delitos merecen.

Finalmente debe advertirse que ya en la fecha de aprobación se veía la posibilidad, que luego fue una realidad, relativa a la caducidad del trámite. Así, el portavoz del Grupo Vasco (secundado por el del Grupo Catalán) consideró que «no hay tiempo físico para su aprobación en el Senado». En relación con tal cuestión, es destacable la intervención del Sr. URÍA ECHEVARRÍA que ilustra el espíritu que late en algunos grupos políticos representados en el Parlamento. Se trata de su referencia a la tardanza en la tramitación del Proyecto de Ley, que considera intolerable si se la compara «con la

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw6&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP199912160282.CODI.%29#\(Página15229\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw6&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP199912160282.CODI.%29#(Página15229))

⁵¹⁰ En concreto el Sr. OLLERO TASSARA, señala «El argumento que se da para el primer caso, bajar hasta un año en vez de tres, nos remite a la regulación que estos delitos merecen en otros ordenamientos jurídicos europeos. Si lo que se quiere decir con ello es que a estos grupos les gustaría que la situación del terrorismo en España y la alarma social que produce fuera similar a la de esos países, encantados; cuando lo consigamos, se podría perfectamente reducir las penas. Desgraciadamente no es así, y los códigos penales no se hacen sobre el vacío ni buscando simetrías, sino con arreglo a la realidad social, que, en nuestro caso -y bien que lo lamentamos-, es muy distinta a la de otros países. Parece obligado que, siendo aquí el problema más grave que en otros países, el Código Penal reaccione de un modo distinto», en la misma Web indicada antes.

⁵¹¹ Cfr. *Ibíd. Ant.* Sr. Ollero Tassara

tramitación de la proposición de ley de ayuda a las víctimas del terrorismo» en la que según el diputado «hubo mayor diligencia». No se hace comentario especial.

Los últimos trámites, celebrados ante el Senado, fueron el Informe de la Ponencia 621/000173 (Número del Proyecto en el Senado), el 28 de diciembre de 1999 (BOCG Senado VI Legislatura Serie II: Proyectos de Ley 28 de diciembre de 1999 Núm. 173 [c]), por la que se rechazaron todas las enmiendas presentadas, acordando mantener en todos sus términos el texto remitido por el Congreso de los Diputados; así como el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia con fecha 28 de diciembre de 1999 (BOCG Senado VI Legislatura Serie II: Proyectos de Ley 30 de diciembre de 1999 Núm. 173 [d]).

El parte de defunción del Proyecto consta en el BOCG Congreso de los Diputados VI Legislatura Serie D: General 4 de febrero de 2000 Núm. 453, que contienen la relaciones de iniciativas caducadas y de iniciativas trasladadas a la Cámara que se constituyó en la VII Legislatura. El mismo consigna, en su página nº 6, el proyecto que se viene examinando como una iniciativa ya calificada, en tramitación en el momento de la disolución y que ha caducado como consecuencia de ésta. Una caducidad que vuelve a ser puesta de manifiesto por el BOCG VI Legislatura Serie A: Proyectos de Ley 7 de marzo de 2000 Núm. 189-7

Examinados en profundidad los trámites parlamentarios de la reforma penal prometida, resulta que a fecha de hoy el precepto penal sigue siendo el mismo que se supone que tendría que haber sido modificado. Y que el Proyecto de Ley de 1999 lleva caducado ocho años. La cuestión que se plantea ahora es evidente ¿es constitucional el artículo 576 del Código Penal de 1995? La respuesta a esta pregunta puede darse a tres niveles diferentes:

1.- Desde un punto de vista social, y parafraseando el Auto del Tribunal Constitucional nº 233/2004 de 7 de junio, el terrorismo (especialmente el de ETA) sigue siendo un problema social de primera magnitud que en nuestro país. No en vano, suele estar siempre dentro de los tres primeros problemas que la ciudadanía española refiere en las encuestas del CIS. Así, por ejemplo,

en uno de los últimos barómetros del CIS⁵¹², los tres problemas más importantes destacados por los españoles, por orden, son: el paro, los problemas de índole económica y el terrorismo de ETA. De ahí que se puede considerar que la sociedad española sigue considerando el terrorismo como un problema de primera magnitud que exige un tratamiento punitivo acorde con la preocupación legítima que la ciudadanía percibe en su entorno. De ahí que socialmente no se pueda considerar que el artículo 576 CP, en su redacción actual, sea percibido como marginal en relación con las preocupaciones sociales y el reproche de las actividades que ésta considera en su imaginario.

2.- Desde una perspectiva jurídica, nada ha cambiado en cuanto al potencial ofensivo del fenómeno terrorista. Así lo pone de manifiesto la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger. Una relevancia que se sustenta no sólo por los bienes jurídicos personalísimos atacados, sino también y muy especialmente, porque suponen un ataque frontal a la configuración de España como un estado Social y Democrático de Derecho. Se subvierten las normas de juegos prefijadas en la Constitución, ignorando que son el único sustento de un estado dotado de tales características. Procede, por tanto, una pena acorde con la gravedad del fenómeno, tampoco encontrando aquí argumentos a favor de la inconstitucionalidad. La doctrina

3. Desde una perspectiva judicial, son numerosos los fallos del Tribunal Supremo que, utilizando un símil taurino, supone una obra maestra del quite al rescate del legislador. El Tribunal Supremo ha considerado que la tacha de inconstitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código derogado en nada afecta al artículo 576 CP, en relación con los concretos casos enjuiciados, invocando las más diversas razones. Se señalan a continuación cuatro ejemplos de dicha apreciación judicial por parte del Tribunal Supremo:

a) Sentencia del Tribunal Supremo nº 1446/1999, de 18 noviembre [RJ 1999\8868]

⁵¹² Accesible en http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2760_2779/2761/e276100.html

La resolución examinada elude entrar en la polémica con un quiebro interesante, ya que entiende que la censura del Tribunal Constitucional se dirigía a aquellas conductas típicas no previstas expresamente en el artículo 174 bis a) CP1973. Así, pues, en el caso enjuiciado, como sí que se trataba de conductas expresadas en el sucesor del precepto en cuestión (información o vigilancia de individuos o bienes, cesión de alojamientos o depósitos, ocultación o traslado de sujetos integrados en la banda, facilitación de vehículos para su desplazamiento, asistencia a prácticas de entrenamiento), entiende que el pronunciamiento de vulneración del principio de legalidad, a causa de la desproporcionalidad de la pena con la gravedad de los hechos, no puede alcanzar a quienes fueron condenados por tales supuestos expresamente previstos en el artículo 576.2 CP⁵¹³

b) Sentencia del Tribunal Supremo nº 1741/2000, de 14 noviembre [RJ 2000\8715]

La resolución, en primer lugar, compara las penas previstas por los Códigos penales de 1973 y 1995, señalando las principales diferencias y similitudes del tipo. Así, resulta que «la pena mínima, cinco años de prisión, se equipara, según el cuadro de equivalencias que se contiene en la Disposición Transitoria 11ª, a la antigua pena de prisión mayor por lo que podemos declarar que la medida de la respuesta punitiva se mantiene, por este lado, en franjas equivalentes. Desde otra perspectiva la cota máxima de la pena actual –diez años de prisión–, se equipara a la pena de reclusión menor, aunque no en toda su extensión, por lo que se deduce que la respuesta punitiva, es semejante a la

⁵¹³ «La falta de proporción apreciada por el TC está constreñida a las penas impuestas, por exigencia del Art. 174 bis a) CP/1973, a los miembros de la antigua Mesa Nacional de HB en razón del concreto delito por el que fueron condenados en la STS 2/1997 (RJ 1997\8535), siendo precisamente la necesidad legal de la imposición de tales penas, a causa de la ausencia de una previsión que permita atemperarlas cuando la apertura del tipo lleva a incluir en el mismo conductas de menor antijuricidad, la que extiende a la norma penal aplicada la tacha de falta de proporcionalidad y consiguientemente la de inconstitucionalidad. Ninguna de estas tachas, sin embargo, ha sido expresada por el TC en relación con el tratamiento punitivo de los actos de colaboración y cooperación expresamente descritos en la enumeración «ad exemplum» que se hacía en el apartado 2 del Art. 174 bis a) CP/1973. Y como todos los hechos atribuidos a los acusados en la Sentencia sometida a nuestra censura casacional -información o vigilancia de personas o bienes, cesión de alojamientos o depósitos, ocultación o traslado de personas integradas en la banda, facilitación de vehículos para su desplazamiento, asistencia a prácticas de entrenamiento- se encuentran comprendidos en dicha enumeración, es claro que el pronunciamiento de vulneración del principio de legalidad, a causa de la desproporcionalidad de la pena con la gravedad de los hechos, no puede alcanzar a quienes fueron condenados en la Sentencia de instancia que, por todo lo expuesto, debe resultar confirmada por la desestimación de los recursos analizados», Sentencia del Tribunal Supremo nº 1446/1999, de 18 noviembre

que se contenía en el derogado Código Penal, con la salvedad de que las penas actuales no pueden ser redimidas por el trabajo».

Entrando después en el caso concreto, el Tribunal Supremo entiende que ante la conducta enjuiciada, a saber, transportar a los integrantes de la banda armada con su automóvil hasta el lugar donde fueron a colocar los artefactos explosivos, esperándoles en las inmediaciones, actividades de lanzadera para avisar de la existencia de controles policiales y la presencia del recurrente en un escondite donde se recibían mensajes de la organización para el comando; no procede estimar «que una pena de cinco años de prisión (la mínima prevista por el legislador) constituya una respuesta desproporcionada a una conducta de colaboración». De donde deduce que «la respuesta efectiva, fijada en este caso en cinco años de prisión, no se considera desproporcionada superando favorablemente el juicio o análisis crítico de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto». Obsérvese que del mismo modo que en el anterior supuesto, el Tribunal Supremo realiza un quiebro a la constitucionalidad, en este caso, aferrándose a la pena impuesta (5 años), la mínima prevista en la legislación actual que coincide, además, con la máxima prevista para tales supuestos por la propuesta de los Grupos Vasco y Mixto en el Proyecto de Modificación; situándose en una conducta media dentro del texto aprobado por el Congreso (que era de prisión de entre 3 y 10 años).

c) Sentencia del Tribunal Supremo nº 1940/2002, de 21 noviembre [RJ 2002\10498]

Esta resolución dirige su razonamiento en la misma línea que la primera de las examinadas, aunque acotando más la inconstitucionalidad. Considera la sentencia que «el Tribunal Constitucional resolvió de la forma que lo hizo - considerando desproporcionada la pena prevista- sólo en atención a la precisa naturaleza de la colaboración prestada en ese caso, consistente, como se sabe, en ceder espacios de publicidad electoral para difundir el contenido de unas videocintas facilitadas por ETA». De tal modo que podría decirse que la inconstitucionalidad del precepto no se refiere únicamente al arco genérico de la pena prevista por el legislador, sino que dicha tacha está referida única y exclusivamente al concreto hecho que dio lugar al fallo constitucional: la cesión de espacios electorales para la difusión de las cuñas y vídeos de ETA y su

“alternativa democrática”. De este modo, el artículo 576 CP sólo será inconstitucional si se vuelve a emplear en un supuesto idéntico al que motivó la Sentencia constitucional, cosa que parece de dudosa probabilidad y, por ende, el artículo mantiene plenamente su virtualidad constitucional.

d) Sentencia del Tribunal Supremo nº 556/2006, de 31 mayo [RJ 2007\1676]

Por último, la sentencia indicada (que resuelve el recurso de casación interpuesto en el caso de la Célula Yihadista de Abu Dahda) considera que «el juicio de desproporcionalidad pronunciado en la misma no alcanza, en su globalidad, a la pena establecida para el delito de colaboración con banda armada» insistiendo en la atribución del juicio de proporcionalidad *stricto sensu* como una potestad exclusiva del legislador. Se hace eco de las dos primeras Sentencias aquí consideradas, combinando los criterios previstos en ambas, hasta llegar a una conclusión análoga a las allí previstas en relación con el supuesto que se le plantea: la pena de prisión de 7 años de prisión impuesta, esto es, un año por encima del punto medio de la pena, se puede considerar proporcionada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho cometido, lo que permite rechazar la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad.

Esta Sentencia también aporta un razonamiento interesante cuando compara la penalidad del tipo previsto en el artículo 516 CP y la propia del colaborador, aportando un nuevo argumento favorable a la proporcionalidad material de las penas con que se conmina el tipo del artículo 576 CP. Y así, considera que en la hipótesis más grave contenida en el artículo 516 2º CP (prisión de 6 a 14 años), su pena mínima es superior a la mínima del precepto referido al colaborador (5 años); igual que sucede con las penas superiores (14 años para el integrante y 10 años para el colaborador). De las comparativas trazadas se deduce con facilidad que «desde la perspectiva de la proporcionalidad en abstracto tampoco parece ofrecer duda la pena cuestionada».

En definitiva, desde la perspectiva judicial, se puede apreciar la estrategia del “quite” observada por el Tribunal Supremo para evitar pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del precepto examinado:

1.- La Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136] se refiere a un caso muy concreto y específico (la cesión de espacios electorales), de forma que todos los actos de colaboración que no constituyan dicha actividad no están afectados por la tacha de inconstitucionalidad; y mucho menos los que son objeto de mención expresa en el Art. 576.2 CP.

2.- Siempre que nos encontremos ante penas de prisión fijadas en su extensión mínima (5 años), será difícil hablar de falta de proporcionalidad, en la medida en que dicha sanción se corresponderá con el máximo que solicitaban los Grupos Parlamentarios en las enmiendas presentadas al Proyecto de modificación del artículo dedicada a la colaboración (ya caducado), que no es otro que el de 5 años.

4.- Por último, desde una perspectiva constitucional, la cuestión no es en absoluto clara. Como ya se indicó al examinar la Sentencia 136/1999 [RTC 1999\136], la misma constituye un dechado de técnica jurídica, pero de unos contornos tan equívocos y ambiguos, que han permitido al Tribunal Constitucional sostener la constitucionalidad de preceptos frente a los que se había invocado su falta de proporcionalidad. Tal es el caso de sendas cuestiones de inconstitucionalidad, planteadas por Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig y el Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia, remitiéndose esta última a la primera, que fueron admitidas por Autos del Tribunal Constitucional nº 233/2004, de 7 junio y 332/2005 de 13 septiembre, respectivamente. En ambos se dudaba de la constitucionalidad del artículo 153 CP⁵¹⁴, modificado por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. La duda se refiere a aquellos supuestos de malos tratos domésticos que son calificables de carácter venial o que no causan lesiones, ya que han de ser sancionados con prisión de tres meses a un año, la cual debe imponerse en su mitad superior, es decir, siete meses y medio hasta un

⁵¹⁴ Recuérdese que dicho precepto ha sido modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; si bien el aspecto relativo a la penalidad no ha variado en el supuesto que se planteaban las cuestiones de inconstitucionalidad.

año, si se perpetran en el domicilio común del agresor y de la víctima, o en el de ésta o en presencia de menores.

Puesto que los argumentos son prácticamente los mismos, se centrará la atención en el primero de ellos en el que, después de navegar entre los ambiguos conceptos y estructura sistemática diseñados por la Sentencia 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136], desemboca en un sorprendente Fundamento de Derecho Séptimo. Un fundamento que afirma que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto «corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar»; marcando como límite de dicha actividad legislativa la posible lesión del «valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona». Es en ese contexto, es decir, en el caso de que la actividad legislativa suponga un ataque a la justicia, cuando podrá intervenir el Tribunal Constitucional. Pero dicho control se ceñirá sólo al enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio que el Tribunal caracteriza como «patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma»

Partiendo de la necesaria existencia de tal desproporción patente, excesiva o irrazonable, el Auto del Tribunal Constitucional inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada, junto con otra circunstancia que no viene al caso, por «la falta de un mínimo razonamiento o argumentación en el Auto de planteamiento de la cuestión que sirva de sustento a la apodíctica afirmación de que la pena de prisión prevista puede resultar desproporcionada en su extensión». La conclusión que se extrae de las Sentencias del Tribunal posteriores al fallo de la Mesa Nacional de Herri Batasuna evidencia una vuelta a la estimación restrictiva del principio de proporcionalidad, en sentido estricto, al evaluar los tipos penales examinados⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Si aprecia el principio de proporcionalidad la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 24/2004 de 24 febrero, relativa al artículo 563 CP, sin declarar su inconstitucionalidad mediante una sentencia interpretativa. También se hace referencia al principio en la Sentencia el Tribunal Constitucional nº 235/2007 de 7 noviembre, que declara inconstitucional el término “nieguen o” del artículo 607.2 CP. Aunque en este supuesto, la proporcionalidad no resulta determinante para el fallo.

A pesar de ello, no son pocas las voces que entienden que la cuestión está cerrada en falso y que «el problema de fondo sigue subsistente pues los mismos reproches que en la sentencia se dirigieron contra la regulación de 1973 podrían, eventualmente, llegar a hacerse respecto del contenido del Art. 576.1 de vigente Código»⁵¹⁶, de tal forma es factible encontrar en un futuro próximo un recurso de amparo que ponga en duda la constitucionalidad del precepto. Aunque el legislador no parece muy interesado por la reforma, si consideramos que desde 1999 se han sucedido ni más ni menos que ocho reformas del Código Penal⁵¹⁷, en especial, tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. Respecto de dicha reforma, GUTIÉRREZ GIL concluye que el motivo de la no modificación en el año 2000 pudo deberse a que no habían cicatrizado «las heridas que la sentencia ha tenido que dejar necesariamente en las Cámaras legislativas»⁵¹⁸. Lo que no se sabe es si dichas heridas siguen abiertas en las Cámaras todavía hoy.

X.3. Especial consideración de los arrepentidos en supuestos de colaboración con asociación terrorista.

X.3. A.- El arrepentido en la legislación penal española (Art. 579.3 CP)⁵¹⁹

La figura de los arrepentidos es sobradamente conocida en la legislación española, importada de la italiana⁵²⁰, donde tan buenos resultados aportó en

⁵¹⁶ GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 67

⁵¹⁷ Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre; Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre; Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre; Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo; Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre; Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero; y Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero.

⁵¹⁸ GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 68

⁵¹⁹ Vid. específicamente CUERDA ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*; Madrid, 1995

⁵²⁰ Decreto-Ley antiterrorista de 15 de diciembre de 1979. En cuanto al éxito de la medida, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA lo reconoce expresamente aún a costa de los posibles abusos: «(...) Se trata, en definitiva, de un sistema ensayado, con éxito, en otros países, por más que, tanto desde el punto de vista de las autoridades como desde el de los encartados sea susceptible de toda clase de abusos y manipulaciones», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios...*, Pág. 163. Sobre la

relación con los grupos mafiosos. Una institución que si bien podría haberse examinado en sede de responsabilidad criminal, como circunstancia que atenúa ésta, parece más lógico hacer lo propio en el ámbito de la penalidad por las claras implicaciones político-criminales y de prevención general que la misma desarrolla. A ello se añade la peculiar situación que resulta de su aplicación a los condenados por colaboración con asociación terrorista que, en muchos casos, por su no inclusión en el aparato organizativo pueden ser sujetos más fácilmente recuperables para la convivencia pacífica, satisfaciendo plenamente el mandato constitucional de reinserción social.

ARROYO ZAPATERO fue de los primeros autores en examinar la institución de los arrepentidos, reprochando el escaso estudio que hasta entonces (1981) se había realizado de la misma por parte de la doctrina española. La razón que supone la existencia de la atenuación (e incluso exclusión de la responsabilidad, en otro tiempo) debe conectarse con un hecho histórico esencial acaecido especialmente en Italia y Alemania: el regreso a la vida política no violenta de miembros activos de asociaciones terroristas⁵²¹. Una vuelta a la vida política en la que destaca la renuncia expresa ético-política a la violencia como instrumento de acción política. Lógicamente, este acontecimiento encomiable y bienvenido encontraba una traba importante para su eficacia en la existencia de procedimientos judiciales abiertos contra tales individuos por su pasada actividad en las asociaciones terroristas. El mismo autor en cita explica cómo tales individuos, llevados por su rechazo a la violencia, se encontraban con el indeseable hecho de tener que reconstruir su vida en la más absoluta clandestinidad, sin ayuda para regularizar sus vidas al margen de la actividad terrorista. Este efecto contradictorio con la esperanza abierta en la vida del sujeto que abandona la actividad terrorista motivó la búsqueda de instrumentos jurídicos que permitieran aligerar las consecuencias negativas del rechazo a la violencia. En esta búsqueda surge la institución del arrepentimiento activo, como instrumento jurídico que permite aligerar la carga

figura por extenso: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia. Aspectos procesales y penitenciarios de la conducta del arrepentido*, Madrid, 2004

⁵²¹ O como indica ARROYO ZAPATERO, «el regreso a la acción política, no violenta, de numerosas personas que han estado integradas en las bandas terroristas y participado activamente en la acción delictiva, regreso que se produce, sobre todo, como consecuencia de una valoración negativa política o ética, o ambas conjuntamente, de la experiencia terrorista como método no válido o no efectivo para la obtención de los fines de liberación que suelen perseguir tales movimientos», en ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 416

punitiva de quienes tenían abiertos procedimientos judiciales por sus pasadas actividades terroristas, de las que ahora estaban arrepentidos⁵²².

Como ya se indicó más arriba, el artículo 579.3 del Código Penal vigente recoge la institución comentada, extendiendo su aplicación a todos los delitos terroristas recogidos en la Sección. De dicha descripción omnicomprendiva de su ámbito de actuación se deduce, lógicamente, la plena aplicación de dicha institución a los colaboradores con asociaciones terroristas del Art. 576 CP.

Para que el colaborador pueda arrepentirse de su actuación y aprovecharse de la atenuante específica prevista se requiere:

1.- En primer lugar la concurrencia de una situación fáctica concreta, caracterizada por la comisión de un delito de colaboración con asociación terrorista en relación con el cual el colaborador lleve a cabo las siguientes conductas:

1.1.- Abandono voluntario de las actividades delictivas que estaban desarrollando, dejando de auxiliar a la asociación terrorista en la forma que lo estuviera haciendo. LAMARCA PÉREZ denomina este primer requisito como «disociación o abandono de la banda armada u organización terrorista»⁵²³, razón por la cual considera que no es exigible en los supuestos previstos en el artículo 576 y 577 CP. Sin embargo, no se comparte dicha opinión, toda vez que el Código Penal habla expresamente del abandono de las actividades delictivas, no la vinculación con la asociación terrorista. Dicha interpretación restrictiva afectaría únicamente a los integrantes de la asociación, dificultando su apreciación en el caso de los colaboradores. Tal interpretación no parece ajustarse, como se dice, al tenor literal del Código: si el legislador

⁵²² ARROYO ZAPATERO considera que «el regreso no era factible más que a través del éxito o de una nueva clandestinidad, ésta aún más difícil por la carencia de medios para la subsistencia una vez abandonada la organización. El favorecer el regreso con instrumentos jurídicos aparecía como una estrategia esencial y de fondo para la lucha contra el terrorismo, para el aislamiento político y cultural del mismo», en ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma ...*, Pág. 416

⁵²³ «(...) 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 LAMARCA PÉREZ, *Carmen Análisis crítico y propuesta de la legislación penal antiterrorista*, en *La Ley Penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº 41, Año IV Septiembre 2007, Pág. 17

hubiera deseado requerir dicho requisito de disociación habría consignado alguna referencia a la asociación terrorista, cosa que no hace, sino que se refiere a las actividades delictivas que, habida cuenta su referencia a todos los supuestos de terrorismo, también incluye los artículos 576 y 577 CP.

1.2.- Presentación voluntaria ante las autoridades. Al respecto, parte de la doctrina entiende que dicho acto de presentación puede hacerse con motivo de la detención⁵²⁴. En contra de dicha opinión, parece más bien que el legislador, cuando exige este requisito, lo hace en el sentido de demandar una actividad voluntaria de puesta a disposición de la autoridad competente por parte del terrorista (integrante o colaborador); un acto voluntario y libre de coacción que muestre el arrepentimiento solicitado en aras de la consecución de los objetivos que persigue la institución prevista. Voluntariedad que no existe en modo alguno (y sí oportunismo) si se considera que la presentación voluntaria se produce con la detención. El detenido, en todo caso, ya está presente ante las autoridades, pero no de forma voluntaria. Aunque MORAL DE LA ROSA es partidario de considerar el requisito en la forma criticada, aporta una idea interesante para el caso de que se produzca un supuesto de arrepentimiento, una vez el sujeto ha sido detenido, coincidiendo con el mismo que el autor en cita entiende que sería aplicable al arrepentido después de iniciado el procedimiento policial o judicial: la vía de la atenuante analógica prevista en el artículo 20 6º CP⁵²⁵, pero en relación con la circunstancia 4ª del mismo precepto.

⁵²⁴ « En cuanto a la presentación ante la autoridad, no existe en mi opinión obstáculo para que el arrepentido se realice con motivo de la detención», en LAMARCA PÉREZ, Carmen *Análisis ...*, Pág. 17; en el mismo sentido Cfr. MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos...*, Pág. 245

⁵²⁵ El citado autor expone su idea, que no coincide con la aquí sostenida, de la siguiente forma: «en se supuesto en que el delincuente haya confesado su participación sin que concurran los demás presupuestos y se hubiere efectuado en el momento indicado sería posible aplicar la atenuante genérica del artículo 21 4º del Código Penal, en incluso, como viene siendo práctica forense habitual, si esa confesión genérica se efectuase en un momento posterior, una vez iniciado el procedimiento policial o judicial, entiendo posible, al igual que ocurre en materia de tráfico y tenencia de drogas, la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21 6 del referido texto», en MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos ...*, Pág. 245

1.3.- Debe, también, confesar los hechos en los que haya participado como colaborador, esto es, aquellos supuestos de colaboración punible en los que el sujeto haya participado como autor.

1.4.- Y, por último, junto a los anteriores requisitos, de carácter pasivo y que miran al pasado, se exige otro activo y de futuro: la colaboración activa con las autoridades, para conseguir una de las siguientes finalidades:

a) impedir la producción del delito, que puede ser el de colaboración cualquier otro delito terrorista de los sancionados en el Código penal.

b) coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, colaboradores como él o miembros integrados de la asociación terrorista con la que colabora, razón por la cual puede, eventualmente, conocer su identidad.

c) impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas con los que haya colaborado, constituyendo una finalidad lo suficientemente amplia y poco determinada como para incluir en ella cualquier tipo de aportación, siempre que pueda servir a las fuerzas y cuerpos de seguridad en la lucha antiterrorista.

2.- El efecto atenuatorio previsto se concreta en la reducción la pena señalada por la Ley en uno o dos grados. Así, la pena del colaborador con asociación terrorista que abandona dicha actividad y colabora con las autoridades en la represión del fenómeno terrorista, en los términos antes examinados, quedaría fijada del siguiente modo:

a) En el caso de reducirse en un grado, con prisión de 2 años y 6 meses a cinco años y multa de 9 a 18 meses.

b) En el caso de reducirse en dos grados, con prisión de 1 año y tres meses a 2 años y 6 meses.

3.- Otras cuestiones esenciales que también se plantean en el análisis de la institución del arrepentido en relación con el colaborador con asociación terrorista, son las siguientes:

a) El carácter facultativo de la apreciación (o no apreciación) de dicha atenuación, por lo que el Tribunal puede decidir si la aplica al caso concreto.

b) Derivado de dicho carácter facultativo se encuentra la obligación que tiene el juzgador de motivar expresamente la decisión de aplicar la mencionada institución. Se trata, pues, de un especial fundamento que justifique la concesión de dicha atenuación.

c) Como indica LAMARCA PÉREZ, 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», cuestión esta que será materia de valoración y motivación a la que se refieren las primeras circunstancias.

El actual artículo 579.3 CP, como destaca CONDE-PUMPIDO FERREIRO⁵²⁶, es heredero de la previsión establecida por el artículo 52 bis 2 del Código de 1973, si bien en el actual se elimina la posible exención total de responsabilidad que aquél preveía, dejando subsistente sólo su efecto atenuante. Siendo el fundamento de la misma, desde la perspectiva aquí considerada, doble:

1.- Por un lado, lograr la reinserción en la vida social de aquellos sujetos que se arrepientan de su colaboración en acciones violentas de signo político⁵²⁷, facilitando una vía de colaboración que tenga efectos positivos tanto a nivel personal como a nivel colectivo.

2.- Junto con la anterior, un lógico fundamento utilitario de carácter político-criminal: la obtención de una información de primera mano de sujetos que incluso podrían declarar como testigos. Unos datos esenciales en la investigación policial dirigida a la represión legítima del terrorismo.

Ambas finalidades se cohonestan bien, sin necesidad de acudir a un fin exclusivamente utilitarista centrado en la obtención de información sobre las

⁵²⁶ «La figura del “arrepentido” ha sido un elemento utilizado en la lucha antiterrorista, facilitando la ley la colaboración útil de miembros terroristas a cambio de una reducción de la pena hasta la impunidad, como preveía el Art. 57 bis 2 del Código Penal derogado», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Contestaciones ...*, Pág. 572

⁵²⁷ En contra, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que entiende que «Su fundamento es meramente pragmático, utilitario. No se trata de primar ningún móvil ético, ni una supuesta actitud de arrepentimiento, sino de evitar la comisión de futuros delitos por los terroristas y de castigar a los responsables de los ya cometidos, procurando del “arrepentido” una colaboración eficaz con la autoridad», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios ...*, Pág. 165

asociaciones terroristas, excitando los posibles inculpados con rebajas de pena. Parece, por el contrario, más acorde con los designios constitucionales y con los postulados básicos de Estado democrático que la finalidad perseguida por tal institución sea, al mismo tiempo que la obtención de datos para la lucha contra el terrorismo, la reinserción de los terroristas que reconozcan la ilegitimidad de violencia como instrumento político.

X.3. B.- Críticas doctrinales a la institución atenuatoria.

La doctrina no ha ahorrado críticas a la institución considerada, siendo agrupadas por MESTRE DELGADO⁵²⁸ en tres bloques esenciales, que luego desarrollara CAMPO MORENO, cuya nomenclatura se adopta:

1.- Desde una perspectiva jurídico-sistemática, se agrupan cinco tachas básicas:

a) En primer lugar, se censura la utilización de conceptos valorativos indeterminados (colaboración activa, por ejemplo). En tal sentido, CAMPO MORENO entiende que el empleo de conceptos indeterminados, imprecisos o vagos, que dejan sin precisar la conducta del sujeto, supone una vulneración del principio de seguridad jurídica y legalidad⁵²⁹. Aunque también es cierto que, según recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535], «constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la de que “el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el Art. 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la

⁵²⁸ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 230

⁵²⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 151.

infracción tipificada”». En este sentido, si bien es cierto que pueden apreciarse tales conceptos valorativos, tampoco es menos cierto que no existe una indeterminación tan acentuada que permita un uso arbitrario del tipo, atentando contra el principio de seguridad jurídica.

b) En segundo lugar, también se critica el protagonismo atribuido al arrepentido, que tiene una traducción concreta en la credibilidad privilegiada que se otorga a las declaraciones del mismo, lo que suponen una auténtica inversión de la carga de la prueba para el delatado. Sobre todo, si se tiene en cuenta que se dota de esa especial relevancia a unas declaraciones que no pueden merecer una gran verosimilitud, puesto que muchas veces están realizadas con el sólo propósito de obtener el referido beneficio⁵³⁰. Además, como pone de manifiesto SÁNCHEZ MELGAR⁵³¹, la doctrina del Tribunal Supremo tiene en cuenta esa tara de credibilidad, haciéndose eco de lo señalado por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el “Caso Labita vs. Italia”, de 6 de abril de 2000 [TEDH 2000\120], según la cual «las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba», no siendo suficiente la simple declaración si existe una fundada sospecha de oportunismo. En cuanto a la inversión de la prueba, la misma se abordará en el Capítulo siguiente relativo a las especialidades procesales y penitenciarias del tipo.

c) Una crítica genérica a la regulación del instituto examinado es la de configurarse como un tipo *ex post facto* y privilegiado, lo que según CAMPO MORENO, hace peligrar «el conjunto del sistema punitivo y ponen en riesgo fundamentales valores de seguridad e igualdad jurídica»⁵³². Aunque la misma crítica podría hacerse de todo el sistema legal de atenuación de la pena por circunstancias sobrevenidas, sin que por ello se estime que existe tal alteración a efectos del principio de seguridad jurídica o del derecho a la igualdad.

⁵³⁰ Cfr. MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos ...*, Págs.245 y 246

⁵³¹ «Si la declaración de un coimputado es intrínsecamente sospechosa, cuando el coimputado es un “arrepentido”, tal desconfianza se acrecienta. Por dicha razón, y como dice la STEDH en el “Caso Labita vs. Italia”, de 6-4-2000, “las declaraciones de los arrepentidos deben ser corroboradas por otros elementos de prueba” (STS 168/2003, de 26 de febrero)», en SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.) *Código ...*, Pág. 2630

⁵³² CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 152

d) También se critica la relevancia penal que se otorga al comportamiento procesal del arrepentido, y que CAMPO MORENO⁵³³ denomina “exhibicionismo procesal”. Se refiere el autor citado al fenómeno natural que implica todo arrepentimiento activo, cual es la revelación pública que el arrepentido tiene que manifestar y que le valdrá la calificación, por parte de sus antiguos camaradas, de “traidor” o “chivato”. Este exhibicionismo se traduce, como no podía ser de otro modo, en la existencia de un peligro real para la integridad física del arrepentido. Cuestión que no tendría mayor relevancia, si no fuera porque en España se carecer de un sistema que permita conjurar el peligro mencionado, como si ocurre en otros países de nuestro entorno y, muy singularmente, en Estados Unidos con el denominado *Witness Security Program*⁵³⁴ (Programa de Protección de Testigos). Bien es cierto que la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales se refiere a estos supuesto, aunque de una forma a todas luces insuficiente. CAMPO MORENO incluso llega a criticar el hecho de que tales medidas no puedan extenderse a un coimputado⁵³⁵. Pero parece una crítica excesiva, ya que la colaboración activa requerida con el precepto penal parece referirse a una colaboración de carácter genérico, que auxilie a las fuerzas y cuerpos de seguridad en su lucha contra el terrorismo. El auxilio prestado conducirá, con toda probabilidad, a que dichos arrepentidos comparezcan ante los tribunales como testigos, aplicándose entonces lo previsto en la citada Ley Orgánica. Aunque es cierto que dicha crítica permanece con todo su vigor en supuestos de arrepentidos que han delatado a sus compañeros en el mismo delito por el que van a ser juzgados. Ahora bien, parece que en relación con los colaboradores con asociación terrorista, la conducta de cooperación activa se referirá a supuestos delictivos distintos a la concreta colaboración observada por el sujeto en concreto, pudiendo enjuiciarse separadamente al sujeto en cuestión de otros supuestos delictivos

⁵³³ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Págs. 153-154

⁵³⁴ Aprobado por la *Organized Crime Control Act* de 1970 y reformada por la *Comprehensive Crime Control Act of 1984*. Desde su existencia, se han beneficiado del mismo más de 7500 testigos así como algo más de 9.500 miembros familiares. Puede verse la información en la Web de los US Marshals <http://www.usmarshals.gov/witsec/index.html>

⁵³⁵ «En nuestro ordenamiento la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de testigos y peritos solamente contempla la protección de tales intervinientes en el proceso sin que tales medidas arbitradas puedan extenderse a un coimputado», en CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 154

distintos, lo que permitirá al colaborador (ahora, con la Administración de Justicia) participar como testigo cualificado en los procedimientos de que se trate.

e) Por último, también ha suscitado críticas la actual regulación del arrepentimiento. La doctrina⁵³⁶ ha afirmado muy certeramente que con su configuración actual, difícilmente habrá arrepentidos que colaboren con la policía, frustrándose tanto la finalidad de reinserción como la de investigación que antes se han señalado. En efecto, la atenuación prevista de uno o dos grados es la misma que el artículo 66.1 2º CP prevé para cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, sin la concurrencia de agravante alguna. De tal modo que el colaborador que se acoja a cualquiera de los supuestos previstos en las circunstancias 4ª y/o 5ª del Art. 21 CP, obtendrán una rebaja de la pena idéntica; de igual forma que puede ocurrir con la atenuante analógica en relación con la circunstancia 4ª, tal y como antes se examinó⁵³⁷.

2.- Desde una perspectiva político-criminal, una crítica muy interesante lanzada contra la atenuante estudiada es la que atiende carácter asociativo y organizado del fenómeno terrorista. En efecto, como dice MESTRE DELGADO, esta atenuante beneficiará más a los grados más altos de la organización y a los terroristas que más delitos han cometido, porque son precisamente los que de más información disponen. Por lo tanto, éstos sujetos pueden resultar más útiles a la investigación policial que quienes han cometido menos delitos y están menos integrados en la organización criminal, lo que «constituye una lógica inconstitucional y criminógena, que deroga los principios de igualdad y proporcionalidad»⁵³⁸. LAMARCA PÉREZ se refiere como principios lesionados a los de seguridad jurídica e igualdad: «de seguridad porque la respuesta penal ya no depende del hecho delictivo realizado sino de una conducta

⁵³⁶ Así, CONDE-PUMPIDO FERREIRO : «el vigente mantiene la atenuación, pero suprime la excusa absolutoria, lo que ha sido objeto críticas por cuanto el beneficio ya no es tan motivador, pues al mismo efecto se puede llegar con la estimación como cualificada de cualquiera de las dos circunstancias de arrepentimiento (Circ. 4ª y 5ª, Art. 21) o de las dos conjuntamente, aunque sean como simples, y estas circunstancias genéricas no requieren tantos requisitos, para su apreciación (...)», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Contestaciones ...*, Pág. 572

⁵³⁷ Vid. también la Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada

⁵³⁸ Cfr. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 160

posterior: que exista o no arrepentimiento; de igualdad porque la medida no se aplica a todos los imputados»⁵³⁹.

Es evidente que esta crítica puede afectar directamente al colaborador con asociación terrorista que se arrepiente y colabora con las autoridades. Aunque no lo es menos que, en tal caso, parece difícil imaginar que sean precisamente los grandes cabecillas de las organizaciones criminales los que den el paso para colaborar con la Administración de Justicia; y menos en el caso de delitos de convicción como es el terrorismo. Sin embargo, esta posibilidad se incrementa en el caso de los colaboradores. Es razonable pensar que sujetos que, por alguna razón, no se han integrado en la asociación terrorista, puedan resultar más recuperables que los terroristas integrados en la organización jerárquica. Quizá no puedan aportar datos de una gran relevancia, pero sí todo tipo de informaciones útiles para las fuerzas y cuerpos de seguridad en la lucha contra las asociaciones terroristas (generales, si se quiere) mereciendo el tratamiento previsto en el artículo 579.3CP. Junto con dicho auxilio, además, se producirá el efecto principalmente deseado: la plena reinserción en la sociedad democrática del sujeto que pensó en la violencia política como instrumento eficaz, pero que se arrepiente de su actuación y desea volver a la actividad política democrática.

3.- Desde una perspectiva ético-política, la doctrina dirige severas críticas al instituto del arrepentido desde una perspectiva moral. En tal sentido, LAMARCA PÉREZ entiende que la delación constituye una conducta moralmente reprobable⁵⁴⁰. Haciéndose eco de dicha crítica CAMPO MORENO coincide con la esa parte de la doctrina que manifiesta su repugnancia «por un sistema Estatal que autoriza la traición, cuando ésta es detestable, aún entre los malvados; y como implica, además, la propia incertidumbre y la flaqueza de la Ley, que implora el socorro de quien la ofende»⁵⁴¹. Ahora bien, esta crítica no puede ser compartida en modo alguno porque significaría tanto como admitir una «valoración positiva y superior de los sentimientos de lealtad entre los delincuentes terroristas frente a la defensa de la sociedad, que aparece

⁵³⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen *Análisis ...*, Pág. 17

⁵⁴⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Análisis ...*, Pág. 17

⁵⁴¹ CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Pág. 159, citando entre otros autores a CARMIGNANI, BUENO ARÚS, COBO DEL ROSAL y ANDRÉS IBÁÑEZ.

como algo negativo y desleal»⁵⁴². Razón de fondo que, además, se ve acompañada de la finalidad resocializadora a la que se hizo referencia más arriba, por cuanto también es una meta del instituto examinado que el sujeto arrepentido lo haga por haber llegado al convencimiento de lo inútil que resulta el recurso a la violencia como instrumento político en el seno de una sociedad democrática.

X.3. C.- Posibles alternativas al instituto premial

De las críticas doctrinales dirigidas contra el tratamiento que merece el arrepentido se derivan, no obstante⁵⁴³, algunas alternativas que permitan alcanzar también los mismos objetivos que la institución se propone: reinserción social y auxilio de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la lucha contra el terrorismo. Unas soluciones estudiadas en profundidad por MESTRE DELGADO⁵⁴³, actualizadas en cierta medida por CAMPO MORENO, que las sistematiza en las siguientes:

1.- La utilización de las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21, en las que se incluye la tradicional atenuante de arrepentimiento espontáneo.

Ya se ha examinó esta posibilidad, cuando se consideraron las críticas que la doctrina dirigía a la supresión de la exención total de responsabilidad para los arrepentidos que colaboraban con la Justicia. En efecto, el único escollo con el que tropieza esta consideración sería la derivada del requisito temporal exigido por tal circunstancia (antes de que conozca el individuo el procedimiento que le afecta); aunque dicho requisito puede ser relativizado acudiendo a la atenuante analógica prevista en el número 6º del artículo 21 CP, para el supuesto de que faltara alguno de los requisitos del resto de la atenuantes, supuesto que se daría en este caso.

2.- El tratamiento penitenciario como instrumento para influir en el cumplimiento de la pena de los arrepentidos.

⁵⁴² MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 231-232

⁵⁴³ El autor considera como tales soluciones las siguientes: 1) El arrepentimiento como semieximente; 2) El arrepentimiento como atenuante específica de la legislación específica; 3) El arrepentimiento como atenuante analógica muy cualificada; 4) El arrepentimiento como causa de solicitud de indulto particular de la totalidad de las penas impuestas; y 5) El arrepentimiento como causa de solicitud de indulto particular parcial, en MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia ...*, Pág. 231-238,

Una aportación original de CAMPO MORENO⁵⁴⁴ es la de considerar el arrepentimiento en el campo del cumplimiento penitenciario; es decir, apreciar el arrepentimiento y la colaboración que de ella se deriva en el ámbito del derecho penitenciario a efectos de clasificación de los internos y, muy específicamente, en la concesión del tercer grado. Solución ésta que además conecta directamente con una de las finalidades de la institución, ya que enlaza con los fines rehabilitadores de la pena privativa de libertad impuesto constitucionalmente.

3.- Indulto

Finalmente, la solución más socorrida y que más se considera por parte de la doctrina científica es el indulto, regulado por la ya vetusta Ley de 18 de junio de 1870. De entrada, resulta contradictorio que se critique el Art. 579.3CP, por contener elementos valorativos y conceptos poco claros que resienten el principio de legalidad (taxatividad) y el de seguridad jurídica; y luego se alabe la figura del indulto, que es una decisión del poder ejecutivo esencialmente discrecional⁵⁴⁵, que deberá someterse a criterios, pero que de todos modos, no deja de tener los mismos vicios que se criticaban al 579.3CP. Ello no obstante, presenta dos ventajas importantes⁵⁴⁶:

a) De un lado, evita lo que se denominó como “exhibición procesal” del arrepentido, precisamente amparándose en la decisión discrecional del poder ejecutivo que, quiérase o no, se ampara únicamente en la legitimidad democrática del poder que la decreta y la sumisión a la Ley existente, pero no se caracteriza por su publicidad, lo que puede resentir el principio de igualdad,

⁵⁴⁴ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 165

⁵⁴⁵ Respecto de los criterios que el poder ejecutivo puede tener en cuenta para decidir el indulto, puede leerse en El País los criterios que la entonces Subsecretaria de Justicia indicaba a dicho diario: 1) El informe que emite el tribunal sentenciador; 2) Es una circunstancia adversa que el reo tenga antecedentes penales o policiales; y muy favorable para él que sólo haya cometido un delito en su vida; 3) Se valora también que el reo haya pagado a la víctima la indemnización fijada por el juez; y 4) Se estudia, asimismo, si concurren en el reo "condiciones humanitarias" que aconsejen la medida de gracias. Puede ocurrir que el reo se halle enfermo, sea muy mayor o que tenga familiares desvalidos a su cargo. La drogadicción es un factor propicio para lograr un indulto, pero si se acredita que el delito fue fruto de esa circunstancia y que el reo, llegada la hora de cumplir la condena, demuestra que "está desintoxicado"; accesible en

http://www.elpais.com/articulo/espana/Gobierno/indulto/2005/9390/reos/pidieron/medida/gracia/elpepiesp/20060227elpepinac_14/Tes

⁵⁴⁶ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 166

en la medida en que no se conoce a quiénes se concede el indulto y cuáles son las razones que asisten tal gracia.

b) En el artículo 25 de la citada Ley de 1870, en relación con el informe que deben emitir los tribunales, se hace especial referencia a las pruebas o los indicios del arrepentimiento del reo. Lo cual implica considerar que la normativa que regula el indulto es sensible al arrepentimiento activo y, por tanto, puede constituir un canal válido para dotar de efectos jurídicos el mismo.

A modo de conclusión puede traerse a colación la opinión de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁵⁴⁷ cuando considera que la institución del arrepentimiento activo ha aportado beneficios extraordinarios en la lucha contra la criminalidad organizada en los países donde esta se ha desarrollado. Y ello a pesar de que, como toda institución jurídica, pueda ser objeto de abusos y manipulaciones que no la privan de los grandes logros alcanzados. Aunque también es cierto que los mismos efectos de colaboración puede conseguirse a través del juego previsto por las atenuantes del artículo 21CP examinadas, sin que sea necesaria la “exhibición procesal” (al menos directa) del arrepentido. Dicho juego de atenuantes, combinado adecuadamente con la política penitenciaria relativa a los grados de clasificación podrían conducir, especialmente en el caso de los delitos de colaboración con asociación terroristas, a resultados muy positivos en orden a la reinserción social del colaborador. Obteniéndose, al mismo tiempo, datos relevantes para las investigaciones policiales del fenómeno terrorista. En uno y otro caso, es evidente que la legislación en materia de protección de testigos y peritos en causa criminal, ya citada, ha quedado desfasada. Se impone, por tanto, una nueva regulación que siga los pasos de la normativa más avanzada en esta materia (norteamericana e italiana) que permita un mínimo de seguridad para el arrepentido, arbitrando los mecanismos previstos en aquellas legislaciones para que tal seguridad sea real y efectiva.

Por el contrario, no parece una solución adecuada el recurso al indulto porque si bien es verdad que evita de igual modo la “exhibición procesal”, no lo es menos que supone un juicio de discrecionalidad (legítimo, desde luego) del

⁵⁴⁷Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios ...*, Pág. 164

poder ejecutivo, alejado de los órganos de control de dicha discrecionalidad y que, por lo tanto, hace depender su otorgamiento de una especie de baremos oscuros que no casa bien con la configuración de España como un Estado social y democrático de derecho. Además, el indulto no ofrece las mismas garantías de intermediación respecto de la actividad del penado, pudiendo producirse situaciones de dudosa legalidad en cuanto a presiones que pudiera recibir el delincuente, vulnerando las garantías del mismo, so capa del otorgamiento de indulto; máxime si se tiene en cuenta que dicha actividad resulta del todo incontrolable.

CAPÍTULO XI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA PENALIDAD

XI.1. Circunstancias atenuantes.

XI.1.A. Eximentes incompletas

Genéricamente se refiere el artículo 21 1ª CP a las eximentes reguladas en el artículo 20 CP, considerando que atenúan la pena «las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». Siguiendo el principio general enunciado por MIR PUIG, para que alguna de las eximentes reguladas en el artículo 20 CP pueda ser estimada como incompleta es preciso que, falte algún requisito no fundamental de la eximente completa, subsistiendo los que sustentan su base⁵⁴⁸.

Como ya se señaló más arriba, una eximente incompleta es la que contribuyó a rebajar la pena del Sr. Suárez Trashorras en la Sentencia que resolvió el atentado del 11-M, en la medida en que se constató que sufría una psicopatía⁵⁴⁹ asociada al consumo de alcohol y otras drogas. Puesto que el Tribunal no fue capaz de constatar el grado de afectación del sujeto en el momento de realizar los hechos por los que fue condenado, al depender de factores desconocidos (toma de la medicación prescrita), la Sala estima la concurrencia de una eximente incompleta, en cuanto que atenuante simple del artículo 21.1 en relación con el 20.1 Código Penal.

También siguiendo la indicación prevista anteriormente, debe examinarse ahora el supuesto contemplado por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 197/1999, de 16 de febrero [RJ 1999\1281]⁵⁵⁰. Respecto del sujeto

⁵⁴⁸ Cfr. MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal Parte General* 7ª Ed. Barcelona, 2005, Pág. 607

⁵⁴⁹ La señalada Sentencia indica al respecto que «las psicopatías implican trastornos de la afectividad, del temperamento y del carácter, que dificultan la capacidad de relación con los demás de quien las sufre, pero no afectan a la capacidad de discernimiento ni a las facultades de inhibición y autocontrol. Por ello, no siendo verdaderas enfermedades mentales, sino anomalías estructurales de la personalidad, las psicopatías suelen ser irrelevantes a efectos de atenuar la responsabilidad, salvo que, como ocurre en nuestro caso las circunstancias concurrentes en el hecho -consumo de drogas, en particular-, permitan que la actuación del sujeto estuviera condicionada, haciéndose merecedora de una disminución de pena -por todas STS de 28 de junio de 2001 (RJ 2001, 7022) -».

⁵⁵⁰ El supuesto en cuestión es el siguiente, resumidamente: Alfonso A. B., de 21 años de edad, era militante de una organización denominada Jarrai. Dicha organización se fijó como objetivo la formación de grupos adictos en todos los pueblos de Navarra y el País Vasco. Con tal fin Alfonso A.B. se puso en contacto con personas afines en la localidad de Viana para que organizaran reuniones de jóvenes en un local conocido como "La Casilla" cedido por un simpatizante del grupo político Herri Batasuna. A las convocadas reuniones acudieron un número indeterminado de jóvenes entre los que se encontraba Álvaro José M. F., de 23 años de edad(...), en una de las reuniones a las que asistió, el organizador Alfonso A.B. le encomendó que controlara a miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en Logroño, motivo por el que M., que con la intención principal de darse a valer en el grupo de jóvenes simpatizantes de Jarrai de

condenado, se señalan en los hechos probados lo siguiente: «Alvaro José M. F. ya a los dos años fue atendido en el centro de estudios neuropsiquiátricos de Logroño por padecer síndrome de sufrimiento cerebral "post-partum". A lo largo de su vida, con tratamiento farmacológico y controles médicos periódicos, ha presentado una variable sintomatología patológica, dentro de un diagnóstico de disritmia generalizada de predominio anterior por alteraciones subcorticales, lo que motivó el que fuera excluido de la obligación de realizar el servicio militar. Las repercusiones psicológicas de su padecimiento configuraron en Álvaro José M. F. una personalidad psicoafectiva inmadura, fácilmente sugestionable e influenciable en la aceptación y valoración del entorno por necesidad de autoafirmación personal y de estimación del medio social al que pertenece, por lo que, aún disponiendo de libre albedrío suficiente para conocer la naturaleza y consecuencias de sus actos, su capacidad de discernimiento está gravemente afectada por las carencias emocionales y rasgos de psicoinfantilismo de su personalidad». Atendidas tales circunstancias, la Audiencia Nacional condenó al mencionado individuo como autor de un delito de colaboración con banda armada con la concurrencia de eximente incompleta por anomalía psíquica grave. Recurrída en casación dicha apreciación por el condenado, entendiéndose que la eximente que concurría era la completa, el Tribunal Supremo considera que el condenado «dispone del libre albedrío suficiente para conocer la naturaleza y consecuencia de sus actos» y, por lo tanto, «dada la naturaleza de mero trastorno de personalidad que debe atribuirse a la afección psicofísica del acusado, no existe base en el relato fáctico para apreciar eximente alguna, y únicamente la eximente incompleta».

Lo mismo que se ha indicado respecto de la anterior eximente puede predicarse *mutatis mutandi* del resto de eximentes completas que, en su caso, pudieran concurrir en su modalidad de incompletas.

Viana, aunque sin desconocer la relación que lo que se le pedía pudiera tener con ETA, aprovechó una sustitución como empleado en el reparto de correspondencia de la empresa donde trabajaba "Distribuciones La Rioja" lo que le permitió entrar en diversas ocasiones a realizar su trabajo en un Cuartel de la Guardia Civil y en la sede de la Policía Local de Logroño para anotar las matrículas de algunos de los vehículos de los agentes que se encontraban en el interior, y también lo hizo con nombres y direcciones que figuraban en los sobres que repartía en dicho cuartel, información que conservaba en su domicilio. Álvaro José pensaba entregar tales datos a través de miembros del grupo simpatizante de Jarrai en Viana a Alfonso A. B., quien los pondría a disposición de la banda armada ETA para que los utilizara como creyera conveniente en contra de las personas o sus bienes.

XI.1.B. Grave adicción

Regulado en el artículo 21 2ªCP, habrá que entender que concurre dicha circunstancia atenuante cuando se produce una intoxicación aguda con las sustancias mencionadas en el artículo 20 2º (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos); pero que producen efectos insuficientes para excluir la imputabilidad, ya sea como eximente completa o como eximente incompleta. Por esta naturaleza residual, la atenuante examinada «queda para los casos de menor influencia de la imputabilidad»⁵⁵¹. Supuestos en los que concurra dicha atenuante serán, por tanto, los mismos que ya se señaló al tratar la eximente completa correlativa, sin que se considere necesario repetir lo ya indicado.

XI.1.C. Obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

En todo caso, se trata de un género de atenuantes (estados pasionales) que inciden en la imputabilidad del sujeto, en la medida en que se produce una determinada circunstancia que priva de la normalidad necesaria para la valoración de las acciones humanas.⁵⁵² Lo mismo puede decirse ahora que lo que se dijo en relación con las restantes atenuantes, si bien debiendo señalar que resultará difícil apreciar dicha atenuante en un delito de colaboración que, como ya se indicó, requiere de una actuación que se extiende en el tiempo durante el cual el psiquismo sano del sujeto activo puede recapacitar y sosegar su ánimo, de forma que la aparición explosiva por la que se caracteriza la atenuante señalada casa mal con la paciente actividad del colaborador con asociación terrorista. Una línea parecida la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 [RJ 1983\2300], que condenó a los autores de la intentona golpista del 23-F. Dicha Sentencia señala, respecto de uno de los acusados que invocó la mencionada eximente, que para apreciar la

⁵⁵¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho...*, Pág. 609

⁵⁵² Señala MIR PUIG que «el arrebatos debe distinguirse de la obcecación como la emoción de la pasión», estableciendo un paralelismo con la distinción que KANT hacía de estos dos últimos términos: «la emoción es el agua que rompe con violencia y el dique para enseguida esparcirse, mientras que la pasión es el torrente que excava su lecho y en él se encauza». Así, la emoción (el arrebatos) es súbita; mientras que la pasión (la obcecación) es pertinaz. En MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 609

misma eran necesaria la concurrencia de una emoción o de una pasión de carácter esténico, o la ofuscación, obnubilación u oscurecimiento de las facultades volitivas o cognoscitivas del sujeto en cuestión. Supuesto que no concurría en el imputado. Y en relación con el tiempo, la misma Sentencia señala algo perfectamente aplicable al supuesto de colaboración con asociación terrorista: el sujeto activo «tuvo muchas horas para decidir si debía o no secundar los propósitos del Teniente Coronel T. M., y nada permite creer que, desde la noche del día 22, hasta las 12 horas del día 24 febrero 1981, se encontrara inmerso en un estado de arrebató o de obcecación, que nublaran su entendimiento, pues, por otra parte, tuvo muchas ocasiones de calmarse, de serenarse, de reflexionar, y de apartarse de la senda delictiva que había emprendido». Así, pues, el colaborador con asociación terrorista que, por ejemplo, desarrolla una conducta de vigilancia de posibles objetivos terroristas también tiene suficientes oportunidades de reflexión, calma y serenidad como plantearse que lo que está desarrollando es una conducta delictiva muy grave, por cuanto auxilia con su conducta a una asociación terrorista.

XI.1.D. Haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

Como señala MIR PUIG, esta atenuante de carácter postdelictual tiene su fundamento «en la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial»⁵⁵³.

Un supuesto muy interesante es el recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1064/2002, de 7 de junio [RJ 2002\8793], en la que se contempla una de las primeras actuaciones de terrorismo internacional en suelo español, concretamente de argelinos integrados en el GIA. En efecto, uno de los acusados esgrime como atenuante (después de otros argumentos defendidos infructuosamente) que se acogió a «Ley argelina nº 99/08 de 29 El Aoul correspondiente al 13 de Julio de 1999 relativa al restablecimiento de la Concordia Civil, que tenía por objeto la reinserción civil en el seno de la sociedad de personas implicadas en acciones cuyas características coinciden

⁵⁵³ MIR PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 611

con las que han sido objeto de condena». Como “sugestivo” califica el Tribunal Supremo dicho argumento, en la medida en que «tiene el valor de una confesión extraprocesum de pertenencia al GIA, grupo terrorista, lo que equivale a una aceptación de la autoría del delito de pertenencia a banda armada»; como puede comprobarse, no se trata de un supuesto de colaboración; pero nada impide para que dicho supuesto sea plenamente a los mismos, dada la homogeneidad existente ente ambos delitos, como se explicará más adelante.

Este supuesto resulta de especial interés, no sólo por lo artístico del recurso, sino porque pone de relieve la transnacionalidad del fenómeno terrorista, hasta el punto de poder considerar, en su caso, confesiones judiciales acogidas a normas legales extranjeras. En el supuesto concreto que trata la Sentencia, no se accede en casación a la petición mencionada, aunque de forma vaga e imprecisa, refiriéndose indirectamente a la no aplicación en España de dicha norma argelina⁵⁵⁴.

XI.1.E. Haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Lo mismo que se ha dicho en relación con la confesión de la infracción vale para esta atenuante, si bien lo que se facilita con dicha atenuación es la reparación del daño producida por el delito. Es evidente que, como en el otro supuesto, el dato determinante para la apreciación de estas atenuantes en la colaboración con asociación terrorista es el puramente fáctico y, por ende, materia de prueba⁵⁵⁵. La reparación del daño contemplada o se da o no se da,

⁵⁵⁴ La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo salva esta cuestión considerando que « Se dice que la sentencia no ha dado respuesta en tal petición, y en efecto, el examen del Fundamento Jurídico sexto así lo acredita pues se limita a decir que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, sin embargo no es del todo cierta la ausencia de toda respuesta, pues sí consta en el Fundamento Jurídico primero la negativa expresa y razonada a aplicar dicha Ley, por lo que en la medida que las atenuantes analógicas citadas se conectan con la misma, la negativa a la aplicación de dicha Ley, implícitamente supone una denegación a su valor por la vía indirecta de las atenuantes , todo ello sin perjuicio de recordar que el Tribunal debiera haber explicitado su respuesta a esta petición. No ha habido quiebra del derecho a la tutela judicial por falta de respuesta».

⁵⁵⁵ Véase lo señalada para un supuesto del artículo 577 CP en el Auto del Tribunal Supremo nº 7395/2006, de 11 de mayo.

de forma que se trata una cuestión ajena, en principio, a grandes problemas interpretativos⁵⁵⁶.

XI.1.F. Otras circunstancias de análoga significación que las anteriores.

Finalmente, el legislador español opta por dejar una puerta abierta a la estimación de circunstancias que puedan ser parangonables con las atenuantes expresamente recogidas en el artículo 21, pero cuya constancia no es expresa. Al respecto, señala MIR PUIG que, puesto que «el significado de las atenuantes es disminuir el contenido de injusto del hecho, el grado de su imputación personal o la conveniencia de pena, cualquier aminoración de estos aspectos podría considerarse motivadora de la atenuante 6»⁵⁵⁷; si bien es cierto que la Jurisprudencia viene exigiendo no tanto dicho contenido material, sino más bien la existencia de una cierta analogía con los elementos que componen las atenuantes expresamente recogidas en el Código Penal.

Lógicamente, por tratarse una atenuante tremendamente casuística se destacan a continuación cuatro supuestos:

a) En primer lugar, se solicita una atenuante analógica para el sujeto que, después de pertenecer a ETA, es deportado a la República Dominicana en 1984 donde permanece hasta 1997. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 633/2002 de 21 mayo [RJ 2002\6715] denomina a tal situación como de “confinamiento”. Resulta interesante dicha atenuante porque realmente no tiene cabida, en tanto que no existe término de comparación en las demás atenuantes, refiriéndose el Tribunal a su acogimiento como “innominada”, en su caso. Nótese, no obstante, la gran similitud existente entre esta pretendida “atenuante de confinamiento” con la atenuante analógica de dilaciones indebidas, que se examina en último lugar y que sí es asumida por el Tribunal Supremo. Si bien es cierto que, aún no existiendo dicha atenuante, el Tribunal sentenciador tiene en cuenta el hecho señalado a la hora de determinar la pena concreta, imponiendo la mínima posible, lo que hace inútil la apreciación de

⁵⁵⁶ Sobre esta circunstancia y la anterior, que vienen a suplir a la tradicional de “arrepentimiento espontáneo”: CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Págs. 124 y SS.

⁵⁵⁷ MIR PUIG, Santiago *Derecho...*, Pág. 613

atenuante alguna. Esta solución no deja de suponer un cierto fraude de ley, en la medida en que aún no siendo posible apreciar dicha circunstancia como atenuante, lo cierto es que es estimada en la determinación de la pena sin que exista justificación alguna de por qué se realiza así.

b) Un supuesto diametralmente opuesto al anterior sería el ya examinado del Arcipreste de Irún, en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 1848/1993 de 21 julio [RJ 1993\6335]. Como se recordará, este caso se trató al examinar el aspecto subjetivo del tipo y la concurrencia de otros móviles. Las circunstancias fueron las siguientes, de forma resumida: el citado Arcipreste dio cobijo a dos terroristas que huían tras la desarticulación del Comando al que pertenecían, aún a sabiendas que era miembro de ETA. Sin embargo, lo hizo porque había ayudado a uno de ellos a salir de la drogadicción hacía años, su madre era una señora conocida de la parroquia y, al fin, era sacerdote de la Iglesia Católica, con un especial deber de servicio a pueblo. Se decía que era un supuesto análogo al anterior pero de signo contrario, porque en este caso el Tribunal tampoco encuentra con claridad un término de comparación, una atenuante respecto de la cual guarde analogía. Y así considera que la única con la que podría tener cierto parecido es la de arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que «tal posibilidad es totalmente rechazable en cuanto la actividad del acusado se nos muestra con una auténtica frialdad de ánimo lo que se demuestra en la circunstancia de que inicialmente niega al peticionario su solicitud de amparo y es únicamente después de hacer meditación sobre las consecuencias de esa negativa cuando accede a proporcionar el correspondiente cobijo. Es decir, tal actitud dubitativa hace desaparecer cualquier estado pasional o de arrebató (...)). Sin embargo, parece que dicho requisito exigido por la jurisprudencia no es exigido para todos los supuestos de atenuantes analógicas. De hecho, como se verá más adelante, la jurisprudencia estima que existe una denominada atenuante de dilaciones indebidas que, realmente, no encuentra parangón con ninguna de las atenuantes reguladas.

Siguiendo el criterio que acepta dicha atenuante de dilaciones indebidas, no se entiende por qué no cabe estimar como atenuante la peculiar situación personal del sujeto activo, en la medida en que se trata de un sacerdote de la

Iglesia Católica, encargado de multitud de proyectos a favor de excluidos y hombres y mujeres sin hogar. Lógicamente, en el interior de este individuo se trabó un conflicto moral entre el conocimiento que tenía del sujeto al que ayudaba y su deber de auxiliar a un ser humano necesitado, al que además había ayudado a abandonar la droga. Por estas razones, se entiende que habría sido conveniente estimar dicha atenuante, por cuanto la responsabilidad criminal del sujeto es evidente: se trata de un colaborador con asociación terrorista. Pero no parece razonable obviar el conflicto interno acaecido que limitaba, aunque fuera sólo parcialmente, su responsabilidad criminal.

c) Otro supuesto es el de arrepentimiento del sujeto que, tras la disolución del comando al que pertenecía, fijó su residencia en Francia para después hacer lo propio en Méjico, de donde fue expulsado, trascurriendo desde la disolución del comando hasta su detención más de 10 años, en los que el acusado no tuvo más contactos con la asociación terrorista. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 106/2000 de 31 enero [RJ 2000\179], señala al respecto que «este tiempo de abandono voluntario de la organización es valorado por el Tribunal [*a quo*] como circunstancia de atenuación en la medida que ese abandono supone ya un acto de afirmación del ordenamiento. Fundamenta, además, la consideración de muy calificada atendiendo a los años de abandono, sin relación activa con la organización, y las características propias del delito de pertenencia a banda armada, como delito permanente cuya antijuridicidad se prolonga durante el tiempo de permanencia. El mero abandono ya supone un acatamiento al ordenamiento y la especial calificación, se declara teniendo en cuenta que el lapso de tiempo desde la situación antijurídica sólo correría a su favor mediante el instituto de la prescripción». Comparte, por tanto, el criterio de la Audiencia Nacional y estima concurrente una atenuante analógica. Esta atenuante podría considerarse en relación con el colaborador de una forma parcial, toda vez que éste es un *extraneus* a la asociación, lo que implica su distanciamiento *ab initio*. Ello no obstante, podría estimarse para el caso en que se demostrara que la colaboración fue un hecho puntual y que no volvió a repetirse, al adquirir conciencia de la gravedad de los hechos cometidos por el sujeto activo.

d) Por último se examinará la atenuante analógica que mayor aplicación práctica conoce: la de dilaciones indebidas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo a la del Tribunal Constitucional, estima desde el 21 de mayo de 1999 que la dilación indebida constituye un supuesto de atenuante analógica simple o muy cualificada⁵⁵⁸. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 1387/2004, de 27 de diciembre [RJ 2005\2172], se refiere precisamente a un supuesto de aplicación de tal atenuante, aunque para un supuesto de pertenencia a asociación terrorista que, no obstante, resulta plenamente aplicable a los casos de colaboración con dichas asociaciones. Y así, supuesto el derecho a un proceso sin dilaciones indebida como parte integrante de las garantías constitucionales en el proceso⁵⁵⁹, se considera que la base de dicha atenuante analógica se cifra en que «en un derecho penal de la culpabilidad como el sistema vigente (...) el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, por ello, se estima que si el acusado ha tenido un sufrimiento innecesario e injustificado a consecuencia de la excesiva duración del proceso -poena naturalis-, es razonable compensar con una reducción de la pena la parte de culpabilidad ya "pagada" por la excesiva duración del proceso». En el supuesto que se dilucida en la Sentencia citada, desde que acaecen los hechos hasta que se dirige la acción judicial por el Ministerio Fiscal transcurren nada menos que 19 años, razón por la cual el Tribunal Supremo encuentra el fundamento de dicha atenuación «en que el

⁵⁵⁸ Así resume GIMÉNEZ GARCÍA, como ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 8475/2004, de 27 de diciembre, la historia de esta atenuante a través de sucesivos Plenos no Jurisdiccionales del Tribunal Supremo: « a) El de 2 de Octubre de 1992 se acordó que frente a la tesis de darles el valor de una atenuante analógica como así se había efectuado en varias ocasiones -- STS de 14 de Diciembre de 1991 --, debían quedar sus efectos extramuros del proceso, pudiendo servir para solicitar la concesión de un indulto y la indemnización correspondiente por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. b) El Pleno de 29 de Abril de 1997 es el que se acordó que no existía base legal para aplicar una atenuante al acusado con apoyo en la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones. c) El Pleno de 21 de Mayo de 1999 en el que se efectuó un cambio jurisprudencial en el sentido de compensar la concurrencia de las dilaciones con la penalidad correspondiente al delito mediante la aplicación de la atenuante analógica del Art. 21-6º, con la posibilidad de darle, según la importancia, el valor de simple atenuante o de muy cualificada»

⁵⁵⁹ La mencionada Sentencia proclama que « el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, forma parte del canon que define el proceso penal desde las exigencias constitucionales -- Art. 25 C.E. -- e igualmente conforma la identidad del proceso penal que deriva el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales --Art. 6 --, siendo de destacar que un número muy significativo de demandas resueltas por el TEDH, lo es, precisamente en relación a la violación de este derecho, y es que, como se ha dicho, por el sólo hecho de ser tardía la sentencia puede llegar a ser injusta. También se encuentra consagrado en el Art. 13.3c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 », invocando también la doctrina constitucional al respecto: 124/99 y 125/99 ambas de 28 de Junio; 58/99 de 12 de Marzo; 184/99 de 11 de Octubre; 198/99 de 25 de Octubre; 87/2001 de 2 de Abril; 237/2001 de 18 de Diciembre, entre otras.

hecho enjuiciado ha estado próximo al olvido social del mismo que es, cabalmente, uno de los fundamentos de la prescripción, olvido social del delito que no arrastra al olvido de las víctimas, antes bien se debe mantener viva la comunidad de memoria en torno a todas las víctimas del terrorismo». En sentido contrario cabe recordar lo señalado por el Tribunal Supremo en el supuesto de una pretendida atenuante analógica “de confinamiento”, como se indicaba *ut supra*.

Si la citada atenuante tiene relevancia en el caso de la pertenencia asociación terrorista, cuánto más en el supuesto de colaboración. Es decir: supuestos en los que se haya producido un acto de colaboración con asociación terrorista respecto de los cuales no se produce acusación formal ante un Tribunal de Justicia sino transcurridos muchos años. Es evidente, como indica GIMÉNEZ GARCÍA, que el transcurso del tiempo justifica la existencia de la prescripción de los delitos de terrorismo. Pero resulta discutible que esta misma justificación pueda sostener la aplicación de una atenuante analógica de la responsabilidad criminal en relación con delitos de terrorismo precisamente por la razón que la Sentencia citada señala: el olvido social de los delitos y el olvido de las víctimas de dichos delitos. El olvido social justifica la prescripción; pero la dilación indebida de los procedimientos no puede justificar una atenuante de la responsabilidad criminal del sujeto activo de delitos terroristas porque, en el fondo, supondría una utilización espuria del ordenamiento jurídico que dicho sujeto pretende destruir. Así, pues, respecto de los delitos de terrorismo, en general, no parece conveniente la aplicación de la mencionada atenuante analógica porque lo que se produce no es un olvido social del delito sino una grosera falta de diligencia, en primer lugar, de la Administración de Justicia. Ello no obstante, debe recordarse que no es necesario acudir a esta atenuante analógica en supuestos como el señalado por la Sentencia extractada (19 años, una vida rehecha...), puesto que para tales supuestos también están previstas otras atenuantes examinadas, en especial, la de reparación del daño y arrepentimiento. Atenuantes estas, por cierto, que parecen más adecuadas al contexto terrorista, en la medida en que suponen el arrepentimiento del sujeto activo del empleo de la violencia contra el ordenamiento jurídico que, precisamente, les reconoce dichas atenuantes en su responsabilidad.

XI.2. Circunstancias agravantes.

XI.2.A. Alevosía

El propio artículo 22 CP realiza una interpretación auténtica de dicha circunstancia cuando indica que «hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido». Parece evidente que de dicha interpretación auténtica se deriva la inaplicabilidad de dicha agravante a los supuestos de colaboración con asociación terrorista, por cuanto el artículo 576 del Código Penal no puede conceptuarse en modo alguno como un delito “contra las personas”. Como ya se indicó al tratar del bien jurídico protegido por este tipo, el delito de colaboración con asociación terrorista vulnera de forma flagrante el orden democrático constitucional, en cuanto bien jurídico, así como la paz y el orden públicos. Pero no supone un atentado contra las personas y, en por tal razón, deviene inaplicable.

Cuestión distinta será aquella relativa a los sujetos que desarrollen una conducta de colaboración con asociación terrorista *específica* o contributiva, como se dijo más arriba. Si dicha acción está conectada causalmente con la perpetración de una determinada acción terrorista que tenga como resultado un delito contra las personas, entonces sí cabe apreciar la concurrencia de dicha agravante. Pero en tal caso ya no nos situaremos en el plano de los delitos de colaboración, sino en el delito terrorista de que se trate (dentro de los propios del artículo 572 CP), castigándose a dicho sujeto como cooperador necesario del mismo, por virtud de lo dispuesto en el artículo 576 párrafo 2º inciso 2º CP, al menos para los supuestos de información y vigilancia de individuos. Esta cuestión se expondrá con mayor detenimiento al estudiar los posibles concursos del tipo de colaboración con asociación terrorista y su distinción de otras figuras afines.

XI.2.B. Disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Esta circunstancia acoge diversas modalidades, teniendo todas ellas en común «el hecho de que describían circunstancias en las que el autor trataba de facilitar la ejecución del delito o su impunidad»⁵⁶⁰. Facilidad de ejecución o impunidad que se demuestra palpablemente en el empleo de disfraz, que contribuye al anonimato del sujeto activo; así como el abuso de superioridad y demás circunstancias que tienden directamente a facilitar la comisión de los hechos delictivos. Si se entiende el disfraz, según la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 62/1998 de 27 de octubre [ARP 1998\5942], como «cualquier medio material, usado por un sujeto para ocultar o desfigurar su rostro, con entidad bastante para que sea muy difícil o imposible su identificación, y con la expresa finalidad de facilitar la ejecución del delito o lograr, o hacer más fácil la impunidad del hecho criminal cometido»; cabe la posibilidad de aplicar dicha agravante en los supuestos previstos en el artículo 576CP. Esta agravante tendrá especial importancia en los actos de información o vigilancia de individuos, bienes o instalaciones, siempre que el colaborador desfigure su apariencia para pasar inadvertido y facilitar su impunidad.

XI.2.C. Precio, recompensa o promesa.

Aglutina esta agravante una relación de circunstancias que constituyen, según MIR PUIG, móviles particularmente indeseables del delito. Así se entiende que las motivaciones económicas para la perpetración de delitos resulten viles y perversas.

En relación con los concretos delitos de colaboración, es perfectamente posible la concurrencia de dicha agravante, siempre y cuando tenga relevancia en la resolución criminal del colaborador. Es este caso, concretamente, se produciría un ánimo de lucro que motivaría el ánimo de colaboración con asociación terrorista, lo que hace la acción del colaborador más despreciable si cabe. Surge la duda de si tal conducta de colaboración por contraprestación

⁵⁶⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho ...*, Pág. 894

podría integrarse en el tipo del artículo 576 CP o, por el contrario, sería un supuesto de actuación “al servicio de” la asociación terrorista, en los términos ya examinados más arriba. En este caso, habrá que estar a la concreta conducta observada por el colaborador retribuido para realizar una correcta tipificación de su conducta.

XI.2.D Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Móviles también especialmente indeseables son los que se producen por motivos de discriminación (por la razón que sea), en tanto que suponen una afrenta a la dignidad de todo ser humano. La jurisprudencia no estima esta agravante en relación con los delitos cometidos por miembros o colaboradores de la asociación terrorista ETA, ya que estima que en «su actividad criminal están actuando contra sus vecinos y conciudadanos, y contra toda la sociedad, sin distinción alguna»⁵⁶¹. Su fin primordial es «subvertir el orden constitucional, y no una acción motivada por razones de discriminación racial, ideológica u otra condición personal»⁵⁶².

No obstante lo anterior, parece evidente que en el caso del terrorismo Yihadista el tratamiento podría ser diferente, por cuanto el motivo que mueve a tales terroristas a perpetrar sus delitos (y a sus colaboradores) es un motivo claramente religioso contra quienes no comparten la versión del Islam que tales sujetos sostiene (apóstatas); así como contra cualquier ser humano que no profese la religión islámica, especialmente cristianos, o cruzados en la terminología Yihadista, así como judíos (considerados todos como infieles). Sorprende que dicha agravante no tenga cabida en la Sentencia por la que se condena a los sujetos que perpetraron el atentado del 11-M. Resulta evidente que toda actuación terrorista Yihadista se mueve impulsada por un odio religioso visceral que entra dentro de la agravante considerada, por lo que parece recomendable que se estime en los supuestos de colaboradores con

⁵⁶¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª núm. 73/1997 de 27 de noviembre.

⁵⁶² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª núm. 22/2002 de 7 de junio.

tales organizaciones, siempre que se pruebe que el sujeto activo colabora movido también por ese odio religioso.

XI.2.E. Ensañamiento

Si bien no se menciona tal palabra en la correspondiente agravante, la doctrina entiende que tal concepto se refiere al hecho de aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Por pura lógica interna dicha agravante no podrá ser apreciada en relación con los delitos de colaboración con asociación terrorista. Las razones que justifican dicha imposibilidad son las mismas que se esgrimieron en relación con la agravante de alevosía, a las que ahora nos remitimos.

XI.2.F. Abuso de confianza.

MIR PUIG entiende que dicha agravante encuentra su fundamento último «por facilitar la comisión del hecho», atendiendo a la posición que ocupa el sujeto activo respecto del pasivo⁵⁶³; requiriendo: a) la existencia de un vínculo de confianza, expresa o tácita; y b) el aprovechamiento de la situación derivada de tal vínculo.

Esta agravante es perfectamente asumible en los supuestos de colaboración con asociación terrorista por razones evidentes. Quizá por ello sea tan sorprendente la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 4ª, nº 44/2006, de 17 de noviembre [JUR 2008\285890]; y la Sentencia del Tribunal Supremo a la que dan lugar los recursos de casación interpuestos por los condenados por la primera (curiosamente no por el Ministerio Fiscal). La conducta de una de las condenadas por colaboración con asociación terrorista, confirmada por el Tribunal Supremo, según los hechos probados, fue la siguiente: «aprovechado su trabajo de cuidadora de una señora mayor llamada Mari Jose, que vivía en (...) Vitoria, obtuvo información que transmite a su novio Esteban , quien la entrega en Francia a dirigentes de ETA, acerca de la dirección, características físicas, actividades y horarios del hijo Guardia Civil, llamado Luis Manuel , de dicha señora mayor». Al respecto, el propio Tribunal

⁵⁶³ PUIG, Santiago *Derecho ...*, Pág. 619

Supremo en Sentencia nº 783/2007, de 1 de octubre [RJ 2008\1557] señala que «la Sala sentenciadora de instancia ha dispuesto una penalidad muy cercana al umbral mínimo, concretamente seis años de prisión, que se corresponde con la gravedad de los hechos, y las **especiales circunstancias de aprovechamiento de su actividad laboral, para traicionando la confianza depositada en la misma** (abuso de confianza), trasladar tales datos a su novio, y éste a ETA, a través de Francia». Y todavía más sorprendente es que el Tribunal señale a continuación que «la penalidad es, pues, **correcta**». Se trata, como se ve, de un clarísimo supuesto de agravante por abuso de confianza que ni fue apreciado por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo; y ello a pesar de las circunstancias de las que se vale la novia colaboradora del terrorista para facilitarle información sobre un Guardia Civil, hijo de la señora mayor que cuidaba.

XI.2.G. Prevalerse del carácter público

Con un fundamento análogo a la agravante anteriormente descrita, exige tres elementos: a) la cualidad funcionario público o situación análoga; b) abuso de poder o inadecuado uso de las facultades conferidas por su cargo; y c) la concreta finalidad de utilizar las ventajas del cargo ostentado para ejecutar el delito más fácilmente o con menor riesgo. Un claro supuesto de dicha agravante es la contemplada en la Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 83/2005 de 14 de diciembre [ARP 2005\782], recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, que la resolvió mediante Sentencia nº 800/2006, de 13 de julio [RJ 2006\8010]. En dicho supuesto, se condena como colaborador a un policía municipal de San Sebastián que colaboró activamente con ETA⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ A tenor de los hechos probados, podría decirse que se trata de un colaborador “modélico” por su entrega a la causa y eficiencia: «entre otros hechos transmitió los siguientes datos: en diciembre de 2000 entregó fotocopias de unos seis documentos nacionales de identidad de personas que los habían extraviado, de tres carnés de conducir, de dos permisos de circulación y de un pasaporte. También en ese encuentro informó sobre varios vehículos oficiales, incluyendo números de matrícula, modelos y lugar, fecha y hora donde habían sido vistos.- En Febrero de 2001 entrega la información que ha recopilado entre la que está un listado de los agentes de la Guardia Municipal de San Sebastián y de diversos políticos municipales (...) Los datos suministrados incluían referencias al domicilio, matrícula de los vehículos que usaban, zonas que frecuentan y horarios.- Respecto de sus compañeros facilitó matrículas de vehículos que sospechaba pudieran ser oficiales.- También dio los datos de un Guardia Civil retirado (...) que cuando iba a ser denunciado por Luis Enrique por una infracción de tráfico se identificó con Tarjeta Militar.- La denuncia no fue cursada.- En Mayo de 2001 informó sobre una persona que se rumoreaba que vendía droga en los bares de la izquierda abertzale de San Sebastián, facilitándoles el nombre y los datos relativos al vehículo que utilizaba.- En Julio de 2001 entrega información relativa a

Como la propia Sentencia del la Audiencia Nacional recuerda, la agravante «exige que el culpable ponga el carácter público de su función al servicio del propósito criminal, de modo que en vez de servir al cargo se sirve de él para delinquir». Ello implica no sólo una mayor antijuridicidad de la conducta típica, sino también una potencial amenaza pública cuando el sujeto activo se prevale de un cargo como el de Policía Local, con acceso a infinidad de datos valiosísimos para cualquier asociación terrorista.

XI.2.H. Reincidencia

Baste señalar, en relación con tal agravante, la interpretación auténtica que también se contiene en el artículo 22CP al proclamar que «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». Sobre el particular debe destacarse que, para la consideración de reincidente, es necesario que el colaborador haya sido condenado por sentencia firme por otros actos de colaboración, cualquiera que sea su naturaleza. Pero no podrá estimarse dicha agravante en el caso de que el colaborador, previamente, hubiera sido condenado como autor de un delito de terrorismo individual o callejero (577CP) ni, si pudiera ser, un delito terrorista en cuanto miembro de la organización, porque como ya se señaló, lo que el Código Penal de 1995 sanciona es la colaboración con asociación ilícita cristalizada en concretos actos de colaboración. No obstante lo cual, es perfectamente apreciable dicha reincidencia en el caso de quien fue condenado por actos de cooperación para un delito concreto. Y ello porque, aún cuando fuese condenado por la comisión de un delito terrorista *stricto sensu*, ello no obsta para que la conducta con la que colaboró a la perpetración del delito sea

vehículos que pudieran ser policiales o pertenecientes a algún político y se le pide por ETA. que compruebe los datos que la banda tenía sobre tres agentes de la Guardia Municipal, los números NUM001 , NUM002 y NUM003 , lo que hizo facilitándoles los datos que tenía de los mismos como destinos actuales, vehículos utilizados, zona de residencia y turnos de trabajo.- En Septiembre de 2001 entrega a miembros de ETA una fotografía de una persona detenida por la unidad antidroga de la Guardia Municipal que obtuvo del fichero de detenidos de dicha unidad, facilitando igualmente el lugar en que solía reunirse el mismo con el resto de sus colaboradores.- En noviembre de 2001 su contacto de ETA, en esta ocasión una mujer, pide le facilite una tarjeta oficial que permita el estacionamiento en cualquier lugar de San Sebastián, lo que hace.- Por último el 10 de agosto de 2002 acude a otra cita concertada tras recibir una carta que le entregó el también procesado Bernardo a finales de julio. En este encuentro hizo llegar a ETA. dos juegos de llaves del cajetín de los semáforos, una tarjeta oficial de estacionamiento y varias matrículas de modelos antiguos que le habían solicitado anteriormente».

de la misma naturaleza que las sancionadas en el artículo 576CP. Piénsese, por ejemplo, en el *extraneus* que colabora aportando información sobre diversos objetos e individuos. Y en relación con una de ellas se produce la muerte. En tal caso corresponde, por aplicación del artículo 576 párrafo 2º inciso 2º CP, considerar a tal sujeto como cooperador necesario en un delito de asesinato terrorista. Pero si, con posterioridad a la condena, se descubre su colaboración genérica posterior, en tal caso habrá de condenarse como autor de un delito de colaboración concurriendo la agravante de reincidencia. La justificación se encuentra en el hecho de que las conductas observadas en ambos casos son idénticas y, por ende, reciben el mismo reproche penal.

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 580 CP en el que se consagra lo que se denomina como “reincidencia internacional”. El citado precepto señala que, a los efectos de aplicación de la agravante que ahora se estudia, «la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles». Habida cuenta que el precepto en cuestión extiende la virtualidad de su contenido a «todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas», es evidente que también resulta de aplicación a los supuestos de colaboración con asociaciones terroristas. Así, pues, en el supuesto de que un presunto colaborador con asociación terrorista haya sido condenado por otro Juez o Tribunal extranjero, también por colaboración con asociación terrorista, dicha resolución judicial firme habrá de ser tenida en cuenta como si de una Sentencia firme española se tratara a los efectos de considerar la agravante de reincidencia, en este caso, de carácter internacional.

XI.3. Otras circunstancias: parentesco (23 CP), desistimiento (Art. 16. 2 CP), abandono voluntario de las actividades delictivas (Art. 579.3 CP) y agravante específica de peligro concreto (Art. 576. 2 párrafo 2º inciso II).

Finalmente, se examinarán cuatro circunstancias no incluidas en los preceptos generales, pero que tienen relevancia a la hora de examinar la responsabilidad criminal de los sujetos.

a) Circunstancia mixta de parentesco.

El artículo 23CP considera que «es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o sujeto que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente». La circunstancia mixta de parentesco no ofrece en el presente supuesto mayor complejidad que la propia de su aplicación al tipo de que se trata. La relación de parentesco tendrá incidencia en el delito de colaboración con asociación terrorista cuando el colaborador desarrolle determinados actos de colaboración movido por dicho parentesco con algún individuo que le solicita su colaboración y que, de ordinario, se encontrará integrada en la asociación terrorista. El parentesco tendrá, en tales casos, carácter atenuatorio, debido a la concurrencia de un ánimo complementario al dolo de colaboración, que limita éste último al desnaturalizar la voluntad de colaboración: se colabora con la asociación terrorista movido por la relación de parentesco existente. Esta circunstancia mixta, habitualmente en función de atenuante, habrá de ser examinada conjuntamente con la posible concurrencia de un supuesto de inexigibilidad de otra conducta por vía de un estado de necesidad disculpante, como ya se vio más arriba. Especialmente en los ejemplo que MESTRE DELGADO consideraba, en relación con la colaboración de las esposas de terroristas. Así, pues, en caso de existir dicho parentesco habrá de estarse a las siguientes reglas:

1.- En primer lugar, deberá examinarse si la relación de parentesco ha sido en tal modo determinante del acto de colaboración que, no obstante afirmar tanto la parte objetiva como la subjetiva del delito (acción típica y dolo de colaboración), le sitúa en una postura de inimputabilidad o inexigibilidad de otra conducta.

2.- En caso de que el parentesco no pueda disculpar la actuación del colaborador dada la gravedad o la intensidad de los actos de colaboración observados, que van más allá del mínimo que exige la relación de parentesco existente, habrá de plantearse la posible concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco.

Si bien habrá de tenerse en cuenta que, como el propio artículo 23 CP señala, *podrá* atenuar la pena. La atenuación, por tanto, no es automática y cabe la posibilidad de que las circunstancias del supuestos sean tales que, aún existiendo una relación de parentesco, ésta no sea suficiente para disculpar al autor de la colaboración. Se trata, en este caso, de una cuestión que deberá dilucidar el juzgador caso por caso, atendiendo a sus peculiaridades. Éstas deberán atender a los tres sustantivos que el mismo artículo 23 CP señala: naturaleza, motivos y efectos del delito de colaboración con asociación terrorista, en relación con la relación de parentesco de que se trate.

b) Desistimiento

Según el artículo 16.2 CP «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta». Se trata de una exención pensada para delitos de resultado. Y puesto que el delito de colaboración con asociación terrorista es de mera actividad, difícilmente podría apreciarse su concurrencia. Ya se indicó antes que desde el punto de vista sostenido en este trabajo, no cabe apreciar la tentativa del delito de colaboración.

De hecho, por razones lógicas y sistemáticas, la configuración del delito de colaboración como de consumación anticipada o inmediata (simple actividad) descarta la posible aplicación de la eximente de desistimiento. Y ello porque, de lo contrario, se produciría un resultado absurdo al examinarse conjuntamente el precepto en cuestión y el previsto por el artículo 579.3 CP. Mientras que el artículo 16.2 CP sólo exigiría mostrar la voluntad de abandono de la actividad, desistiendo de la misma, obteniendo la exención total; en el segundo, además de lo indicado, habría que cumplir los requisitos que en tal precepto se contienen (en especial, la colaboración activa con las autoridades) obteniendo, sin embargo, sólo una atenuación de la pena en uno o dos grados. Es evidente, por tanto, que un mismo hecho no puede incluirse en dos preceptos que modifican favorablemente la responsabilidad del reo con efectos

tan paradójicos: para conseguir la exención de responsabilidad criminal serían necesarios menos requisitos que para obtener la atenuación de la pena.

Por estas razones se entiende que no cabe apreciar la exención de responsabilidad criminal derivada del desistimiento activo previsto en el artículo 16.2 CP⁵⁶⁵

c) Abandono voluntario de las actividades delictivas

En penúltimo lugar, se examina una circunstancia atenuante específica y facultativa del delito de colaboración con asociación terrorista recogida en el artículo 579.3 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: «en los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

Del tenor literal del precepto puede extraerse que dicha circunstancia atenuante específica se estructura del siguiente modo:

1.- En primer lugar la concurrencia de la situación fáctica descrita en relación con un colaborador con asociación terrorista, caracterizada por:

1.1.- Abandono voluntario de las actividades delictivas.

1.2.- Presentación ante las autoridades.

1.3.- Confesión de los hechos en los que haya participado, de forma que no sólo basta el simple abandono y presentación ante las autoridades, sino que se debe confesar los actos de colaboración de los que es sujeto sea autor.

1.4.- Colaboración activa con las autoridades con una de las siguientes finalidades:

⁵⁶⁵ Sobre el desistimiento en delitos de terrorismo, CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Págs. 130 y 131

- a) impedir la producción del delito.
- b) coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas con los que haya colaborado.

2.- El efecto atenuatorio previsto se concreta en la reducción en uno o dos grados la pena señalada por la Ley, cual es la de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses. Así, la pena del colaborador con asociación terrorista que abandona dicha actividad y colabora con las autoridades en la represión del fenómeno terrorista queda fijada del siguiente modo:

- a) En el caso de reducirse en un grado, con prisión de 2 años y 6 meses a cinco años y multa de 9 a 18 meses.
- b) En el caso de reducirse en dos grados, con prisión de 1 año y tres meses a 2 años y 6 meses.

3.- Se exige motivación expresa del Tribunal para la aplicación de la atenuante. Puesto que dicha exigencia es genéricamente exigible en las decisiones judiciales, es evidente que se trata de un especial fundamento que justifique la concesión de dicha atenuación. La razón esencial de dicha exigencia es el carácter facultativo de su aplicación, por lo que en el caso de que el Tribunal decida su aplicación, habrá de proceder razonando su decisión de forma precisa.

4.- Por último, la apreciación o no de dicha atenuación es de carácter facultativo, por lo que el Tribunal puede decidir si la aplica o no al caso concreto.

Baste, por el momento, apuntar esta atenuante específica, ya que la misma se desarrollará más profundamente en el epígrafe relativo a la penalidad, al examinar la figura de los *pentiti*.

- d) Agravante específica de peligro concreto.

Como ya se indicó al tratar de la estructura del delito de colaboración con asociación terrorista, el artículo 576.2 CP contiene en su párrafo segundo

un primer inciso, que abarca la primera oración de dicho párrafo. Su tenor literal es el siguiente:

«Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior , ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1 en su mitad superior».

Se trata de un supuesto de agravante específica de los delitos de colaboración con asociación terrorista cualificado por el cambio que se opera en la naturaleza del propio tipo. Como se recordará, ya se indicó que el delito de colaboración con asociación terrorista es de peligro abstracto; sin embargo, lo señalado por la agravante específica no se refiere a tal, sino a un delito de peligro concreto. Así, pues, la agravante encuentra su justificación en esa mutación de la naturaleza típica, en función de que la conducta de colaboración ponga en peligro abstracto o concreto un bien jurídico protegido. Del tenor literal del precepto se deducen los requisitos para poder considerar tal mutación y, por ende, la agravación de la pena:

1.- Sólo cabe apreciar la agravante señalada en relación con las dos primeras conductas previstas en el primer párrafo del artículo 576.2 CP: información o vigilancia. Por tanto, no se puede hacer extensiva a otras conductas distintas, fuera de las señaladas taxativamente por el precepto.

2.- La información o vigilancia que pueden motivar la agravante específica reduce el campo de acción previsto en el artículo 576.2 párrafo primero, por cuanto sólo se podrá considerar en relación con la información o vigilancia de individuos, excluyéndose la vigilancia de bienes e instalaciones.

3.- Por último, los bienes jurídicos de los sujetos pasivos puestos en peligro por la información o vigilancia del colaborador también están limitados. Es decir, no cabe apreciar la agravante si se pone en peligro cualquier bien jurídico del sujeto vigilado u objeto de información; sólo cabe apreciar la agravante si se pone en concreto peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio del sujeto pasivo.

Se plantea un grave problema en la delimitación objetiva del delito agravado de colaboración en relación con los supuestos de coautoría o complicidad a los que se refiere el último inciso del artículo 576.2 párrafo

segundo CP. Dicho precepto ordena que, en el caso de que el riesgo prevenido (el que justificó la agravación de la pena por la mutación del peligro), el sujeto activo sea condenado como coautor o cómplice del delito que se hubiera perpetrado. En este supuesto, se entiende que se produce una nueva mutación en la naturaleza de la conducta típica, porque ya no se trata de un delito de peligro, sino que se ha producido un delito de resultado en el que la conducta de colaborador ha alcanzado una importancia relevante tal que lo convierten en coautor o cómplice de la misma. Sin embargo, como se señalará en el siguiente capítulo, el colaborador que merced a sus actos de colaboración, merece el reproche de coautor o colaborador de un delito de resultado contra la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de la víctima, ha dejado de ser colaborador *stricto sensu*. La razón que justifica esta afirmación es simple: si se señaló que el colaborador es un *extraneus* que desarrolla actos de colaboración genérica; y en el supuesto que se plantea, la colaboración se ha concretado en la perpetración de uno de los delitos señalados, no puede hablarse ya de colaboración en los términos del artículo 576 CP. Por esta razón, el precepto mencionado recoge esta norma expresa para resolver el concurso aparente de normas que podría producirse, en tales casos, para expresar con claridad que el *extraneus* que lleva a cabo una conducta de colaboración concreta ha salido del ámbito de la tipicidad propio del artículo 576 CP, para entrar en el propio del delito terrorista cometido (571 a 574 CP), respondiendo en su seno como coautor o cómplice⁵⁶⁶. Se produce, además, la rehabilitación para el supuesto en concreto de que se trate, de las normas generales sobre participación y del principio de accesoriedad limitada que, para el caso de la colaboración genérica, como se vio más arriba, había sido excepcionado para construir el tipo del artículo 576 CP.

⁵⁶⁶ A esto se refieren CORDOBA RODA Y GARCÍA ARÁN, cuando señalan que «el sujeto que informa o vigila a una persona como futura víctima de un delito concreto supera la condición de colaborador genérico con la actividad o finalidades de la organización, para colocarse en la posición de cómplice de dicho delito o bien de coautor, según si concurren los elementos de una u otra figura». En CORDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, Pág. 2623

CAPÍTULO XII. ESPECIALIDADES PROCESALES Y PENITENCIARIAS APLICABLES AL TIPO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA, ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA.

XII.1.- Especialidades de derecho procesal

Junto con los aspectos materiales que han sido examinados en los capítulos anteriores, parece adecuado dedicar parte de este trabajo a las especialidades de tipo procesal que acompañan a los delitos de terrorismo, en relación con el supuesto de colaboración con asociación terrorista del artículo 576 CP.

Al final de cada sección se realiza también un pequeño esbozo de las responsabilidades criminales a que puede dar lugar el uso fraudulento e ilegítimo de las modulaciones procesales previstas. En efecto, el Art. 55.2 último párrafo CE establece que la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su versión reformada por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las Leyes. Delitos reconocidos por el Código Penal de 1995 en su Título XXI, rubricado “Delitos contra la Constitución”; en concreto, y dado que los titulares de las facultades reconocidas en la normativa legal examinada son las fuerzas y cuerpos de seguridad así como los Jueces y Tribunales, se recogen dentro de su Capítulo V: De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, distribuyéndose a lo largo de tres secciones:

Sección 1ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual (Arts. 529 al 533)

Sección 2ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad (Arts. 534 al 536).

Sección 3ª. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales (Arts. 537 al 542).

XII.1.A.- Detención

Aunque propiamente no puede decirse que la detención sea una cuestión estrictamente procesal, lo cierto es que es el primer contacto que el presunto autor del delito de colaboración con asociación terrorista tiene con el

enjuiciamiento criminal del hecho presuntamente cometido. Sus caracteres y presupuestos no difieren en el caso de terrorismo, pudiendo considerar que la detención tiene como características generales la instrumentalidad, la provisionalidad y la proporcionalidad de la medida. A la detención se refiere, con los caracteres señalados, el artículo 17.2 de la Constitución cuando establece que la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Sin embargo, esta previsión constitucional se altera en los supuestos de terrorismo, modulándose por la propia Constitución en su artículo 55.2, que prevé la posibilidad de suspender para sujetos determinados este derecho en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En todo caso, dicha posibilidad constitucionalmente prevista, debe realizarse mediante Ley Orgánica que determine la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, procedería la mencionada suspensión.

Esta posibilidad fue desarrollado por el legislador español mediante la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. Concretamente, en relación con la detención, es el artículo 520 bis LECrim⁵⁶⁷ el que recoge dicha modulación, considerando que el plazo máximo que media desde el momento de la detención y la puesta a disposición del Juez del detenido es la genérica prevista en el artículo 17.2 CE; pudiendo prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas. Es decir, en los delitos terroristas (incluida la colaboración) el plazo máximo de detención es de 5 días, dentro de los cuales pueden establecerse dos periodos:

⁵⁶⁷ El artículo 520 bis se remite al artículo 384 bis LECrim, que es el primer precepto de la ley rituaría criminal modificado por la Ley Orgánica 4/1988, y cuyo tenor literal es el siguiente: Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo, mientras dure la situación de prisión.

1.- Un primer periodo ordinario de 72 horas, genérico y sin ninguna especialidad en relación con el resto de delitos.

2.- Un segundo período de prórroga de 48 horas, posterior al primer de 72 horas, que por su carácter potestativo y específico, requiere una serie de formalidades:

a) Tal prórroga debe ser solicitada mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 del periodo ordinario.

b) La solicitud debe ser autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes al momento de la presentación de aquella.

c) La concesión de la prórroga por parte del Juez al que se solicita deberá ser, tanto si se concede como si se deniega, motivada.

Junto con la especialidad temporal se prevé la facultad del Juez para requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste; previéndose así una facultad de control y supervisión de la situación del detenido. En relación con dicho periodo, dice CATALINA BENAVENT⁵⁶⁸ que este plazo está lejos de los plazos de los que se habla tras los atentados del 11-S en Estados Unidos y 7 J en Reino Unido. Aunque convendría señalar que está no sólo lejos, sino muy lejos de los previstos, por ejemplo, en el Reino Unido desde el 11 de junio de 2008, cuando se aprobó por la Cámara de los Comunes la ampliación del plazo de detención máximo en supuestos de terrorismo a 42 días⁵⁶⁹.

La citada autora, siguiendo a REMOTTI CARBONELL, entiende que «las notas que caracterizan la detención de terrorismo al amparo de lo previsto en el Art. 55.2 CE son las siguientes: 1.- Es una medida de desarrollo potestativo; 2.- De aplicación excepcional; 3.- De carácter individual; 4.- De contenido suspensivo limitado; 5; Restringida a las investigaciones por la actuación de bandas y elementos terroristas; y 6.- Su aplicación no puede ser abusiva ni arbitraria». Medida que se justifica cuando «existan circunstancias excepcionales que impidan que las tareas de averiguación e investigación de la

⁵⁶⁸ Cfr. CATALINA BENAVENT, María de los Ángeles, *Los supuestos de detención en los casos de terrorismo: propuesta para una reforma*, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, Págs. 174-176

⁵⁶⁹ Vid. noticia al respecto de la BBC:

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_7449000/7449761.stm

policía respecto del detenido no se van a poder cumplimentar en dicho plazo». Excepcionalidad, pues, que constituye la nota determinante y que ha de ser puesta en relación con la individualización que la propia Constitución reconoce, de forma que la misma «no puede ser entendida en el sentido de que procede con carácter general en las detenciones practicadas en el marco de investigaciones por terrorismo»⁵⁷⁰.

Esta cuestión tiene especial trascendencia en el caso de los supuestos de colaboración con asociación terrorista. El colaborador, como tal, permanece ajeno al principal dato que la Constitución tiene en cuenta cuando excepciona los plazos de detención máxima en su artículo 55.2 CE: el elemento organizativo de la asociación terrorista. De ahí que en los supuestos de colaboración podrán plantearse dos supuestos a lo hora de considerar la posible existencia de una razón habilitante de la prórroga prevista en el artículo 520 bis LECrim:

a) En aquellos supuestos en los que la conducta sea claramente de colaboración, sin que existan datos que permitan intuir la mayor vinculación de sujeto con la organización criminal, resultará injustificada la prórroga de 48 horas, si no concurren otras circunstancias que puedan justificar aquella y que deberán ser tenidas en cuenta por el Juez, no siendo suficientes, por tanto, la simple comisión de hechos constitutivos de colaboración. A estos efectos deberá también tenerse en cuenta la homogeneidad existente entre el delito de colaboración y el de integración, cuestión esta de estricto carácter jurídico y que el Juez podrá valorar a la luz de las razones que presenten las fuerzas y cuerpos de seguridad, en la motivación de la concesión de la prórroga solicitada.

b) Por otro lado, si la conducta de colaboración investigada por las fuerzas policiales puede denotar una mayor integración en el organigrama criminal, es evidente que la prórroga será necesaria. Si, como se decía, dicha prórroga tiene como finalidad facilitar la investigación de los hechos criminógenos, en el caso apuntado la prórroga tendrá un claro objetivo, que además revestirá una gran importancia para la tipificación de los hechos,

⁵⁷⁰ Cfr. CATALINA BENAVENT, María de los Ángeles, *Los supuestos ...*, Pág. 177

atendida la dificultad que existe para el deslinde de las conductas de colaboración y participación, en la realidad de los hechos.

De acuerdo con la previsión del artículo 55.2 último párrafo CE, la prolongación de la detención sin los requisitos examinados da lugar a responsabilidad criminal por vía del artículo 530 CP⁵⁷¹.

XII.1.B.- Incomunicación durante la detención

A la prisión incomunicada en supuestos de terrorismo también se dedica el artículo 520 bis LECrim en su número segundo, cuando señala la posibilidad de que pueda solicitarse del Juez que decrete la incomunicación del individuo detenido, presunto colaborador con asociación terrorista. Dicha petición deberá ser resuelta por el Juez en un plazo máximo de 24 horas y de forma motivada. Mientras el Juez resuelve, desde el momento de la solicitud de incomunicación, el presunto terrorista quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, con las modulaciones que se examinarán posteriormente, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

En materia de incomunicación resulta muy interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2000, de 16 de mayo [RTC 2000\127], recaída en Recurso de amparo planteada por Patxi Mirena Goenaga Arrizabalaga, condenado por delito de colaboración con banda armada en Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, de 20 de febrero de 1996, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, de la que se extraen los requisitos mínimos que debe reunir la motivación del Auto que acuerde la incomunicación, que lo puede ser por remisión a la solicitud gubernativa:

⁵⁷¹ Artículo 530 CP: La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

- 1.- En primer lugar, el presupuesto de la misma y su procedencia por razón de los hechos investigados, siendo en este caso, el delito de colaboración con asociación terrorista.
- 2.- En segundo lugar, los indicios de la conexión con tales hechos del sujeto sometido a la incomunicación a partir de las informaciones conocidas a través de las diligencias de investigación realizadas.
- 3.- La necesidad estricta de tal medida, ordenada a conseguir la más completa investigación de los hechos.
- 4.- Y, por último, un requisito de carácter negativo que la Sentencia señalada extrae de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997\200]: « no es necesario explicitar lo que por sabido resulta innecesario, es decir, aquellos que de forma clara y manifiesta estén en el contexto del caso en cuestión. Sin duda, esencial para evitar la perversión del sistema de garantías procesales a favor de los intereses de aquellos que precisamente pretenden su destrucción y del que se mofan y burlan»⁵⁷².

Respecto de la finalidad perseguida por la incomunicación, CATALINA BENAVENT⁵⁷³ considera que la misma debe buscarse en las mismas razones que justifican la prisión incomunicada, acudiendo a su regulación en el artículo 503.1 y 509.1 LECrim. El artículo 509.1 LECrim señala que el Juez o Tribunal podrá decretar de forma excepcional la detención incomunicada para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia sujetos supuestamente implicados en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos. Por su parte, *mutatis mutandi*, puede decirse otro tanto si se sustituye la mención “prisión provisional” por la de “detención incomunicada” en el artículo 503 en sus apartados 1 y 2, en la medida en que resulte compatible con la institución

⁵⁷² La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2000, de 16 de mayo añade que «la finalidad de conjurar los peligros para la investigación que puedan resultar del conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta, no sólo resulta implícita a la incomunicación de detenidos por causa de delitos de terrorismo, dado que dichos riesgos son inherentes a toda investigación de las actividades delictivas cometidas por organizaciones criminales, máxime si están estructuradas de forma compleja, sino que han sido previamente ponderados por el legislador para admitir la incomunicación de detenidos cuando la detención se produce por la presunta conexión del sujeto con los delitos de terrorismo, puesto que nuestra legislación sólo admite expresamente la incomunicación de detenidos por delitos de terrorismo (Art. 520 bis 2 L.E.Crim.)». En cuanto lo señalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 200/1997, de 24 de noviembre, Vid. su Fundamento Jurídico Quinto.

⁵⁷³ Cfr. CATALINA BENAVENT, María de los Ángeles, *Los supuestos ...*, Pág. 182

examinada. De esta forma, la detención incomunicada sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: a) que mediante la detención incomunicada se persiga alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; o evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. También podrá acordarse la detención incomunicada, concurriendo los requisitos señalados, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. En definitiva, las finalidades que pueden legitimar la incomunicación del detenido son las siguientes:

1. Evitar el riesgo de fuga del detenido.
2. Evitar que sujetos con los que pudiera comunicarse el detenido lleven a cabo la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.
3. Evitar que individuos con los que pudiera comunicarse el detenido puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Cuestión que resulta harto abstracto en el caso del colaborador con asociación terrorista, ya que ¿quién es la víctima en el delito de colaboración? Cabría entender que es la sociedad en su conjunto, pero esta consideración supondría una puerta permanentemente abierta para acordar la incomunicación del colaborador detenido.
4. Evitar el riesgo de que sujetos con los que pudiera comunicarse el detenido cometan otros hechos delictivos.

Como puede comprobarse, las finalidades previstas puede reducirse a dos esenciales que condensan el fundamento de la institución, tal y como lo considera CATALINA BENAVENT⁵⁷⁴:

- a) Evitar filtraciones, es decir, para alcanzar «con el mayor éxito posible una determinada operación que en un momento puntual determinado puede tener abiertos distintos frentes y que requiere una coordinación por parte de la policía que podría ponerse seriamente en peligro si logra filtrarse cualquier tipo de filtración».

⁵⁷⁴ Cfr. CATALINA BENAVENT, María de los Ángeles, *Los supuestos ...*, Págs. 183-184

b) Y dar ventaja al Estado de Derecho frente a quienes desean su destrucción, para «permitir que la policía pueda seguir contando, durante un breve periodo de tiempo, con cierta “ventaja”». En ocasiones, el Estado de Derecho requiere este tipo de opción privilegiada para poder hacer frente, de una forma eficaz, a las actividades terroristas.

Del mismo modo que en relación con la detención, se prevé en el Código Penal una sanción para el de que la incomunicación sea acordada conculcando las garantías específicas reseñadas. El tipo en cuestión se contiene en el artículo 531 CP, relativo a la incomunicación no sólo de los detenidos sino también de presos y sentenciados⁵⁷⁵.

XII.1.C.- Modulación de los derechos del Art. 18.2 y 3

El artículo 55.2 CE recoge también, junto con las nociones relativas a la detención, otras modulaciones de derechos fundamentales en los mismos términos que se contempló anteriormente. En concreto, se hace referencia a los contenidos por el artículo 18 apartados 2 y 3 de la Constitución, a saber: la inviolabilidad del domicilio a efectos de registros (Art. 18.2 CE) y el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (Art. 18.3 CE).

Por lo que respecta a la modulación operada en relación con la inviolabilidad del domicilio, la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuyo artículo 553 se establecen los supuestos en los que los agentes de policía podrán proceder, de propia autoridad, a la inmediata detención de los individuos. Entre ellos, se establece como supuesto habilitante, en casos de excepcional o urgente necesidad, «cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen». Y no sólo puede procederse a su detención, sino que también la misma norma habilita el registro que, con ocasión de la detención, se efectúe en dichos lugares y la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y

⁵⁷⁵ Artículo 531 CP: La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Se trata, en suma, de un supuesto que excepciona los trámites ordinarios para cursar la detención, entrada y registro del presunto responsable de un delito. Generalmente, dichas actividades se desarrollan por parte de las fuerzas policiales previa autorización judicial o habilitación legal (detención, ex Art. 492 LECrim; entrada y registro, ex Art. 546 LECrim).

Cabe plantearse si, en el caso de la detención de un presunto colaborador con asociación terrorista, con entrada y registro del lugar en el que se hallare, puede ser conceptuado como un supuesto de «excepcional o urgente necesidad». Cuestión que deberá examinarse en cada caso concreto, y que, habida cuenta la gravedad de los delitos terroristas, merecerá una valoración favorable de ordinario. Este control viene establecido por el propio artículo 553 LECrim, cuando obliga a dar cuenta inmediata al Juez competente del registro efectuado. Dicho informe está configurado por unos contenidos mínimos explicitados por la norma antes citada:

a) Indicación de las causas que motivaron el registro y de los resultados obtenidos en el mismo, donde habrá de explicitarse las causas de la excepcionalidad o urgente necesidad que habilitaron a las fuerzas policiales para llevar a cabo lo previsto en el precepto.

b) Especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. En este sentido, recuérdese que el límite máximo de detención es de 72 horas, y que la prórroga en casos de delitos terroristas debe solicitarse al Juez o Tribunal durante las 48 horas del mencionado plazo.

c) Finalmente, se indicarán los individuos que hayan intervenido en la detención, entrada, registro y ocupación producidos; con especial mención de los incidentes ocurridos, si es que los hubo.

El uso fraudulento de las modulaciones previstas darán lugar a la responsabilidad criminal que se deriva de los tipos previstos especialmente en los artículos 534 CP y 530 CP, que ya fueron mencionados en el apartado relativo a la detención⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ Art. 534 CP: 1. Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales:

En cuanto al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, es el artículo 579 LECrim es encargado de describir los supuestos de restricción del derecho garantizado en el artículo 18.3 CE. Una modulación que puede ser de dos tipos:

1.- En primer lugar, y con carácter general para todos los delitos - incluidos los terroristas- mediante autorización judicial, se podrá acordar:

a) la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (Art. 579.1 LECrim).

b) la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa (Art. 579.2 LECrim)

c) la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de los sujetos sobre los que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. En este caso, la autorización judicial se concederá por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos (Art. 579.3 LECrim).

2.- En segundo lugar, y sólo en relación con los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (dentro de los cuales debe incluirse la colaboración como delito terrorista) se prevé la excepcionalidad de que, en relación con la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, la autorización pueda ser emitida por el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, y

1. Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.

2. Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento.

Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación.

2. La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

no por el Juez o Tribunal competente. Ello no obstante, se prevé la inmediata comunicación de tal extremo, por escrito y motivadamente, al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación (579.4 LECrim).

En cuanto a las posibles desviaciones del uso de tales atribuciones, el Código Penal prevé dos tipos específicos que sancionan tales abusos y salvaguardan el derecho consagrado en el artículo 17.3 CE, en los artículos 535 y 536 CP⁵⁷⁷.

XII.1.D.- Procedimiento abreviado

Una especialidad procesal que merece la pena ser simplemente apuntada es la previsión del artículo 779 LECrim, vigente hasta 28 de febrero de 1989. En la misma se recogía que los delitos terroristas se regían por las normas del procedimiento abreviado, según la modificación operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo. Sin embargo, ya hemos dicho que su virtualidad fue efímera, al resultar modificado dicho precepto por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 diciembre.

XII.1.E.- Restricción de otros derechos

Junto con las restricciones recogidas específicamente el artículo 55.2 CE, también existen otras modulaciones de las garantías procesales para el colaborador con asociación terrorista, que no encuentran distinción con los restantes delitos de terrorismo. Estos casos no suponen una modulación específica para los delitos terroristas, sino que se deriva de la incomunicación

⁵⁷⁷ Artículo 535 CP: La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

Artículo 536 CP: La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

judicialmente decretada. El artículo 55.2 CE, por otra parte, no hace referencia alguna al artículo 17.3 CE, que dispone tres derechos no afectados por las especialidades terroristas y que son aplicables en todo caso. En su virtud, todo individuo detenido:

1.- Debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención.

2.- No puede ser obligada a declarar.

3.- Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

Tales derechos constitucionales encuentran su concreción en el artículo 520 LECrim, el cual refiere el derecho de todo individuo detenido o preso a ser informado, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los siguientes derechos que le asisten⁵⁷⁸:

a) Derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere; a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen; o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio. Derecho que es desarrollado por en el apartado 6 del mismo artículo 520 LECrim, según el cual la asistencia del Abogado consistirá en:

c.1) Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en artículo 520.2 LECrim y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f.

c.2) Solicitar de la Autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que

⁵⁷⁸ En cursiva aquellos derechos cuya modulación se explicará a continuación.

considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c.3) Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.

d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

f) Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

La modulación de tales derechos, en los supuestos de terrorismo, viene definida por el artículo 520 bis apartado 2 LECrim, que no recoge una lista de modulaciones, sino un instrumento mucho más sencillo: la utilización de la modulación que el artículo 527 LECrim recoge, de forma general, para los supuestos de incomunicación. Así, el citado artículo 520 bis apartado 2 LECrim señala que cuando un sujeto sea detenido, como presunto autor de un delito terrorista, y se decrete su detención incomunicada, entrarán en funcionamiento las previsiones del artículo 527 LECrim *ipso iure*. Precepto que establece las siguientes restricciones:

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el Art. 520.2 apartado d) LECrim
- c) Y tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el Art. 520.6 apartado c) LECrim.

En definitiva, los derechos de los que goza el presunto colaborador con asociación terrorista detenido y cuya prisión sea incomunicada son:

1. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.

2. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
3. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.
4. Derecho a ser reconocido por el Médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.
5. Derecho a la asistencia letrada, reducida a:
 - a) Solicitar, en su caso, que se le informe de sus derechos y que se proceda a su reconocimiento médico.
 - b) Solicitar de la Autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

Mientras que quedan excluidos expresamente del catálogo de derechos los siguientes:

1. Elegir abogado de su confianza, que será en todo caso designado de oficio.
2. Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido el letrado de oficio.
3. Poner en conocimiento del familiar o persona que desee (en caso de extranjeros, la Oficina Consular de su país), el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento.

Las razones que justifican estas restricciones son evidentes y han sido señaladas por la doctrina y la jurisprudencia de forma constante. Así, MORENO CATENA⁵⁷⁹ pone de relieve como «en ocasiones se ha utilizado al defensor como un elemento de control o de difusión de órdenes o de informaciones a los elementos de la organización o de la banda en que estuviera integrada la persona privada de libertad». Y más claro aún se muestra GÓMEZ

⁵⁷⁹ MORENO CATENA, Víctor, *El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa*, en GOMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006, Pág. 394

COLOMER⁵⁸⁰ cuando indica que un abogado de confianza del presunto terrorista puede entorpecer «la labor policial y judicial de investigación, utilizando los medios legales puestos a su disposición, por presumir, digámoslo claramente, que imputado y defensor son afines ideológicamente, o incluso que pueden utilizar la relación de defensa para cometer o encubrir otros delitos».

El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 196/1987, de 11 de diciembre [RTC 1987\196], Fundamento Jurídico Séptimo, se ha referido a la justificación constitucional de la modulación estudiada. Encuentra la misma en la protección de de la defensa de la paz social y de la seguridad ciudadana, en relación con los cuales la persecución y castigo de los delitos son pieza esencial de su defensa. Tales bienes jurídicos, consagrados por los artículos 10.1 y 104.1 de la Constitución, «al entrar en conflicto con el derecho de asistencia letrada al detenido, habilitan al legislador para que, en uso de la reserva específica que le confiere el Art. 17.3 de la Constitución, proceda a su conciliación, impidiendo la modalidad de libre elección de Abogado»⁵⁸¹.

En consonancia con los apartados anteriores el Código Penal recoge en su artículo 537 el tipo específico a sancionar las posibles conductas abusivas que puedan perjudicar al derecho de asistencia letrada del presunto colaborador con asociación terrorista detenido e incomunicado⁵⁸².

XII.1.F.- Prisión provisional incomunicada.

Otra especialidad procesal que la colaboración terrorista comparte con todos los tipos de terrorismo del Código Penal es la contenida en el artículo 509 LECrim. Si bien es cierto que se trata de una medida prevista para supuestos de criminalidad organizada *in genere*. El régimen de la prisión provisional viene

⁵⁸⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988, Pág. 146

⁵⁸¹ También resulta interesante el razonamiento esgrimido por el voto particular emitido por los magistrados Gloria Begué Cantón, Ángel Latorre Segura y Jesús Leguina Villa a la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada: «Se trata de que el Abogado libremente elegido por el detenido no pueda confabularse con terceras personas, impidiendo así el éxito de las investigaciones policiales o judiciales; por lo tanto, para evitar la confabulación o la relación con terceros, en la que el Letrado sería enlace necesario, es lícito, en opinión de la mayoría, que la Ley prohíba elegir Abogado a todos los detenidos incomunicados, cualquiera que sea el motivo de la detención o de la incomunicación».

⁵⁸² Artículo 537 CP: La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

descrito en los artículos 503 y SS. LECrim. En el caso del colaborador con asociación terrorista, procede acordar la prisión provisional, de acuerdo con el Art. 503 LECrim, cuando concurren los siguientes requisitos⁵⁸³:

1.- Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

2.- Que se decrete con alguna de las siguientes finalidades:

- a) Evitar el riesgo de fuga
- b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto
- c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima
- d) Evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Decretada la prisión provisional, la duración se regirá por lo dispuesto en el artículo 504 LECrim. En todo caso durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. Se establecen, no obstante lo anterior, unos plazos máximos:

1.- Si la prisión provisional se decretó para evitar el riesgo de fuga, la actuación contra bienes jurídicos de la víctima o riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, el plazo máximo de prisión provisional es de 2 años, prorrogable por otros 2 años más; en total, 4 años⁵⁸⁴. Dicho plazo podrá ampliarse si el colaborador fuere condenado hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida. En el caso de la colaboración con asociación terrorista, dicha ampliación sólo será efectiva en el caso de condenas superiores a 8 años, puesto que las condenas de hasta 8 años quedan por debajo de los plazos

⁵⁸³ El primer requisito, esto es, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, es cumplido de por sí, ya que el tipo está castigado con pena de entre 5 y 10 años de prisión.

⁵⁸⁴ Tanto el plazo máximo ordinario de 2 años como la prórroga por igual cantidad de tiempo se deducen de la duración de la pena de colaboración con asociación terrorista (de 5 a 10 años), superior a los tres años requeridos en ambos casos por el Art. 504 LECrim.

habituales prorrogados (la mitad de 8 años de prisión son 4 años, máximo previsto con prórrogas). Es decir, en el caso más extremo de condena a 10 años de prisión provisional, el colaborador condenado por la Audiencia Nacional que hubiere agotado los 4 años previstos y recurriere en casación al Tribunal Supremo podrá ver ampliada la prisión provisional 1 año más, hasta llegar a la mitad de la pena impuesta: 5 años.

2.- En caso de que la prisión provisional se decretara para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto, ésta no podrá exceder de 6 meses, sin que exista prórroga para dicho plazo.

Sea cual fuere el límite previsto para la prisión provisional, el artículo 504 bis introducido en la Ley rituarial por la L.O.4/1988 de 25 de mayo, introduce un matiz para el caso de que se decretare la libertad de presos o detenidos en el supuesto de delitos cometidos por sujetos integrados o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. El matiz se refiere a la introducción de un plazo intermedio desde que se acuerda la excarcelación y la efectiva puesta en libertad del colaborador con asociación terrorista. Dicho período se producirá como consecuencia del recurso por parte del Ministerio Fiscal de la decisión de puesta en libertad, produciendo la falta de firmeza de la decisión. En todo caso, según lo dispuesto en el Art. 504 LECrim, dicho plazo será de 1 mes y sólo se aplicará si no se han agotado los plazos de 2 años, 4 con prórroga, o la ampliación para el caso de ser condenado a más de 8 años de prisión.

La última especialidad de la prisión provisional decretada para el presunto colaborador con asociación terrorista es la que se refiere a la eventualidad de que la misma sea incomunicada por auto motivado del Juez o Tribunal que instruya el caso. Para regular dicha institución se introdujeron las modificaciones pertinentes en el artículo 509 LECrim por la ya citada L.O.4/1988 de 25 de mayo. El apartado segundo de dicho precepto consigna la duración máxima de dicha incomunicación que, en todo caso, deberá durar el tiempo estrictamente necesario para practicar, con urgencia, diligencias tendientes a evitar los motivos que justificaron la prisión provisional; previéndose los siguientes plazos:

- 1.- El plazo ordinario de 5 días de prisión incomunicada.
- 2.- Una prórroga por otro periodo igual de hasta 5 días.
- 3.- Y otro plazo de 3 días que el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. De esta forma, los plazos máximos previstos serían de 10 días (5 días ordinarios y 5 de prórroga) más un plazo de tres días que se prevé en caso de que la investigación así lo requiera, aunque el individuo incomunicado ya haya superado el mentado plazo de 10 días.

XII.1.G.- Homogeneidad de los delitos de colaboración y participación.

Una cuestión interesante, de carácter procesal pero de gran interés material, es la homogeneidad de los delitos de colaboración con asociación terrorista y los de integración en dichas organizaciones. Parafraseando la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9578], puede decirse que la homogeneidad se predica de aquellos tipos en los que esté permitido condenar por delito diferente de aquel por el que se acusó, sin que ello suponga indefensión para el imputado porque todos los elementos requeridos en el tipo por el que se condenó se encontraban comprendidos en aquel por el que antes se había formulado acusación⁵⁸⁵. Puede, por tanto, definirse la homogeneidad como aquella cualidad que reúnen dos delitos cuando todos los elementos del segundo delito (no presente en la acusación) estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, lo que determina que ambos delitos sean de la misma naturaleza o especie⁵⁸⁶.

La homogeneidad, pues, está en directa relación con el principio acusatorio que, según la Sentencia del Tribunal Supremo nº 668/1995 de 16 de mayo [RJ 1995\4484], se remite a los siguientes postulados esenciales:

- 1.- El juzgador de instancia no puede penar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación.
- 2.- Tampoco puede castigar infracciones por las que no se ha acusado.

⁵⁸⁵ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión...*, Págs. 79-80, que extracta parte de la mencionada Sentencia.

⁵⁸⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1.992, citada por CAMPO MORENO.

3.- El Juez o Tribunal no puede acusar por delito distinto del que ha sido objeto de acusación.

4.- Y finalmente, en cuanto a la apreciación de circunstancia agravantes o de subtipos agravados, tampoco podrán ser estimados judicialmente a no ser que hayan sido invocados por la acusación.

Tales principios, no obstante, presentan dos grandes excepciones: por un lado, el uso de la facultad reconocida en el Art. 733 LECrim; y, por otro, la institución que ahora se examina: la homogeneidad delictiva, es decir: «que el delito calificado por la acusación y el delito calificado por la sentencia sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación, es decir, que en la condena no exista elemento nuevo alguno del que el condenado no haya podido defenderse. O que sea de la misma naturaleza o especie»⁵⁸⁷.

En cuanto al delito de colaboración con asociación terrorista, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1991 [RJ 1991\1070] se refería al carácter homogéneo que el mismo presenta en relación con los tipos de integración, pudiendo condenarse por colaboración (Art. 576 CP) a pesar de que el delito por el que se acusara fuere el de integración (Arts. 515 2º y 516 CP). Este carácter homogéneo supone, como ya se vio más arriba, que ambos delitos pertenecen a un mismo género, del que son especies distintas. El delito de integración en banda terrorista tiene, efectivamente, entidad propia, ya que «se ubica en el área de las asociaciones ilícitas, y aunque bastaría una adscripción nominal o formal, normalmente se configura a través de una serie de actos de cooperación a sus fines de forma permanente»; mientras que la colaboración «se exterioriza en actividades de la misma naturaleza que las anteriores, pero que no revelan una integración en la organización armada con la nota de permanencia aludida». De forma que, en efecto, tanto la conducta de colaboración como la de pertenencia presentan una idéntica actuación física sólo diferenciada por la integración o no del sujeto activo en la asociación terrorista. Esta apreciación *prima facie* de la homogeneidad delictiva con los delitos de integración conduce a una doble consecuencia:

⁵⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1992.

Por un lado, la homogeneidad tiene una trascendencia esencial en el juicio oral y posterior sentencia del Tribunal, de acuerdo con las consecuencias que suponen para el principio acusatorio; cuestión que ya se abordó en este trabajo.

Pero por otro lado, también tiene una innegable trascendencia en la investigación de los delitos, que tendrá su consecuencia inmediata en la adopción de medidas como la detención y la prisión provisional, así como la incomunicación en ambas. En efecto, parece evidente que la diferente gravedad de la colaboración y la integración pueden sugerir que las medidas cautelares antes señaladas sean propias de la integración y no de la colaboración. Pero la homogeneidad delictiva lleva precisamente a un grado de confusión tal en ambos tipos que, en las fases primigenias de la investigación, será difícil deslindar qué conducta es de colaboración y qué de integración. De ahí que la homogeneidad también tendrá un papel en esta fase judicial del proceso, ya que puede justificar la imposición de las medidas antes reseñadas, aunque en principio, pudieran parecer de simple colaboración. Y es que tales conductas, observadas por un integrante adquieren una gravedad tal que no permite excusa en su adopción. De ahí que los tribunales puedan, y deban, acordar las medidas excepcionales en supuestos que, posteriormente, sean considerados como simple colaboración. Pero sólo en ese momento ulterior podrá determinarse que la conducta era propia de colaborador, y no de integrante. Cuestión ésta que también se abordó más arriba en este trabajo.

Un supuesto actual que ilustra esta cuestión es el recogido por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 556/2006, de 31 de mayo [RJ 2007\1676], en relación con la conducta de colaboración con asociación terrorista observada por el periodista sirio Taysir Allouni. En el recurso de casación interpuesto contra su condena como colaborador de Al-Qaeda, consideró que se había quebrantado el principio acusatorio, al ser acusado como autor de un delito de integración, siendo condenado como colaborador. El Tribunal Supremo entiende aplicable a tal supuesto la homogeneidad estudiada, de forma que no cabe apreciar la censura indicada. Y marca tres puntos esenciales que descartan la trasgresión del principio acusatorio:

- 1.- Que permanezcan invariables los hechos imputados al acusado como integrante y condenado como colaborador.

2.- Que las penas impuestas no sean mayores que las penas del delito solicitado en la acusación.

3.- Y que, supuesta la identidad de bienes jurídicos protegidos por ambos delitos, ambos sean homogéneos.

XII.1.I.- Otras cuestiones procesales.

Finalmente se aborda en este subepígrafe ciertos aspectos procesales que son difícilmente encuadrables en alguno de los anteriores, pero que revisten importancia en relación con la colaboración con asociación terrorista.

XII.1.I. a) La dudosa veracidad de los arrepentidos en sus declaraciones.

Una de las cuestiones más debatidas en relación con los arrepentidos, que ya se examinó al tratar del artículo 579.3 CP, es la virtualidad que las declaraciones de estos puedan tener en el proceso judicial en cuanto prueba. De un lado, se ha denunciado que:

1.- La normativa delatoria supone, según CAMPO MORENO⁵⁸⁸, siguiendo a LAMARCA PÉREZ, una quiebra del principio acusatorio, ya que supone una inversión de la carga de la prueba para el delatado. Dicha inversión se produce como consecuencia directa de que la declaración de delator se convierte en «principal y cuasiprivilegiada prueba de cargo».

2.- En segundo lugar, es evidente que el arrepentido puede moverse por intenciones alejadas de la reinserción social o el sincero abandono de la lucha armada como instrumento político. En tal caso, la credibilidad del sujeto se convierte también una gran duda que puede plantear indudables problemas en relación con la presunción de inocencia del delatado⁵⁸⁹.

Para una adecuada sistematización que permita solventar tan delicado problema, CAMPO MORENO⁵⁹⁰ extrae las siguientes conclusiones tras examinar la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional:

1.- La declaración de los coimputados puede ser hábil para enervar la presunción de inocencia cuando: a) no aparezca propósito de autoexculpación

⁵⁸⁸ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 154

⁵⁸⁹ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 155

⁵⁹⁰ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 155

o un móvil espurio como animadversión, obediencia a un tercero o soborno mediante promesa irregular de trata de favor; y b) tales imputaciones hayan sido producidas en el acto del juicio oral, de forma tal que el Juzgador haya podido ponderar su verosimilitud en ejercicio de la inmediación y respeto al principio de contradicción.

2.- En todo caso, los Jueces y Tribunales valorarán las pruebas practicadas en el juicio según su conciencia, de acuerdo con el artículo 741 LECrim, dentro del marco de inmediación que inspira el procedimiento y del que es puntal el artículo 714 LECrim.

Dichos criterios, no obstante, parece que han sido superados, de acuerdo con lo expresado por SÁNCHEZ MELGAR⁵⁹¹. El apoyo de esta nueva doctrina lo constituyen, esencialmente, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 6 abril 2000, en el Caso Labita contra Italia [TEDH 2000\120]; y la doctrina que arranca de la aplicación jurisprudencial de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 68/2002, de 21 marzo [RTC 2002\68].

En el caso de Labita contra Italia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, de forma clara, que si bien es cierto que «la colaboración de los “arrepentidos” representa un instrumento muy importante en la lucha que las autoridades italianas llevan a cabo contra la Mafia»; tampoco lo es menos que «la utilización de sus declaraciones plantea, sin embargo, algunos delicados problemas ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la ley italiana concede a los “arrepentidos” o incluso de tratarse venganzas personales». La unión de tales motivos espurios con «la naturaleza, a veces, ambigua de dichas declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y detenida en base a afirmaciones no controladas y no siempre desinteresadas no deben, por lo tanto, subestimarse». De ahí que se declare, por parte del Tribunal, que «las declaraciones de los «arrepentidos» deben ser corroboradas por otros elementos de prueba».

⁵⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.) *Código ...*, Pág. 2630

Siendo esta la situación, la doctrina constitucional se plantea cuál es el valor que debe otorgarse a la declaración de un coimputado como prueba de cargo, y la consiguiente posible insuficiencia de la prueba empleada para fundamentar la condena del recurrente. Partiendo de la virtualidad probatoria que tienen dichas declaraciones⁵⁹², el Tribunal Constitucional considera la doctrina hasta ahora sostenida sobre la objetividad de las declaraciones del imputado (a la que se refiere CAMPO MORENO), en el sentido de entender que las mismas son válidas siempre que no concurren las circunstancias invalidantes que aquél señalaba: motivos espurios, etc.⁵⁹³ Sin embargo, esta doctrina ha sido matizada por el propio Tribunal Constitucional en sus Sentencias 68/2001, de 17 de marzo [RTC 2001\68] y 2/2002, de 14 de enero [RTC 2002\2], recogida por la Sentencia que ahora se cita en el sentido de indicar que la declaración del coimputado constituye «una prueba intrínsecamente sospechosa» por dos razones:

Primero, por su «escasa fiabilidad, derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios (entre los que presenta especial relevancia la posibilidad de autoexculpación o de reducción de la pena que se le imponga)». Si bien es cierto que dicha posibilidad era ya tenida en cuenta por la doctrina que existía antes sin matizar y que había sido resuelta con la consideración judicial de la posible concurrencia de los motivos que pudieran inducir dicha infiabilidad.

En segundo lugar, y de forma mucho más crucial, porque «se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción tanto por la posición que ocupa el coimputado en el proceso, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad». Lo que supone, desde luego, una posible vulneración de la presunción de inocencia, cuando la única prueba de cargo es la declaración del coimputado arrepentido. De ahí, que el nuevo matiz de la doctrina tradicional se refiera a este caso: supuestos donde la única prueba de cargo es la declaración del coimputado arrepentido. Y así se prevé que «la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como

⁵⁹² Por todos, la STC 137/1988, de 7 de julio; y AATC 479/1986, de 4 de junio; 293/1987, de 11 de marzo; 343/1987, de 18 de marzo

⁵⁹³ Cita la Sentencia como soportes de la misma, por todas, las SSTC 98/1990, de 24 de mayo y 51/1995, de 23 de febrero.

prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas».

Esta doctrina constitucional es aplicada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 168/2003, de 26 febrero [RJ 2003\2407], que acoge lo antes examinado, de forma que las declaraciones del coimputado serán insuficientes si no existen pruebas complementarias que avalen lo indicados por aquellos. Doctrina que ha sido confirmada por Sentencias posteriores: Sentencias del Tribunal Supremo nº 429/2003, de 21 marzo [RJ 2003\4068] y 1371/2004 de 23 noviembre [RJ 2005\792]; todas siendo ponente el magistrado GIMÉNEZ GARCÍA. O la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 783/2007, de 1 octubre [RJ 2008\1557]⁵⁹⁴ en el mismo sentido.

Si bien, lo que se ha dicho hasta ahora resulta aplicable sólo al arrepentido que es coautor en el delito enjuiciado. Otras normas deduce CAMPO MORENO para los supuestos en que el arrepentido sea testigo, al que le son aplicables los siguientes puntos⁵⁹⁵:

1º.- Ausencia e incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusado-víctima, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de servidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente.

2º.- Verosimilitud. El testimonio, que no es propiamente tal, en cuanto que la víctima puede mostrarse parte en la causa, ha de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. En definitiva, lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho

⁵⁹⁴ «La doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala Casacional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso».

⁵⁹⁵ Cfr. CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión ...*, Pág. 155

3º.- Persistencia en la incriminación. Esta ha de ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

XII.1.I. b) La necesaria reforma del Art. 384 bis LECrim y adaptación al nuevo Código Penal.

Una breve nota también debe hacerse en relación con el artículo 384 bis LECrim, que da pie a la aplicación de todas las especialidades procesales que afectan al colaborador con asociación terrorista. Y es que dicho precepto se refiere a «persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes». Terminología que procede de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal, que introduce el artículo 174 bis a) en el Código Penal. Como puede comprobarse, la fecha de ambas normas es idéntica. Y el artículo 174 bis a) introducido hacía referencia expresa a «banda armada o de elementos terroristas o rebeldes».

De tal modo que parece necesaria una actualización de los preceptos procesales vigentes, sustituyendo dicha referencia por lo que el Código Penal de 1995 recoge: banda armada, organización o grupo terrorista. Aunque la noción más exacta posible sería el reenvío genérico a la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII, tal y como hizo la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio.

XII.1.I. c) Las últimas modificaciones procesales y su trascendencia en relación con la STC 136/1999 y el artículo 576 CP

GUTIÉRREZ GIL⁵⁹⁶, considera que la Sentencia del Tribunal Constitucional de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, al no dictarse en el curso de un proceso de inconstitucionalidad, desarrolla unas consecuencias, respecto de la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios, distintas. En efecto, la redacción del Art. 40.2 LOTC indicaba que tal jurisprudencia habría de entenderse corregida por la doctrina del Tribunal Constitucional, fruto de las decisiones de éste órgano constitucional recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, nacida de las sentencias y

⁵⁹⁶ Cfr. GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación...*, Pág. 65

autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Lo cual motivaba que la resolución del Tribunal Constitucional sobre la Mesa de Herri Batasuna no podía corregir la doctrina jurisprudencial previa, ya que aquella había emanado de un recurso de amparo, que no producía tales efectos.

Esta consideración de GUTIÉRREZ GIL ha sido superada por la modificación que del Art. 40.2 LOTC ha operado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. El nuevo texto señala que «en todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan **los procesos constitucionales**». Esta última mención a todo tipo de procesos constitucionales tiene el efecto automático de extender aquél efecto modificador de la doctrina jurisprudencial, a la doctrina derivada de la resolución de los recursos de amparo y, por ende, a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional en materia de colaboración con asociación terrorista emanada en el caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

Esta modificación, además, hubiera representado un gran inconveniente si se hubiera advertido por las defensas de los imputados por colaboración con asociación terrorista. En efecto, si se examina la nueva redacción del artículo 241 LOPJ, también operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se contempla como se ha ampliado el ámbito del recurso de nulidad⁵⁹⁷. De ahí que en un supuesto de colaboración con asociación terrorista, las defensas podrían haber planteado un recurso de nulidad ex Art. 241.1 LOPJ en los primeros instantes de la vigencia de la norma, invocando la lesión del artículo de la tutela judicial efectiva (24.1 CE), ya que no se habría aplicado el artículo 40.2 en su nueva redacción, que obliga al Tribunal Supremo a tener en cuenta la doctrina constitucional, en este caso, la que declara inconstitucional el artículo precedente al actual en materia de colaboración. El Tribunal Supremo, como ya vimos más arriba, habría esgrimido alguno de los argumentos examinados para

⁵⁹⁷ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (II) señala que «la Ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».

no admitir dicha nulidad. Frente a esta hipotética decisión, cabría haber acudido al Tribunal Constitucional en amparo. Y en dicho recurso, además, se habría planteado la opción que plantea el también reformado Art. 55.2 LOTC⁵⁹⁸, para que se solicitase la paralización del proceso y el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad. Dicha autocuestión, probablemente, habría sido admitida a trámite, teniendo en cuenta que las censuras del Tribunal Constitucional en Sentencia 136/1999 [RTC 1999\136] (se compartan o no) forman parte del acervo constitucional español y pueden trasladarse, sin mayor inconveniente, al nuevo texto del artículo 576 CP. Y, con mayor probabilidad si cabe, el Tribunal habría declarado inconstitucional el artículo 576 CP, por los mismos argumentos que hizo lo propio con el Art. 174 bis b) del Código derogado.

Esta posibilidad habría sido factible al poco de entrar en vigor la modificación examinada, pero no en la actualidad, porque el propio artículo 241.1 LOPJ señala como requisito del recurso de nulidad que el mismo procede «siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso». Cosa que ya no podrá suceder, puesto que en la actualidad, dicha presunta inconstitucionalidad del artículo 576 CP deberá ser introducida vía recurso de casación, siendo despachada con alguno de los argumentos que ya se examinaron, sin que se aprecie dicha inconstitucionalidad.

XII.1.1. d) El “presunto” Acuerdo de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 15 de diciembre del año 2000, sobre ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional.

Una última cuestión es la que se refiere a cómo ejecutar las Sentencias constitucionales por parte del Tribunal Supremo. En relación con el ya señalado caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, GUTIÉRREZ GIL afirma que el Tribunal Supremo procedió «al archivo de las actuaciones dado que del fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional lo que se deriva no es otra

⁵⁹⁸ El nuevo artículo 55.2 LOTC dispone: En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

cosa que la absolución de los recurrentes en amparo.»⁵⁹⁹ Sin embargo, este mismo autor reconoce que era necesario «buscar una solución general que impida situaciones ya producidas en que por el efecto de una Sentencia del Tribunal Constitucional anulando otra del Tribunal Supremo se declare directamente la firmeza de una sentencia dictada por Audiencia Provincial o incluso por Juzgado de Primera Instancia». Una solución que señala el Acuerdo de la Junta de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 15 de diciembre del año 2000, cuyo tenor es el siguiente:

«El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reunión mantenida en el día de hoy, ha acordado por unanimidad lo siguiente:

“En los procesos penales en que se haya dictado Sentencia de casación, anulada por el Tribunal Constitucional en recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales, necesariamente el Tribunal Supremo, máximo órgano jurisdiccional en el orden penal, habrá de finalizar el proceso dictando la Sentencia que corresponda en los términos que habrían sido procedentes de haber sido apreciada en la casación la vulneración estimada por el Tribunal Constitucional, consecuentemente con la nulidad y los efectos decididos por el Tribunal Constitucional”.

Sobre dicho acuerdo, sólo resta hacer dos apreciaciones:

- 1.- Como reconoce GUTIÉRREZ GARCÍA, la base normativa de este Acuerdo es, cuando menos, endeble, ya que «posee una pretensión de generalidad difícilmente incardinable en la función jurisdiccional penal, y que no resulta fácil de compaginar con las previsiones de los Arts. 55.1 y 92 de la LOTC». Lo que se cohonesta difícilmente con la función del Tribunal Supremo, en tanto que debe encargarse de resolver asuntos concretos, sin pretensión de generalidad.
- 2.- Por último, resulta llamativo que dicho Acuerdo no se encuentre con el resto de acuerdos del Tribunal Supremo en su página Web. Y que tampoco haya sido posible acceder al mismo de primera mano, ya que el Centro de Documentación Judicial no lo tiene físicamente. Todos los intentos por contactar con el Archivo del Tribunal Supremo han resultado infructuosos. De ahí que la existencia del mismo y su redacción supongan, en este trabajo, un

⁵⁹⁹ GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación ...*, Pág. 64

acto de fe apoyado únicamente en las referencias textuales que al mismo hacen el autor citado y PÉREZ TREMPs⁶⁰⁰.

XII.2.- Especialidades de derecho penitenciario.

Finalmente, se hace un breve recorrido por aquellas especialidades penitenciarias que acompañan el cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta al colaborador con asociación terrorista. Se examinan dichas especialidades en tres textos fundamentales: el Código Penal, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento General penitenciario; haciendo especial referencia a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

XII.2.A.- Especialidades penitenciarias del Código Penal.

XI.2.A. a) Periodo de seguridad, para el acceso al tercer grado, 36 CP

Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, el periodo de seguridad «significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta». El artículo 36 del Código Penal, modificado por la antedicha Ley Orgánica, regula dicha novedosa institución que «sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario»⁶⁰¹, para evitar que el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional aleje la pena prevista en el Código de la efectivamente cumplida.

⁶⁰⁰ PÉREZ TREMPs, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Laboratorio de alternativas, accesible en: www.falternativas.org/en/content/download/5690/163253/version/1/file/2fb2_08-09-05_28_2003.pdf

Del mismo, *Tribunal Constitucional, Juez ordinario y una deuda pendiente del legislador*, Seminario sobre la reforma del recurso de amparo, Instituto de Derecho Comparado, Universidad Carlos III, accesible en <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm>

Del mismo, *Las perspectivas del sistema de justicia constitucional en España*, accesible en: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a5PPT.pdf>

También existe un artículo periodístico sobre dicho acuerdo: R. TRILLO TORRES, *La declaración de la Sala Segunda*, ABC de 22 de diciembre de 2000

⁶⁰¹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Así, en el caso que nos ocupa, puesto que la pena a imponer por el delito de colaboración generalmente será superior a 5 años de prisión (mínima genérica prevista por el 576 CP), el Art. 36.2 CP⁶⁰² dispone que el condenado por colaboración con asociación terrorista no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Sin que les sea de aplicación la posibilidad reconocida de que el juez de vigilancia pueda acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento; al estar incluido en la excepción expresamente prevista en el párrafo segundo del artículo 36.2 CP⁶⁰³.

XII.2.A. b) Exclusión del Art. 78 CP: beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

El artículo 78 CP se dirige a endurecer la respuesta penal respecto de los autores de delitos muy graves que cometen una pluralidad de ellos. Su ámbito aplicativo, por lo tanto, viene derivado de aquellos delitos que se encuentren comprendidos en los límites previstos por el artículo 76 CP, es decir: 25, 30 ó 40 años de privación de libertad; siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma de las impuestas. Como es evidente, la configuración establecida se refiere a los delitos más graves de terrorismo, por lo que tales nociones excluirían al colaborador con asociación terrorista del artículo 576 CP. Es un delito grave, pero con una penalidad que lo hace no comparable con los delitos terroristas muy graves (penas de más de 25 años de privación de libertad). De ahí que, generalmente, en los supuestos de colaboración con asociación terrorista será plenamente aplicable lo señalado por la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2003, de 30 de junio: «cuando no

⁶⁰² Art. 36.2 CP: Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

⁶⁰³ Art. 36.2 párrafo 2º CP: El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, **cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código** o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal».

Precisamente de esta exclusión señalada parece que se deduce que tampoco es aplicable al colaborador con asociación terrorista lo previsto en el apartado 3 del artículo 78 CP⁶⁰⁴, esto es, la previsión de unos mínimos que el juez de vigilancia penitenciaria deberá respetar para que pueda acordar:

a) la concesión del tercer grado, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta.

Y b) la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite.

Esta exclusión parece que se deriva del propio tenor literal del Art. 78.3 CP, que comienza indicando “En estos casos (...)”, refiriéndose a los supuestos previstos en los apartados anteriores que, como se veía, eran los supuestos más graves de los delitos terroristas, entre los cuales (por la penalidad prevista) no se encuentran los delitos de colaboración con asociación terrorista. Por lo que se deduce que en el caso de los colaboradores con asociación terrorista (condenados de ordinario con penas de 5 a 7 años de privación de libertad, multa correspondiente e inhabilitación), serán de aplicación las normas generales previstas para la concesión de los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y libertad condicional, a salvo de las especialidades que luego se examinan.

XII.2.A. c) Libertad condicional: Arts.90, 91 y 93 CP Relación del Art. 90 CP y el Art. 579.3 CP

El artículo 90.1 CP se refiere a la libertad condicional, señalando una serie de circunstancias para que pueda adoptarse dicha medida:

⁶⁰⁴ Art. 78.3CP: 3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

1º.- Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

2º.- Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

3º.- Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Respecto de esta circunstancia, debe señalarse que no resulta de aplicación (en general) la precisión hecha a continuación por el precepto señalado, en el sentido de que sólo se considera que existe esta tercera circunstancia si se ha satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito. El delito de colaboración con asociación terrorista, *stricto sensu*, no produce daños derivados de su comisión (auxilio genérico a una asociación terrorista), por lo que no suelen fijarse en la Sentencia responsabilidad civil alguna.

Por el contrario, los autores del delito de colaboración con asociación terrorista sí se ven comprendidos en las previsiones del último párrafo del artículo 90.1 CP, que se refiere también a la presunción legal de la existencia de “pronóstico de reinserción social”. Así, se entenderá que existe tal cuando «el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades». El paralelismo con el supuesto del artículo 579.3 CP es evidente y no requiere mayor aclaración que la de considerar que tiene carácter post-

delictual, supuesto el comienzo del cumplimiento en prisión de la pena privativa de libertad impuesta. Caben, no obstante, los siguientes comentarios:

1.- En primer lugar, es evidente que dicho precepto se aplica a los supuestos de colaboración ya que, por un lado, no se exceptiona el artículo 576 CP de la mención genérica de los delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II; y por otro, porque existe una referencia expresa a la colaboración en el texto de la norma⁶⁰⁵.

2.- En cuanto al abandono de los fines y medios de la actividad terrorista, evidentemente no se podrá exigir un abandono en las mismas condiciones que el exigible al integrante de la asociación terrorista, toda vez que el colaborador presenta una comunión mucho menos intensa con aquella. De ahí que los medios que acrediten tal abandono no podrán ser examinados con el mismo rigor que en el caso de los integrantes, debiendo deducirse de otros datos.

3.- Respecto de la colaboración activa con las autoridades, la finalidad más evidente que puede presentar dicho auxilio a las autoridades será el situado en tercer lugar, esto es, el que sirva para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado. Se trata de una consecuencia lógica de la naturaleza genérica del auxilio que el colaborador presta a la asociación terrorista. De ahí que sea menos probable que el mismo se dirija a la consecución de las dos primeras finalidades, que parecen más dirigidas a los integrantes de las asociaciones terroristas. Piénsese, por ejemplo, como podrá el colaborador atenuar los efectos de su delito, auxiliando a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, si el delito es de peligro abstracto.

4.- Por lo que se refiere a la declaración expresa aúna el repudio de las actividades delictivas, el abandono de la violencia y la petición expresa de perdón a las víctimas de su delito; evidentemente, deberá tenerse en cuenta que el colaborador no ha ejercido la violencia en pie de igualdad con los

⁶⁰⁵ Se hacer referencia a «organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o **con las que haya colaborado**».

integrantes de asociaciones terroristas que cometen delitos muy graves (los previstos en los artículos 571 a 574 CP) ni tampoco aquellos colaboradores que se convierten en coautores o colaboradores de esos mismos delitos por mor de la cláusula concursal prevista en el Art. 576.2 CP *in fine* y las normas generales de participación. Ello repercutirá en un nivel de exigencia menor para dicha declaración expresa que, además, deberá recoger una petición de perdón a las víctimas de la asociación terrorista con la que colaboró con carácter, evidentemente, genérico. Así resulta del hecho de que la colaboración genérica, como delito abstracto, no tiene una víctima concreta que sufra el resultado de su actividad. La víctima, en este caso, será la sociedad que sufre el atentado al sistema democrático que supone la conducta del colaborador, en la medida en que ampara y auxilia a quienes estiman la violencia como instrumento político válido.

5.- Por último, en cuanto a los informes técnicos sobre la desvinculación del preso de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades, también deberá ser matizado, atendiendo al mismo argumento antes esgrimido: la distinta situación que presentan el colaborador respecto del integrante de una asociación terrorista.

Por su parte, el artículo 91 CP recoge una posibilidad privilegiada para conceder la libertad condicional a los penados que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. Sin embargo, esta posibilidad está vedada a los colaboradores con asociaciones terroristas por expreso deseo del legislador, cuando señala que tal opción es válida «siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código».

Por último, el Art. 93.1 CP especifica el periodo de duración de la libertad condicional, así como las consecuencias de delinquir nuevamente o la inobservancia, por parte del reo, de las reglas de conductas impuestas por el Juez. En este último caso, el efecto inmediato consiste en la revocación de la libertad concedida, el reintegro del penado en prisión en el período o grado

penitenciario que corresponda, descontándose de la pena a cumplir el cómputo del tiempo pasado en libertad condicional. Este régimen general se exceptiona para los condenados por delitos de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II y, por ende, para los colaboradores del Art. 576 CP. En el caso de volver a delinquir o incumplir las reglas de conducta impuestas, no se le descontará al colaborador de la pena a cumplir el cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

XII.2.A. d) Efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional: Disposición Adicional 5ª LOPJ.

Con la finalidad, según la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de «evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional “ad quem” evitando que una excarcelación inmediata, por una decisión de libertad condicional, haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse», se modificó la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ. Así, la situación que trata de combatirse es aquella en la que el cumplimiento de la pena impuesta por resolución judicial pueda verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena, derivado de la concesión de la libertad condicional o la clasificación del penado en tercer grado.

La mencionada Disposición Adicional 5ª apartado 5º, en lo que aquí interesa, señala que, interpuesto el recurso de apelación en materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional que pueda dar lugar a la excarcelación del interno, en supuestos de delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo. Se impide así la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

La mención hecha a delitos graves engloba, según el artículo 13.1 CP a los delitos castigados por la Ley con pena grave. A las penas graves se refiere el artículo 33.2 CP, señalando en su letra a) que por tal se tienen las penas de privación de libertad superiores a 5 años. Puesto que la pena

genérica del artículo 576 CP en su límite inferior son precisamente 5 años, es evidente que nos encontramos ante un supuesto que también afecta a los colaboradores. De este modo, el condenado como colaborador con asociación terrorista que vaya a ser clasificado en tercer grado o concedérsele la libertad condicional cuyo auto autorizante sea recurrido, suspenderá la eficacia del acto, no pudiendo quedar en libertad condicional o disfrutar del tercer grado hasta tanto el órgano *ad quem* no tome conocimiento de dicho recurso. La tramitación ante éste órgano tendrá, además, carácter preferente y urgente.

XII.2.B.- Especialidades de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Los supuestos contemplados por la Ley Orgánica General Penitenciaria que excepcionan el régimen general están directamente relacionados con aspectos ya estudiados en este trabajo, por lo que se examinarán a continuación teniendo en cuenta lo que ya se ha considerado en otras páginas.

XII.2.B. a) Suspensión o intervención de las comunicaciones de los internos con abogados o procuradores: Art. 51.3 LOGP

En primer lugar, el artículo 51 LOGP regula el derecho de comunicación de los internos, concretamente en su apartado 3, según el cual las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo. Como puede verse, se trata de una continuación de las limitaciones que se prevén para la asistencia letrada por el artículo 527 LECrim. Si bien, el ámbito en el que se presenta tal comentario es el cumplimiento de la pena impuesta por sentencia firme. De ahí que deba considerarse especialmente la posibilidad de que la autoridad judicial pueda, en los supuestos de terrorismo, autorizar la suspensión o la intervención de las comunicaciones que el penado tiene con su Abogado o Procurador.

La mención genérica de “terrorismo” incluye, lógicamente, los supuestos de colaboración con asociación terrorista. La autoridad judicial podrá, pues, ordenar la suspensión de las entrevistas que el condenado tenga por tal delito con sus representantes legales y técnicos, así como la intervención de tales

comunicaciones. Esta última, lógicamente, puede resultar la más interesante, si lo que se pretende es lograr el conocimiento de algún detalle que permita continuar con la lucha contra aquellas asociaciones terroristas con las que los reos colaboraron.

XII.2.B. b) Restricciones para la concesión del tercer grado:

Art. 72. LOGP

Por su parte, el artículo 72 LOGP se refiere a la clasificación de los penados y la progresión de grado en su cumplimiento. En lo que respecta a la colaboración con asociación terroristas, es interesante destacar el régimen de concesión del tercer grado, con las especialidades previstas por la modificación introducida en el mismo por parte de la L.O. 7/2003, de 30 de junio. Una modificación que debe ponerse en relación con las previsiones estudiadas en los artículos 90 y 579.3 CP.

La L.O. 7/2003, de 30 de junio introdujo los nuevos apartados 5 y 6, en los que se regula la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento. El apartado 6 recoge una verdadera especialidad en los supuestos de delitos terroristas, en la medida en que para la clasificación o progresión al tercer grado se requerirá:

- 1.- Los requisitos previstos en el Código Penal
- 2.- La satisfacción de la responsabilidad civil, en los términos previstos en el apartado 5 de precepto examinado.
- 3.- Y, por último, que el reo muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de

asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

En primer lugar, por lo que respecta al apartado 5, éste «exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, teniendo en cuenta que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de tratamiento debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad»⁶⁰⁶. Pero al respecto debe indicarse lo mismo que se expuso al analizar la satisfacción de la responsabilidad civil en el caso de la concesión de la libertad condicional, ex Art. 90 CP: en la medida en que en los supuestos de colaboración con asociación terrorista *stricto sensu* no se suelen fijar responsabilidades civiles, porque no existen daños derivados del delito de colaboración, difícilmente podrá aplicarse esta noción a los condenados por delitos de colaboración con asociación terrorista.

Por otra parte, en cuanto al requisito previsto en último lugar, relativo al abandono efectivo de las actividades terroristas, se trata del mismo requisito que se preveía en el Art. 90.1 último párrafo CP, a cuyo comentario debe remitirse ahora. La única nota singular, expresada en la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2003, de 30 de junio, que introdujo dicho precepto, es la mención expresa a que la introducción de dicho requisito se hace «en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo»⁶⁰⁷.

En suma, descartada (en general) la satisfacción de la responsabilidad civil para el supuesto de colaboración con asociación terrorista del Art. 576 CP y matizado el segundo de sus requisitos, resta considerar que la progresión al tercer grado de los colaboradores queda sujeta a las disposiciones generales del Código Penal (Art. 36.2 CP antes examinado) y a la renuncia expresa también analizada.

⁶⁰⁶ Exposición de Motivos (VIII) de la L.O. 7/2003, de 30 de junio.

⁶⁰⁷ Vid. Capítulo III de este trabajo.

XII.2.C.- Especialidades del Reglamento Penitenciario

XII.2.C. a) Comunicaciones con Abogados y Procuradores.

Expedición judicial del volante: artículo 48 RP.

La previsión contenida y examinada en el artículo 51 LOGP tiene su desarrollo reglamentario en el artículo 48 de Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, que regula la comunicación de los Abogados y Procuradores con sus clientes ingresados en prisión. Y así, se establecen una serie de reglas para la celebración de tales comunicaciones. La única especialidad prevista para los delitos terroristas es la que afecta a la acreditación del Abogado o Procurador. En efecto, ordinariamente se exigen para que tal acreditación sea completa: el documento oficial que acredite al Abogado o Procurador como tal y en ejercicio; y un volante, expedido por su respectivo Colegio, en el que conste expresamente la condición de defensor o de representante del interno, en las causas que se siguieran contra el mismo o como consecuencia de las cuales estuviera cumpliendo condena.

En relación con este volante se regulan las especialidades relativas a los supuestos de terrorismo, incluidos los casos de colaboración con asociación terrorista. En tales supuestos, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas, y no por los respectivos Colegios Profesionales. Junto con dicha modulación, el precepto se refiere a que tal especialidad se requiere «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» que, como se recordará, ya fue examinado más arriba junto con las modulaciones existentes en supuestos de terrorismo, debiendo remitirse ahora a las consideraciones allí examinadas.

XII.2.C. b) Clasificación en primer grado: 108 RP.

Por último debe indicarse una excepción de carácter negativo, ya que se trata de justificar la exclusión de los colaboradores con asociación terrorista del ámbito objetivo de aplicación del artículo 108 RP. El precepto indicado contiene las variables y criterios de clasificación en la individualización del tratamiento, señalando en su apartado 5 los factores que deberán ponderarse para la clasificación en primer grado de los internos. Es decir, los criterios que deben

valorarse para que los mismos puedan ser calificados con una peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada; conceptos a los que se refiere el Art. 10 LOGP. Uno de tales criterios se contiene en la letra c) del artículo 108.5 RP, según el cual pertenecen a dicha clase de internos, a clasificar en primer grado, los que pertenezcan a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas. Del tenor literal del precepto no puede extraerse otra consecuencia que no sea la de negar al colaborador con asociación terrorista la cualidad de “peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada”, ya que dicha mención sólo corresponde *ope legis* a los sujetos integrados en la asociación terrorista.

Esta exclusión del colaborador como sujeto que debe cumplir la pena en primer grado por designio expreso del legislador no quiere decir que no pueda ser clasificado en dicho grado de cumplimiento. En efecto, cabrá tal clasificación a partir de la concurrencia de alguna de las otras variables previstas por el precepto examinado y que resulten coherentes con el delito de colaboración. En tal sentido, parece que deben tenerse en cuenta las siguientes:

1.- Por la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial. Lógicamente, la determinación de tal personalidad no va a depender del hecho de la colaboración, sino de cada uno de los reos *uti singuli considerando* (Art. 102.5 a) RP).

2.- Por el comportamiento observado en el centro penitenciario, siendo motivos suficientes para tal clasificación:

a) La participación activa en motines, plantas, agresiones físicas, amenazas o coacciones (Art. 102.5 d) RP)

b) La comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo (Art. 102.5 e) RP).

c) La introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupefacientes y

sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico (Art. 102.5 f) RP).

CONCLUSIONES (CASTELLANO)

El fenómeno terrorista y la respuesta jurídico-penal de la España democrática.

Primera. El terrorismo, como fenómeno difícil de conceptualizar, viene determinado por una serie de notas que se acrisolan en la definición que de terrorismo hace GUNARATNA: «el terrorismo es la amenaza o el acto de violencia políticamente motivado dirigido, principalmente, contra civiles» o, dicho de otro modo, «los grupos terroristas son partidos políticos armados». De ahí que la trascendencia jurídico-penal que tiene el fenómeno terrorista pasa por reconocer la enorme importancia que tienen dichas acciones terroristas, no ya en el alcance puramente físico que puede desarrollar determinadas acciones violentas, por muy trágicas que éstas sean, sino en la medida en que el impacto psíquico que producen desequilibra la sociedad democrática.

Segunda. La respuesta de España al fenómeno terrorista puede considerarse como de las incluidas en el modelo denominado *Expanded Criminal Justice Model* (EJCM), configurándose como un híbrido entre los modelos *Criminal Justice Model* (CJM), que prioriza los principios democráticos, incluso si ello supone una reducción en la eficacia de la lucha contra el terror; identificándose con la escuela filosófica kantiana. Y el modelo de *War Model* (WM), que representa todo lo contrario y entronca con el utilitarismo más radical: prioriza la lucha contra el terror, aún a costa de los derechos y libertades salvaguardados por la democracia.

DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN PUNITIVA EN MATERIA DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIÓN TERRORISTA

Tercera. Si realizamos un recorrido histórico-legislativo en relación con el fenómeno terrorista en España, procurando trazar un paralelo con los acontecimientos históricos fundamentales que explican y fundamentan la respuesta jurídico-penal que tales acontecimientos motivan, podría hablarse de cinco etapas.

- Una etapa preliminar que estaría caracterizada por el marco normativo en 1975 compuesto por el Código Penal de 1973 y Código de Justicia Militar (modificado por Ley 42/1971, de 15 de noviembre); así como por el Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo.
- Primera etapa, comprensiva de los años que van desde 1976 a mediados de 1980, donde se ha examinado como hitos legislativos básicos el Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que revisa el de Prevención del Terrorismo 10/1975 de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos; la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo; y el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Segunda etapa, que abarcaría desde mediados de 1980 hasta finales de 1982, donde la normativa antiterrorista surgida está compuesta por la innovación introducida por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículo al Código Penal y al de Justicia Militar.
- Tercera Etapa, comprensiva de los años 1983 a 1989, en que tienen lugar su aparición las dos fundamentales leyes orgánicas que regulan la materia terrorista durante la etapa central de la democracia: la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal.
- Finalmente, una cuarta etapa que arranca en 1989 y abarcaría hasta 1996, incluyendo en cierto modo el periodo de tiempo posterior, hasta hoy en día, en que el nuevo Código Penal de 1995, y más

específicamente su artículo 576, capitaliza la respuesta jurídico-penal al fenómeno de la colaboración con asociación terrorista.

DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PUNICIÓN DE LAS CONDUCTAS DE COLABORACIÓN CON ASOCIACIONES TERRORISTAS

Cuarta. La legislación penal de Alemania dedica a la punición del fenómeno los parágrafos § 129, § 129 a y § 129 b StGB. Concretamente, el § 129 a se refiere a las asociaciones terroristas, sancionando a quienes colaboren con tales organizaciones sin formar parte de las mismas. Una salvedad interesante es la especificación que la legislación alemana hace de las conductas de propaganda de la asociación terrorista, que se puede llevar a cabo como miembro o simple colaborador de dicha asociación.

Quinta. Italia, por su parte, dedica tres artículos a la punición de la colaboración con asociaciones terroristas en el Código Penal. En primer lugar, el artículo 270-ter, que sanciona la asistencia a los asociados, coincidente con algunas de las conductas típicas previstas por el Art. 576 del Código español, como el traslado de individuos, etc. El Art. 270-quater, por su parte, aborda un novedoso fenómeno, de gran relevancia en el ámbito del terrorismo internacional, cual es el reclutamiento con la finalidad de terrorismo. Y, por último, el artículo 270-quinquies sanciona también otra conducta de gran importancia para el fenómeno terrorista transnacional, en la medida en que sanciona el entrenamiento para actividades con finalidad de terrorismo.

Sexta. El derecho penal del Reino Unido castiga las conductas de colaboración con asociación terrorista en diversas normas surgidas en el nuevo contexto internacional, dejando a un lado (en cierto modo) la tradicional legislación antiterrorista británica, centrada en el conflicto de Irlanda del Norte. Concretamente se refieren a la cuestión la *Terrorism Act 2000*, Sec. 12, Sec. 54 y Sec. 58, dirigida a sancionar el apoyo a organizaciones terroristas, contemplando en su articulado conductas propias de colaboración. Y las distintas secciones de la *Terrorism Act 2006*, a saber: conductas relacionadas con la apología del terrorismo (Sec. 1); conductas de distribución de

propaganda terrorista (Sec. 2); conductas que recogen la especialidad de apología y propaganda terrorista a través de Internet (Sec. 3); conductas de preparación de actos terroristas (Sec. 5); y, finalmente, conductas relativas al entrenamiento de terroristas (Sec. 6)

Séptima. El Código Penal francés no hace referencia expresa a las conductas de colaboración debiendo entender por tales las que se recogen en el Art. 421-2-1, sancionando la participación con una organización de carácter terrorista. Algo que, como se puede comprobar, entronca con la opción defendida en este trabajo: la colaboración con asociación terrorista como participación en el delito de fundación e integración de asociación terrorista. Cuestión distinta representa, para el legislador francés, la colaboración de tipo económico, para cuya represión si contempla el Art. 421-2-2.

Octava. La normativa penal en materia de terrorismo vigente en los Estados Unidos de América comprende una serie de párrafos del *U.S.Code*, a saber: § 2339, relativo al escondimiento u ocultación de terroristas; § 2339^a, que castiga la provisión de ayuda material a terroristas; § 2339B en materia de provisión de ayuda material o recursos a organizaciones terroristas extranjeras; y, finalmente, § 2339D, sobre la recepción de entrenamiento militar de una organización terrorista extranjera.

Novena. El Derecho Internacional también ha colaborado con la redacción de instrumentos internacionales a la clarificación de las conductas punibles, en cuanto actos de colaboración, con asociaciones terroristas. Estas disposiciones pueden dividirse en función del órgano autor de los instrumentos normativos, distinguiendo entre aquellos instrumentos desarrollados por Naciones Unidas, que recoge supuestos de colaboración con asociaciones terroristas en algunos tratados internacionales, tales como el artículo 2.4 Convención sobre el terrorismo nuclear; el artículo 2.5 de la Convención sobre la financiación del terrorismo; y el artículo 3.2 letra b) de la Convención sobre la navegación marítima; así como la muy importante Resolución 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001 aprobada por el Consejo de Seguridad.

Décima. El Derecho comunitario también ha abordado, de una forma decidida, la instrumentación normativa adecuada para la homogeneización de las normas penales de los países miembros en materia de colaboración con asociaciones terroristas. En este sentido, son esenciales la Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002; las Posiciones comunes 2001/930/PESC y 2001/931/PESC; y, finalmente, la Acción Común 98/733/JAI

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Decimoprimera. La conceptualización del bien jurídico protegido en los delitos de terrorismo va a depender, en gran medida, de la teoría que se adopte a la hora de conceptualizar el delito terrorista como delito político. Desde el punto de vista de las teorías subjetivas, lo importante será el elemento subjetivo del delito, esto es, la motivación y finalidad de la acción. Mientras que partir de las teorías objetivas supone conceder mayor relieve al bien jurídico protegido por el tipo en cuestión. Sin despreciar el aporte indudable que supone la visión subjetiva, parece más adecuado encontrar en las teorías objetivas la clave de interpretación del delito de asociación terrorista y, por ende, apreciar un bien jurídico específico (no único) protegido por el artículo 576 CP y, por tanto, una justificación objetiva a la existencia de los delitos terroristas, en general.

Duodécima. Tradicionalmente los bienes jurídicos que se han venido vinculando con la represión penal del terrorismo son el orden público, la seguridad pública y la seguridad ciudadana. Puede afirmarse que la seguridad pública es un concepto genérico que abarca tanto el orden público como la seguridad ciudadana, definible como la actividad dirigida a la protección de individuos y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad. Por su parte, la seguridad ciudadana es la materia objeto de la actividad que supone la seguridad pública. Mientras que el orden público sería otra parte material de la actividad de la seguridad pública, coincidente con el mantenimiento de la tranquilidad pública.

Decimotercera. El orden público, como concepto fundamental en la estructura de los tipos antiterroristas, puede desarrollarse en su configuración desde la doble perspectiva del daño mediato e inmediato en relación con el concreto delito de colaboración con asociación terrorista. Y así, puede concluirse que el tipo de colaboración con asociación terrorista tiene como bien jurídico que justifica su existencia al **orden democrático constitucional**, entendido como bien jurídico inmediato, en relación con el orden público (en materia de seguridad pública) que actúa como bien jurídico mediato.

Decimocuarta. De forma preeminente, el bien jurídico protegido por los delitos que castigan las conductas de colaboración con asociaciones terroristas es el orden democrático constitucional, esto es: la democracia como único instrumento de canalización social de las ideas y proyectos políticos, en el marco de la Constitución de 1978. Y ello porque, habitualmente, los delitos de colaboración *stricto sensu* no suponen alteración alguna del orden público en la acepción antes sostenida de “tranquilidad pública”.

EL SUJETO ACTIVO

Decimoquinta. Desde una perspectiva *ad intra*, el colaborador con asociación terrorista se caracteriza por tener una gran predisposición a ser captado por la ideología que dota de sentido a la asociación con la que colabora; su inmadurez emocional y el super-yo exaltado que posee en plenitud el miembro de la asociación se hallan mucho más matizados en el colaborador. Éste se contenta con colaborar para acallar una conciencia que le pide mayor involucración en la causa ideológica que sostiene la asociación terrorista. El sentimiento de culpabilidad se atenúa, pero no se oscurece totalmente ya que es lo que impide, precisamente, su integración de pleno derecho. Y, finalmente, existen motivos de diversa índole que le impiden la plena integración: la familia, el trabajo, la pura cobardía, etc.

Ad extra, es decir, en su relación con la organización criminal, el colaborador con asociación terrorista, *ex artículo 576 CP* es un *extraneus* a la organización con la que colabora, porque de otro modo sería castigado como integrante de aquella. Sólo puede ser sujeto activo del delito de colaboración

con asociación terrorista el sujeto que actúe como un *extraneus* en relación con la organización auxiliada.

EL SUJETO PASIVO

Decimosexta. El sujeto pasivo de la colaboración con asociación terrorista coincide con quien padece la actuación terrorista. Desde la perspectiva planteada en este trabajo no cabe la consideración como tal de la “sociedad”, en cuanto que sujeto colectivo, porque considerarla como sujeto pasivo de un delito y no decir nada viene a ser lo mismo. Por el contrario, el sujeto pasivo directo de la acción terrorista y, por ende, de la acción de colaboración, será cada una de las víctimas del terrorismo que ven cómo sus bienes jurídicos se ven ultrajados por la sinrazón terrorista.

CONDUCTA TÍPICA Y CONTENIDO DE INJUSTO

Decimoséptima. El delito de colaboración con asociación terrorista viene definido, fundamentalmente, por los siguientes caracteres: es un delito autónomo, residual o subsidiario (en algunas modalidades comisivas), de trato sucesivo, de mera actividad y de peligro abstracto.

Decimooctava. La colaboración a la que se refiere el artículo 576 CP puede clasificarse como una colaboración *auténtica*, en contraposición a una colaboración *contributiva* (que sería la propia de los artículos 571 a 574 CP). En éste último caso, el colaborador concurre, ayuda o asiste a los miembros activos de la asociación terrorista con alguna obra o alguna cosa o actividad, es decir: realiza un aporte estrictamente material. Mientras que la colaboración auténtica no implica la participación física en la comisión de un delito concreto, sino que supone una labor de sostenimiento más espiritualizada que tiende más al soporte inmaterial de la asociación terrorista que la comisión de actuaciones violentas pero que, en todo caso, tiene una concreción física aprehensible por los sentidos. Se trata de una distinción que se puede apreciar mejor cuando se complementa con el carácter que tiene el sujeto activo propio

de cada uno de los tipos mencionados: *intraneus* o *extraneus* a la asociación terrorista.

Decimonovena. El artículo 576 CP se estructura en tres partes bien diferenciadas: el apartado primero y el apartado segundo, párrafo primero, contienen en núcleo duro del tipo: penalidad, elementos específicos del delito y catálogo de conductas. El apartado segundo párrafo segundo se subdivide en dos incisos, a su vez: el primero, contiene un supuesto de agravación para el caso de información y vigilancia, mutando la naturaleza del tipo agravado en un delito de peligro concreto; mientras que el inciso segundo constituye una regla expresa de resolución del concurso de delitos, para el caso de que el delito con el que se colaboró fuese realmente cometido, mutando la naturaleza de la colaboración de auténtica a contributiva y, por ende, de tipo penal al que acudir: artículos 571 y SS. del Código Penal.

Vigésima. La naturaleza del delito de colaboración con asociación terrorista tiene dos posibles respuestas: o se considera como acto preparatorio, estudiando el fenómeno de la colaboración a la luz del *iter criminis*. O bien, se configura como un acto de participación, elevado al grado de autoría, en cuyo caso se examina la colaboración a la luz de la participación delictiva. Desde la perspectiva sostenida en este trabajo, debe afirmarse que el delito de colaboración con asociación terrorista se configura como un supuesto de participación, llevada a cabo por un *extraneus* a la asociación en la conducta tipificada por los artículos 515 2º y 516 CP. Conductas que son elevadas a la categoría de autoría en sede de los delitos de terrorismo y, más concretamente, en el artículo 576 CP.

MODALIDADES COMISIVAS

Vigésimo primera. Las principales modalidades comisivas del tipo examinado son, en esencia, las siguientes: las relacionadas con los denominados “zulos”; el alojamiento, avituallamiento y movilidad a nivel nacional e internacional de los miembros de la asociación; labores de correo; información y vigilancia de objetivos; suministro de explosivos y otras

sustancias peligrosas; redacción y distribución de manuales e instrucciones terroristas; colaboración económica; reclamación de atentados y otras conductas relacionadas con la asociación; y, finalmente, la organización o participación en campos de entrenamiento o estructura de relaciones internacionales de la organización.

Vigesimosegunda. Las asociaciones Yihadistas radicales, como asociaciones terroristas específicas, merecen una especial mención por su peculiar organización. Así, puede hablarse de distintos tipos de colaboración en función de los tipos colectivos a los que nos enfrentemos: equipos de ataque, células locales o redes de base. En todo caso, las conductas más generales de colaboración con asociaciones Yihadistas son las siguientes: propaganda, proselitismo activo, reclutamiento y adiestramiento de futuros combatientes, así como apoyo logístico y financiero a la causa Yihadista.

Vigesimotercera. Dentro de las conductas de colaboración típicas en relación con las asociaciones terroristas de tipo Yihadista merecen una especial mención las conductas de reclutamiento, canalizado a través de procesos tipo de captación. Para la valoración de la prueba en sede jurisdiccional de tales conductas se hace imprescindible una nueva modalidad prueba, en su vertiente de informe pericial, que desde hace unos años ha cobrado especial relevancia: el informe pericial de inteligencia, entendiendo por tal la pericia realizada por expertos en lucha antiterrorista que, apoyados en sus conocimientos teóricos y prácticos, constatados en el mismo, llegan a conclusiones concretas que permiten evidenciar circunstancias que no se descubren en un primer examen de la conducta peritada, por su mayor complejidad y que, por ésta, pueden pasar desapercibidas al conocimiento judicial.

EL DOLO DE COLABORACIÓN

Vigesimocuarta. El tipo de colaboración con asociación terrorista es un tipo doloso, excluyéndose la punición por imprudencia tanto por no estar contemplada esta posibilidad expresamente tal y como requiere el artículo 12

CP; así como por no ser consecuente con el significado último de lo que se pretende punir: la intención acabada de colaborar con una asociación terrorista. Cuestión que sólo puede realizarse si concurren los requisitos intelectivos y volitivos del dolo.

INEXISTENCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Vigesimoquinta. Puede afirmarse que no existe ningún elemento subjetivo del injusto en el tipo de colaboración. Algunos autores ven tal elemento en la intención de colaborar con los fines de la asociación terrorista. Sin embargo, no concurre tal elemento porque el propio legislador no ha exigido en el tipo su concurrencia. Por el contrario, sí puede afirmarse la necesaria existencia de un determinado “dolo de colaboración” que, como ha indicado la doctrina científica que más ha estudiado la vertiente subjetiva del injusto típico, ha de abarcar: el conocimiento de que el sujeto con quien se colabora es miembro de la asociación terrorista, el conocimiento de la propia asociación y, por último, la conciencia del auxilio que se presta con la ayuda dispensada al sujeto en cuestión. O, dicho con las palabras que se derivan de la más moderna jurisprudencia: conocimiento de la militancia del auxiliado, antijuridicidad del grupo al que éste pertenece y, por último, conocimiento de los medios y métodos empleados por la organización, consistente en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y la muerte.

CONCURRENCIA DE MÓVILES

Vigesimosexta. La concurrencia de móviles en la realización de la conducta colaboradora no oscurece, desde el punto de vista típico, la necesaria concurrencia del dolo de colaboración, de forma tal que aquellos devienen, en tal sede, irrelevantes. Los móviles más comunes concurrentes en supuestos de colaboración con asociación terrorista son los relacionados con la amistad y razones de parentesco o amor esponsal (y asimilados).

TENTATIVA DE DELITO

Vigesimoséptima. El delito de colaboración con asociación terrorista no puede apreciarse, desde la perspectiva sostenida en este trabajo, en grado de tentativa porque su configuración como delito de simple actividad excluye la misma por su propia naturaleza. En efecto, basta que la acción de colaboración sea idónea y potencialmente eficaz para que se considere el delito de colaboración como consumado. Ahora bien, los supuestos en los que se puede generar alguna duda sobre la posible concurrencia del delito en grado de tentativa, es decir, aquellas que por su propia naturaleza, parecen exigir un “engarce” con la asociación para que se produzca su perfeccionamiento físico, constituirán una señal inequívoca de que nos encontramos antes un supuesto de acto preparatorio del delito de colaboración que podrá, o no, ser punible en función del caso concreto ante el que nos hallemos.

ACTOS PREPARATORIOS

Vigesimoctava. El artículo 579.1 CP, que regula los actos preparatorios en materia de terrorismo, no excluye al artículo 576 CP del catálogo de delitos respecto de los cuales resultan punibles sus actos preparatorios. Por esta razón puede afirmarse que es posible la concurrencia y sanción de la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de colaboración con asociación terrorista, con tal de que concurren los requisitos legalmente previstos para su punición excepcional, según lo señalado en los artículos 17 y 18 CP.

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Vigesimonovena. Dentro de los supuestos de aplicación relativos a las causas que excluyen la responsabilidad criminal en los delitos de colaboración examinados, sólo parecen tener una auténtica virtualidad práctica la minoría de edad y, en algunos casos (como el caso de los mediadores) el cumplimiento de un deber, oficio o cargo. Por el contrario, carecen de mayor relevancia práctica, motivada por la imposible o muy difícil concurrencia de los requisitos exigidos: la anomalía o alteración psíquica, el trastorno mental transitorio, la intoxicación

plena, las alteraciones de la percepción, la legítima defensa, el estado de necesidad y, por último, el miedo insuperable

CAUSAS DE MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Trigésima. Al contrario que lo que sucede con las causas eximentes, las causas que modifican la responsabilidad criminal si tienen, en la práctica diaria de los Tribunales, un cierto campo de operatividad que las convierte en supuestos a tener en cuenta para la efectiva graduación de la responsabilidad criminal del sujeto que comete un delito de colaboración con asociación terrorista.

Trigesimoprimera. Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad del sujeto activo, en el delito de colaboración, con una real virtualidad son, en esencia, las eximentes incompletas. Por el contrario, el resto de supuestos, aunque posibles, son escasos en la práctica judicial: la grave adicción a ciertas sustancias, el obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, el haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades; y, finalmente, el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Trigesimosegunda. Por contraste con las circunstancias atenuantes, las que agravan la responsabilidad del sujeto activo en los delitos terroristas sí que son mucho más comunes. Cuestión que se explica si se atiende a la perversidad de la conducta terrorista. Sin embargo, su traslación a las conductas de colaboración con asociación terrorista excluye, por su propia naturaleza, la posible apreciación de algunas de ellas. Así, por ejemplo, devienen inaplicables al supuesto tratado la alevosía y el ensañamiento. Sin embargo, son perfectamente aplicables el uso de disfraz; el haber obrado con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otros individuos que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la

impunidad del delincuente; el precio, recompensa o promesa; obrar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca; el abuso de confianza; el prevalimiento del carácter público ostentado por el sujeto activo; y, finalmente, la reincidencia.

Trigesimotercera. Por lo que se refiere a la incidencia de otras circunstancias de carácter específico que pueden alterar la responsabilidad criminal del sujeto colaborador con asociación terrorista, es evidente que tiene total aplicación la circunstancia de parentesco (23 CP); así como los supuestos de desistimiento (Art. 16. 2 CP), abandono voluntario de las actividades delictivas (Art. 579.3 CP) y, por último y especialmente, la agravante específica de peligro concreto prevista en el propio Art. 576. 2 párrafo 2º inciso I.

CONCURSO DE NORMAS

Trigesimocuarta. En materia de concurso de normas, el tipo previsto en el artículo 576 CP puede entrar en conflicto con los siguientes delitos: a) el delito de amenazas terroristas (Art. 170.2 CP), resolviéndose a favor de este por el principio de especialidad; b) la pertenencia a asociaciones terroristas (Arts. 515 2º y 516 CP), en función del nivel de integración probado y la naturaleza *intraneus/extraneus* del sujeto activo; c) el colaborador de los Arts. 572-574 CP, resolviéndose en función del tipo de colaboración contributiva o auténtica y el sujeto activo; d) terrorismo urbano o individual (Art. 577 CP), distinto del anterior en tanto que no exista un elemento social que abogue por la aplicación del Art. 577 CP; e) conductas apologéticas y desprecio de las víctimas (artículo 578 y la apología prevista en el Art. 18.1 párrafo 2º CP), prefiriendo éstas últimas a la colaboración cuando se trate de supuestos de auxilio inmaterial puro; f) colaboración con asociación terrorista y coautoría o participación en delitos terroristas, que encuentra adecuada solución en la cláusula concursal del Art. 576.2 Párrafo segundo, inciso II CP; y, finalmente, g) colaboración con asociación terrorista y actos preparatorios de la colaboración

(Art. 579.1 CP), cuya dificultad supone el análisis caso por caso en función de la prueba practicada.

CONCURSO DE DELITOS

Trigesimoquinta. Los concursos de delitos, reales o ideales, que pueden considerarse a la hora de examinar el tipo de colaboración con asociación terrorista son, básicamente: a) con el delito de encubrimiento del Art. 451 CP; b) con el delito previsto en el artículo 575 CP; c) con las falsedades documentales de los Arts. 390 a 396 CP; y d) depósito de armas y tenencia de explosivos (Arts. 563 y SS. CP).

PENALIDAD Y ADECUACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Trigesimosexta En materia de penalidad se estima que la hoy prevista para el tipo previsto en el Art. 576 CP es adecuada a la gravedad del delito que se castiga: prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses; así como la prevista genéricamente por el Art. 579.2 CP para todos los delitos de la sección: inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. De acuerdo con los criterios previstos en los artículos 50.5, 66.6 y 13 del Código Penal, se desarrolla una propuesta *de lege ferenda*, que pretende racionalizar la pena privativa de libertad previendo tres tramos de aplicación, atendiendo a la gravedad de la misma:

1.- Colaboración leve.

Privación de libertad de 5 a 6 años

Multa de 21 a 22 meses

Inhabilitación absoluta entre 6 y 10 años superior a la pena privativa de libertad (Min. 11 años/Max. 16 años)

2.- Colaboración grave.

Privación de libertad de 6 años y un día a 8 años.

Multa de 18 a 20 meses

Inhabilitación absoluta entre 10 y un día y 15 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 16 años/Max. 18)

3.- Colaboración muy grave.

Privación de libertad de 8 años y un día a 10 años.

Multa de 23 a 24 meses

Inhabilitación absoluta entre 15 y un día y 20 años superior a la pena privativa de libertad, (Min. 21 años/Max. 30 años).

Propuesta que también se realiza en cuanto a la imposición de la pena de multa a imponer, aunque dependiendo los criterios de distribución de la situación económica del reo, tal y como prevé el Art. 50.5 CP:

Tramo I: situación económica de nivel **bajo**.

2 euros/día (Min. 1080 Euros/Max. 1440 Euros)

Tramo II: situación económica de nivel **medio**.

5 euros/día (Min. 2700 Euros/Max. 3600 Euros)

Tramo III: situación económica de nivel **alto**.

10 Euros/día (Min. 5400 Euros/Max. 7200 Euros)

Trigesimoséptima. Por lo que se refiere a la proporcionalidad de la pena, después de examinar detenidamente las críticas doctrinales surgidas a raíz del denominado “Caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna” y la condena de sus miembros como colaboradores con la banda terrorista ETA mediante Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535] y su posterior anulación por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136]. La conclusión a la que se llega es que la pena prevista en el artículo 576 CP es respetuosa con el principio de proporcionalidad por estar en concordancia con el sentimiento social mayoritario en España; porque, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el potencial destructivo de las conductas previstas no se ha reducido hoy, de forma que el ataque a bienes jurídicos de primerísimo orden motivan

una respuesta penal como la prevista; y, finalmente, porque existen multitud de fallos del Tribunal Supremo, posteriores al caso de la Mesa Nacional de HB que abogan por al perfecta proporcionalidad de la pena prevista.

Trigesimooctava. La institución del arrepentido, prevista en el Art. 579.3 CP extiende su aplicación al artículo 576 CP, es decir, se prevé la posibilidad de que existan colaboradores con asociación terrorista arrepentidos. Ello supone una aplicación de los requisitos previstos en el primero de los artículos citados pero con la característica esencial del colaborador: la ausencia de un vínculo de pertenencia a la asociación terrorista. Así, al colaborador se le exigirá un arrepentimiento de otro orden, inferior desde luego, al que es exigible al integrado en la asociación terrorista precisamente por la condición de *extraneus* del primero y de *intraneus* en el segundo. Todo ello sin perjuicio de que las críticas doctrinales al instituto premial también puedan hacerse en relación con el colaborador arrepentido.

ESPECIALIDADES PROCESALES

Trigesimonovena. Como delito terrorista, el delito de colaboración se ve afectado por las especialidades de tipo procesal previstas para tales supuestos. Una especialidad que afecta a los siguientes aspectos: la detención, que puede llegar hasta a los cinco días, y el régimen de incomunicación durante la misma, regulados en el Art. 520 bis LECrim; la modulación del derecho a la inviolabilidad del domicilio a efectos de registros (Art. 18.2 CE) y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (18.3 CE), según las previsiones de los artículos 553 y 579, ambos de la LECrim; la restricción de los derechos previstos en el artículo 520 LECrim, a saber: que su abogado será, en todo caso, nombrado de oficio, que no tendrá derecho a la comunicación prevista para poner en conocimiento de familiar, u otro individuo que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia, y tampoco tendrá derecho a entrevistarse con su abogado reservadamente al término de la diligencia en que hubiera intervenido aquél y el posible decreto de prisión provisional incomunicada, todo ello de acuerdo con las previsiones del Art. 509 LECrim.

También de carácter procesal pueden destacarse otras múltiples cuestiones no ubicables en los supuestos antes indicados como son la dudosa veracidad de los colaboradores arrepentidos en sus declaraciones; la necesaria reforma del Art. 384 bis LECrim y su adaptación al nuevo Código Penal; las últimas modificaciones procesales y su trascendencia en relación con la STC 136/1999 y el artículo 576 CP; y, por último, la existencia del Acuerdo de Magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 15 de diciembre del año 2000, sobre ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional, para casos como el ocasionado por la Sentencias del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136], que supuso la excarcelación de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna.

ESPECIALIDADES PENITENCIARIAS

Cuadragésima y última. En cuanto a las especialidades en materia de derecho penitenciario, debe considerarse que el colaborador con asociación terrorista se ve afectado por el periodo de seguridad para el acceso al tercer grado previsto por el Art. 36 CP. Por el contrario, se excluye a los colaboradores de lo preceptuado por el Art. 78 CP, por el que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Y ello al no encontrarse la colaboración con asociación terrorista entre los delitos muy graves a los que se refiere el artículo 76 CP, cuyos delitos oscilan entre los 25, 30 y 40 años de privación de libertad, muy lejos de la pena prevista para los delitos de colaboración: 10 años como máximo. Sí que se ve afectado, sin embargo, el colaborador por la limitación prevista en el ámbito de la libertad condicional, por los Arts. 90, 91 y 93 CP. Sin embargo, en relación con la libertad condicional, no se podrá exigir al colaborador la satisfacción de la responsabilidad civil, para considerar la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción, toda vez que difícilmente podrá existir responsabilidad civil derivada del delito de colaboración con asociación terrorista. Finalmente, también desarrolla sus efectos en relación con el colaborador con asociación terrorista el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de

clasificación de penados o concesión de libertad provisional, por virtud del la Disposición Adicional 5ª LOPJ.

Por lo que respecta a la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento de desarrollo, las especialidades que afectan al colaborador con asociación terrorista son las siguiente: en primer lugar, y como lógica consecuencia de las previsiones excepcionales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la suspensión o intervención de las comunicaciones de los internos con abogados o procuradores prevista en el Art. 51.3 LOGP y concretada en la excepcional expedición judicial del volante, según el artículo 48 RP; así como las restricciones para la concesión del tercer grado, también en clara consonancia con la ley rituarial criminal, del Art. 72. LOGP. Sin embargo, el colaborador con asociación terrorista no se ve afectado por la obligatoria clasificación en primer grado, prevista por el 108 RP, que sólo se refiere a quienes pertenezcan a bandas armadas.

SCHLUSSFOLGERUNGEN (ALEMÁN)

DAS TERRORISMUSPHÄNOMEN UND SEINE STRAFRECHTLICHE ANTWORT IN DEMOKRATISCHEM SPANIEN

Erste. Der Terrorismus, als schwer zu definierendes Phänomen angesehen, wird grundsätzlich durch eine Reihe von Merkmalen bestimmt, die im Wesentlichen in der von *Gunaratna* angeführten Definition zu finden sind: „Der Terrorismus ist die Androhung oder die politisch motivierte Gewaltakt, welche sich grundsätzlich gegen die Zivilbevölkerung richtet“. Anders ausgedrückt: „Die terroristischen Gruppen sind bewaffnete politische Parteien“. Daraus ist zu entnehmen, dass die strafrechtliche Relevanz des Terrorismusphänomens sich in erster Linie auf die enorme Bedeutung der terroristischen Aktionen gründet, nicht nur bezüglich der physischen und oft tragischen Auswirkungen bestimmter Gewaltakten, sondern insbesondere in Bezug auf ihre psychische Relevanz, die oft zu einer Destabilisierung der demokratischen Gesellschaft führt.

Zweite. Die Antwort Spaniens auf das Terrorismusphänomen kann in das sog. *Expanded Criminal Justice Model* (EJCM) eingeordnet werden. Dieses Modell gestaltet sich sozusagen als eine Mischbildung zwischen dem *Criminal Justice Model* (CJM), welches – gleichgesetzt mit der kantischen philosophischen Schule – den demokratischen Prinzipien Vorrang einräumt, obwohl dies mitunter zu einer Wirksamkeitsverringerung in der Terrorismusbekämpfung führen kann, und dem *War Model* (WM), das sich als das absolute Gegenteil auszeichnet und dem radikalen Utilitarismus dient. Dieses Modell gibt dem Kampf gegen den Terror den Vorrang, auf Kosten von den in der Verfassung niedergelegten Freiheiten und Rechten.

ENTWICKLUNG DER STRAFRECHTLICHEN GESETZGEBUNG IM BEREICH DER UNTERSTÜTZUNG BEI EINER TERRORISTISCHEN VEREINIGUNG

Dritte. Werfen wir einen Überblick über die historisch-legislative Entwicklung in Spanien bezüglich des Terrorismusphänomens, mit besonderer Berücksichtigung bestimmter historischer Gegebenheiten in der konkreten Materie, welche die strafrechtliche Antwort des Staates entscheidend gründen und erklären, können grundsätzlich fünf verschiedene Etappen unterschieden werden.

- Ein einleitender Abschnitt, der durch den gesetzlichen Rahmen im Jahre 1975 bestimmt wird: das Strafgesetzbuch von 1973 und das Militärstrafgesetzbuch (geändert durch das Gesetz 42/1971 vom 15. November) und schließlich die Gesetzverordnung 10/1975 vom 26. August „über Prävention des Terrorismus“.
- Erster Abschnitt, welcher den Zeitraum zwischen 1976 und Mitte des Jahres 1980 umfasst. Die in der Dissertation ausführlich analysierten wichtigsten Gesetzestexte sind folgende: Gesetzverordnung 2/1976 vom 18. Februar, welche die Gesetzverordnung 10/1975 vom 26. August über Prävention des Terrorismus überarbeitet und die Zuständigkeit für die Aburteilung der Terrorismusdelikte bestimmt; das Gesetz 82/1978 vom 28. Dezember, welches das Strafgesetzbuch im Bereich der Terrorismusdelikte ändert; und das Königliche Gesetzverordnung 3/1979 vom 26. Januar, „über den Schutz der öffentlichen Sicherheit“.
- Zweiter Abschnitt, der sich von Mitte des Jahres 1980 bis Ende 1982 hinzieht. Die während dieser Zeit erlassenen Antiterrorvorschriften bestehen grundsätzlich aus dem Organgesetz 2/1981 vom 4. Mai, welches einige Vorschriften des Straf- und des Militärstrafgesetzbuches ändert und ergänzt.
- Dritter Abschnitt, der den Zeitraum zwischen 1983 und 1989 umfasst. In dieser Zeit werden die wichtigsten Organgesetze erlassen, die in

der Hauptphase der Demokratie in Spanien das Terrorismusphänomen regeln: das Organgesetz 9/1984 vom 26. Dezember, „gegen die Tätigkeit von bewaffneten Banden und terroristischen Elementen und zur Entfaltung des Art. 55 Abs. 2 des Grundgesetzes“, und das Organgesetz 3/1988 vom 25. Mai, „zur Reform des Strafgesetzbuches“.

- Schließlich ist auf einen vierten Abschnitt hinzuweisen, der seinen Anfang im Jahre 1989 nimmt und sich bis zum Jahre 1996 erstreckt, wobei der anschließende Zeitraum bis zur Gegenwart sich ebenfalls in diesen Abschnitt eingliedern lässt. Dieser Zeitraum wird insbesondere durch das spanische Strafgesetzbuch von 1995 bestimmt, dessen art. 576 den Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung enthält.

DER RECHTSVERGLEICH IM BEREICH DER STRAFBARKEIT VON UNTERSTÜTZUNGSHANDLUNGEN BEI TERRORISTISCHEN VEREINIGUNGEN

Vierte. Die Strafgesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland regelt in §§ 129, 129a und 129b StGB die Strafbarkeit terroristischer Vereinigungen. Die Vorschrift des § 129a StGB, die sich mit der „Bildung terroristischer Vereinigungen“ befasst, droht diejenigen mit Strafe an, die, ohne zu einer terroristischen Vereinigung anzugehören, jedoch mit dieser mitwirken. Hervorzuheben ist in diesem Kontext die besondere Unterscheidung, die das deutsche Strafgesetzbuch im Bereich der Werbungshandlungen zugunsten einer terroristischen Vereinigung macht: diese können sowohl von Vereinsmitgliedern als auch von schlichten Mitwirkenden begangen werden.

Fünfte. Das italienische Strafgesetzbuch enthält seinerseits drei Vorschriften, die die Unterstützung bei terroristischen Vereinigungen unter Strafe stellen. So regelt zunächst der art. 270-ter die Unterstützung der

Mitglieder. Dieser Tatbestand zeigt gewisse Parallelen mit einigen der in art. 576 des spanischen *Código Penal* geregelten Tathandlungen, wie z.B. die Verlegung von Vereinsmitgliedern. Der art. 270-quater des italienischen Strafgesetzbuches schneidet ein wichtiges Phänomen an, welches im Bereich des transnationalen Terrorismus eine besondere Bedeutung aufweist: die Rekrutierung mit Terrorismuszwecken. Schließlich stellt art. 270-quinquies einen anderen im Rahmen des transnationalen Terrorismus bedeutenden Sachverhalt unter Strafe: das Training zugunsten terroristischer Aktivitäten, auch mit internationalem Charakter.

Sechstes. Das in Großbritannien geltende Strafrecht ahndet die Unterstützungshandlungen bei einer terroristischen Vereinigung in einigen Strafvorschriften, die aufgrund des neuen durch den Terrorismus hervorgerufenen internationalen Kontextes erlassen worden sind. Diese neuen Gesetze haben in gewisser Weise die traditionelle britische Antiterrorgesetzgebung, welche dem Konflikt in Nord Irland diente, zur Seite gelegt. Innerhalb der in letzter Zeit erlassenen Strafvorschriften sind insbesondere folgende zu erwähnen: *Terrorism Act 2000*, Sec. 12, Sec. 54 und Sec. 58, welches die Sanktionierung Unterstützungshandlungen zugunsten terroristischer Organisationen zum Ziel hat. Einige seiner Vorschriften befassen sich mit typischen Unterstützungshandlungen. Besonders hervorzuheben sind außerdem die in *Terrorism Act 2006* enthaltenen Sachverhalte: Sachverhalte im Bereich der Verherrlichung des Terrorismus (Sec. 1); Verbreitung terroristischer Propaganda (Sec. 2); Sachverhalte, die sich speziell auf die Verherrlichung und die terroristische Propaganda durch das Internet beziehen (Sec. 3); terroristische Vorbereitungshandlungen (Sec. 5); Sachverhalte, die die Ausbildung von Terroristen enthalten (Sec. 6).

Siebte. Das französische Strafgesetzbuch bezieht sich nicht ausdrücklich auf Unterstützungshandlungen bei terroristischen Vereinigungen. Aus diesem Grunde muß man in diesem Bereich die Vorschrift des art. 421-2-1 beachten, welche die Teilnahme an einer terroristischen Vereinigung unter Strafe stellt. Diese Sichtweise des französischen Gesetzgebers folgt grundsätzlich der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung: die Unterstützung bei

einer terroristischen Vereinigung stellt in erster Linie eine Teilnahme am Tatbestand der Gründung einer bzw. der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung dar. Demgegenüber bestimmt das französische Strafrecht eine spezielle Vorschrift für die Ahndung Unterstützungshandlungen wirtschaftlichen Charakters: art. 421-2-2.

Achte. Die zurzeit in den USA geltenden Strafvorschriften im Bereich des Terrorismus umfassen eine Reihe von Paragraphen des *U.S. Code*, nämlich: § 2339: Verbergen oder Verstecken von Terroristen; § 2339A: Besorgung materieller Hilfe zugunsten Terroristen; §2339B: Besorgung materieller Hilfe oder anderer Ressourcen zugunsten ausländischer terroristischer Vereinigungen; §2339D: Annahme militärischer Ausbildung seitens einer ausländischen terroristischen Vereinigung.

Neunte. Das Völkerrecht hat ebenfalls in der gesetzlichen Verankerung solcher Sachverhalte auf internationaler Ebene mitgewirkt, die sich auf Unterstützungshandlungen bei terroristischen Vereinigungen beziehen. Diese internationalen Vorschriften können bei Berücksichtigung des für das konkrete Rechtsetzungsinstrument zuständigen Organs folgendermaßen aufgelistet werden: die seitens der Vereinten Nationen erlassenen Bestimmungen. In diesem Fall sind einige Unterstützungssachverhalte bei terroristischen Vereinigungen zu erwähnen, die in verschiedenen internationalen Abkommen enthalten sind, wie z.B. art. 2.4 des Abkommens über nuklearen Terrorismus; art. 2.5 des Abkommens über die Terrorismusfinanzierung; art. 3.2 b) des Schifffahrtsabkommens, sowie die entscheidende Resolution des Sicherheitsrates Nr. 1373 (2001) vom 28. September 2001.

Zehnte. Das Gemeinschaftsrecht innerhalb der EU ist ebenfalls entschieden für eine angemessene Regulierung der Unterstützungshandlungen bei terroristischen Vereinigungen vorgegangen. In diesem Sinne haben die Gemeinschaftsvorschriften stets versucht, eine Homogenisierung der Strafvorschriften bezüglich der Unterstützung in sämtlichen EU-Mitgliedern zu erzielen. Zu erwähnen sind insbesondere folgende Vorschriften: Rahmenbeschluß des Rates (2002/475/JAI) vom 13. Juni 2002; Gemeinsame

Standpunkte 2001/930/PESC und 2001/931/PESC, sowie die Gemeinsame Aktion 98/733/JAI.

DAS GESCHÜTZTE RECHTSGUT

Elfte. Die Begriffsbildung des geschützten Rechtsgutes in den Terrorismusdelikten hängt in erster Linie davon ab, auf welche Theorie man für die Begriffsbestimmung des Terrorismusdelikts als politisches Verbrechen greift. Aus der Perspektive der subjektiven Theorien stellt logischerweise das subjektive Unrechtselement, d.h. die Motivation und der Zweck der Aktion, den Schwerpunkt der Analyse dar. Demgegenüber räumen die objektiven Theorien dem durch den konkreten Terrorismustatbestand geschützten Rechtsgut die hervorragendste Bedeutung ein. Ohne den beachtlichen Beitrag der subjektiven Interpretationen vernachlässigen zu wollen, erscheinen die objektiven Theorien jedoch überzeugender, um den Schlüssel für die strafrechtliche Auslegung des Tatbestandes der terroristischen Vereinigung zu finden. So lässt sich ein spezifisches durch art. 576 CP geschütztes Rechtsgut bestimmen, so dass eine objektive Rechtfertigung für die Existenz von Terrorismusdelikten im Allgemeinen angeführt werden kann.

Zwölfte. Traditionell sind folgende Rechtsgüter mit der strafrechtlichen Verfolgung des Terrorismus in Verbindung gebracht worden: die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit und die Sicherheit der Bevölkerung. In diesem Kontext kann die Behauptung aufgestellt werden, dass die öffentliche Sicherheit im Wesentlichen einen Grundbegriff darstellt, der sowohl die öffentliche Ordnung als auch die Sicherheit der Bevölkerung umfasst. So lässt sich die öffentliche Sicherheit als jene Aktivität definieren, die sich den Schutz von Personen und Sachen sowie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe zum Ziel hat. Die Sicherheit der Bevölkerung erscheint ihrerseits als das Objekt der Aktivität im Bereich der öffentlichen Sicherheit. Schließlich ist die öffentliche Ordnung ebenfalls als Objekt der Aktivität der öffentlichen Sicherheit zu betrachten. Diese stimmt grundsätzlich mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe überein.

Dreizehnte. Die öffentliche Ordnung, die als Grundbegriff in der tatbestandsmäßigen Struktur der Terrorismusdelikte angesehen werden kann, kann in ihrer Gestaltung aus der doppelten Perspektive des mittelbaren und unmittelbaren Schadens in Bezug auf das konkrete Delikt der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung dargelegt werden. Daraus ist zu schließen, das der Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung die demokratisch-verfassungsmäßige Ordnung als seiner Existenz zu rechtfertigendes Rechtsgut innehat. Dieses muß im Wesentlichen als unmittelbares Rechtsgut verstanden werden, während die öffentliche Ordnung – im Rahmen der öffentlichen Sicherheit – weitgehend als mittelbares Rechtsgut fungiert.

Vierzehnte. Das geschützte Rechtsgut im Bereich solcher Tatbestände, die Unterstützungshandlungen bei terroristischen Vereinigungen unter Strafe stellen, ist in erster Linie die demokratisch-verfassungsmäßige Ordnung, d.h. die Demokratie als einziges Instrument zur sozialen Kanalisierung politischer Projekte und Ideen im Rahmen des spanischen Grundgesetzes aus dem Jahre 1978. Der Grund dafür ist in der Tatsache zu sehen, dass die Unterstützungsdelikte *strictu sensu* gewöhnlich zur keiner Störung der öffentlichen Ordnung – im Sinne des o.g. „öffentlichen Friedens“ – führen.

TÄTERSCHAFT

Fünfzehnte. Aus einer *ad intra* Perspektive kann die Behauptung aufgestellt werden, daß der Mitwirkender mit einer terroristischen Vereinigung sich grundsätzlich durch seine Prädisposition auszeichnet, der Ideologie, welche der konkreten terroristischen Vereinigung einen bestimmten Sinn vermittelt, zu erliegen. Die emotionale Unreife im Zusammenhang mit einem erhöhten Über-Ich, welche im Falle des Mitglieds der terroristischen Vereinigung in vollem Maße auftritt, ist bei dem Mitwirkender weitgehend gefärbt. Dieser begnügt sich vielmehr damit, eine Unterstützungshandlung

zugunsten der Vereinigung mit dem Ziel durchzuführen, sein Gewissen, welches ihm eine stärkere Verwicklung mit dem der terroristischen Vereinigung bestimmenden Zweck verlangt, zu beschwichtigen. Das Schuldgefühl des Mitwirkenden wird damit etwas gemildert. Dieses verschwindet aber nicht vollständig, was ausgerechnet eine vollständige Mitgliedschaft des Mitwirkenden in der terroristischen Vereinigung hindert. Schließlich sind einige Motiven diverser Natur anzuführen, die eine vollständige Mitgliedschaft im Falle des Mitwirkenden unmöglich machen, wie z. B. die Familie, die Arbeit, die schlichte Feigheit, etc.

Ad extra, d.h. im Falle der Beziehungen des Mitwirkenden mit der terroristischen Vereinigung, ist dieser – ausgehend von der Vorschrift des art. 576 CP – ein sog. *extraneus* der Vereinigung, mit der er mitwirkt. Andernfalls hätte er als Mitglied dieser Vereinigung bestraft werden müssen. Täter einer Unterstützungshandlung zugunsten einer terroristischen Vereinigung kann nur derjenige sein, der als *extraneus* dieser Organisation tätig wird.

DAS OPFER

Sechszehnte. Das Opfer einer Unterstützungshandlung bei einer terroristischen Vereinigung stimmt im Wesentlichen mit dem Opfer der terroristischen Delikte überein. Aus der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung kann die „Gesellschaft“ im Allgemeinen sozusagen als kollektives Subjekt nicht als Opfer angesehen werden. Eine solche Betrachtungsweise würde eigentlich in dem Nichts führen. Demgegenüber ist davon auszugehen, dass das direkte Opfer eines Terrorismusdelikts und daher auch das Opfer einer Unterstützungshandlung jede Person darstellt, welche die Schmäherung ihrer fundamentalen Rechtsgüter durch den terroristischen Unsinn ertragen muss.

TATBESTANDSHANDLUNG UND UNRECHTSGEHALT

Siebzehnte. Das Delikt der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung zeichnet sich grundsätzlich durch folgende Merkmale aus: autonomes bzw. Grunddelikt, Rest- bzw. subsidiäres Delikt (bei bestimmten Durchführungsmodalitäten), Mehraktiges und Dauerdelikt, schlichtes Tätigkeitsdelikt und abstraktes Gefährdungsdelikt.

Achtzehnte. Die in art. 576 CP geregelte Unterstützung kann als eine *authentische* Unterstützung betrachtet werden, im Gegensatz zur sog. *Beitragsunterstützung*, welche in den art. 571 bis 574 CP enthalten ist. Im letztgenannten Fall wird der Mitwirkende durch eine Tathandlung tätig, die grundsätzlich in der Beitrags-, Hilfeleistung oder Unterstützung der Vereinsmitglieder besteht. Kurzum: Der Mitwirkende verwirklicht eine Unterstützungshandlung mit schlichtem materiellen Charakter. Demgegenüber impliziert die authentische Unterstützung keine physische Teilnahme an der Verwirklichung eines konkreten Deliktes. Diese stellt vielmehr eine gewisse Unterstützungshandlung geistiger Natur dar, deren prioritäres Ziel nicht in der Begehung gewalttätiger Aktivitäten besteht, sondern vielmehr in der Aufrechterhaltung des immateriellen Bestandes der terroristischen Vereinigung. Nichtsdestotrotz enthält die authentische Unterstützungshandlung eine rein physische Aktivität, welche durch den Menschenverstand wahrgenommen werden kann. Es handelt sich im Wesentlichen um eine Unterscheidung, die sich besser verstehen lässt, wenn man gleichzeitig den Charakter der eigentlichen Täter, die im Falle der Terrorismustatbestände in Frage kommen – *extraneus* bzw. *intraneus* – mitberücksichtigt.

Neunzehnte. Der art. 576 CP wird in drei eindeutigen Teilen strukturiert: Der erste Absatz und der zweite Absatz, Abschnitt eins, enthalten die Kernelemente des Tatbestandes: die Strafbarkeit, die spezifischen Unrechtselemente des Delikts sowie den Katalog der Verhaltensweisen. Der zweite Absatz, zweiter Abschnitt wird seinerseits in zwei verschiedenen Unterabsätzen geteilt: der erste regelt einen Erschwerungsgrund im Falle der Information über oder die Überwachung von Personen seitens des Mitwirkenden, so dass dieser erschwerte Tatbestand als ein konkretes Gefährdungsdelikt anzusehen ist. Der zweite Unterabsatz stellt seinerseits

unzweideutig eine Regel zur Lösung einer Verbrechenskonkurrenz in den Fällen dar, in denen das Delikt, auf dessen Ausführung die Unterstützungshandlung gerichtet war, tatsächlich begangen wird. Hier wird die ursprünglich authentische Unterstützungshandlung in einen Beitragsunterstützung umgewandelt, so dass in diesem Falle die art. 571 ff. CP in Betracht kämen.

Zwanzigste. Die rechtliche Natur des Unterstützungsdeliktes bei einer terroristischen Vereinigung bietet zwei mögliche Lösungen an: Entweder kann die Unterstützung als eine schlichte Vorbereitungshandlung verstanden werden, so dass das Phänomen der Unterstützung aus der Betrachtung des *iter criminis* zu analysieren sei, oder kann das Unterstützungsdelikt als Teilnahmehandlung täterschaftlicher Natur betrachtet werden. In diesem Fall wird die Unterstützungshandlung aus der Perspektive der strafrechtlichen Teilnahme überprüft. In dieser Arbeit wird für diese zweite Alternative plädiert, d.h. die Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung stellt in erster Linie eine Teilnahmehandlung dar, die durch einen *extraneus* der konkreten Vereinigung i.S.d. art. 515.2 und 516 CP begangen wird. Im Rahmen der Terrorismusdelikte werden diese Verhaltensweise mit einer täterschaftlichen Natur versehen, was unzweideutig aus der Vorschrift des art. 576 CP hervorgeht.

AUSFÜHRUNGSMODALITÄTEN

Einundzwanzigste. Die wesentlichen Ausführungsmodalitäten des in der Arbeit untersuchten Tatbestandes sind folgende: die Tatbestandshandlungen, die mit den sog. „Waffenverstecken“ (*zulos*) zusammenhängen; die Unterkunft, Verpflegung sowie die nationale und internationale Verlegung der Vereinsmitglieder; Kurieraktivitäten, Information und Überwachung einzelner Objekte; Waffenlieferung sowie die Lieferung anderer gefährlichen Substanzen; Abfassung und Vertrieb von Handbüchern und Unterweisungen im Bereich des Terrorismus; Unterstützungshandlungen wirtschaftlicher Art; Forderung von terroristischen Aktionen und anderen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Vereinigung; und schließlich die

Organisierung von oder die Teilnahme an Trainingscamps sowie die Strukturierung internationaler Beziehungen zugunsten der konkreten Vereinigung.

Zweiundzwanzigste. Die dschihadistischen terroristischen Organisationen, als spezifische Vereinigungen betrachtet, verdienen ein besonderes Interesse auf Grund ihrer eigentümlichen Organisation. In diesem Sinne kann man von verschiedenen tatbestandsmäßigen Aktivitäten im Bereich der Unterstützung sprechen, je nachdem, um welche Typologien der Vereinigung es sich handelt: Angriffseinheiten, lokale Zellen oder Grundnetze. Dessenungeachtet können solche Verhaltensweisen innerhalb der Unterstützungshandlungen bei dschihadistischen Vereinigungen hervorgehoben werden: Propaganda, aktiver Proselytismus, Rekrutierung und Schulung zukünftiger Terroristen, sowie logistische und finanzielle Unterstützung zugunsten des Dschihadismus im Allgemeinen.

Dreiundzwanzigste. Innerhalb der typischen Unterstützungshandlungen im Bereich der terroristischen dschihadistischen Vereinigungen verdienen die Rekrutierungsaktivitäten ein besonderes Interesse. Diese Rekrutierung erfolgt in den meisten Fällen durch raffinierte Erschleichungsprozesse. Um eine strafverfahrensrechtliche Beweiswürdigung solcher Verhaltensweisen zu ermöglichen, erscheint die Einführung eines neuen Beweismittels seit einiger Zeit unabdingbar: den Sachverständigenbeweis seitens der Geheimdienste. Darunter ist im Wesentlichen das Gutachten zu verstehen, welches von Experten in der Terrorismusbekämpfung abgefasst worden ist. Durch ihre theoretischen und praktischen Kenntnisse können wichtige Schlussfolgerungen darlegen, durch die einige Merkmale der konkreten Unterstützungshandlung ans Licht gebracht werden können. Ansonsten wären solche Merkmale – bedingt durch ihre besondere Komplexität – durch die Justizbehörden nur schwer auszumachen.

DER UNTERSTÜTZUNGSVORSATZ

Vierundzwanzigste. Der Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung stellt ein vorsätzliches Delikt dar, so dass eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit ausfällt. Zunächst ist diese Möglichkeit im Tatbestand des Untertützungsdelikttes nicht ausdrücklich vorgesehen – wie die Vorschrift des art. 12 CP es verlangt –. Desweiteren erscheint die Möglichkeit einer fahrlässigen Unterstützungshandlung nicht konsequent mit dem eigentlichen Ziel des art. 576 CP: die Strafbarkeit der vollständigen Unterstützungsabsicht bei einer terroristischen Vereinigung. Diese Verhaltensweise kann nur verwirklicht werden, wenn die geistigen und willentlichen Voraussetzungen des Vorsatzes zusammentreffen.

NICHTVORHANDENSEIN SUBJEKTIVER UNRECHTSELEMENTE

Fünfundzwanzigste. Es kann die Behauptung aufgestellt werden, dass im Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung kein subjektives Unrechtselement zu finden ist. Einige Autoren sehen ein solches subjektives Unrechtselement in der Absicht des Täters, mit den Zielen einer terroristischen Vereinigung mitzuwirken. Gleichwohl ist diese Auffassung unzutreffend, weil der spanische Gesetzgeber im Tatbestand des art. 576 CP eine solche Absicht nicht verlangt. Demgegenüber ist das notwendige Bestehen eines bestimmten „Unterstützungsvorsatzes“ im Tatbestand des art. 576 CP zu bejahen. Den Studien des subjektiven Elements des Unrechtstatbestandes seitens des wissenschaftlichen Schrifttums folgend, muss dieser Unterstützungsvorsatz folgende Merkmale umfassen: Die Erkenntnis von seiten des Unterstützungstäters, dass die Person, mit der er mitwirkt, einer terroristischen Vereinigung angehört; die Erkenntnis des Bestehens der terroristischen Vereinigung; das Wissen, dass die Unterstützungshandlung einen Hilfebeitrag zugunsten der Zielen oder Aktivitäten der terroristischen Vereinigung darstellt. Nach Auffassung der modernsten Jurisprudenz in Spanien in diesem konkreten Bereich sind solche Merkmale des Unterstützungsvorsatzes hervorzuheben: Kenntnis der Mitgliedschaft der

Person, zu deren Hilfe der Täter eine bestimmte Unterstützungshandlung ausführt; Kenntnis des rechtswidrigen Charakters der Vereinigung, zu der der Empfänger der Unterstützungshandlung angehört, und letztendlich Kenntnis der von der konkreten Vereinigung angewandten Mittel und Methoden, nämlich die Gewalt, der Terror und der Tod.

KONKURRENZ VON BEWEGGRÜNDEN

Sechszwanzigste. Die Konkurrenz von Beweggründen bei der Ausführung von Unterstützungshandlungen verdunkelt tatbestandsmäßig nicht die notwendige Konkurrenz eines Unterstützungsvorsatzes, so dass solche Beweggründe in diesem konkreten Bereich irrelevant erscheinen. Die Beweggründe, die in den Fällen der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung üblicherweise vorkommen, sind vor allem die Freundschaft, die Verwandtschaft mit einem Vereinsmitglied, eine Liebesbeziehung, etc.

VERSUCH

Siebenundzwanzigste. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung lässt sich der Tatbestand der Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung nicht als Versuchstatbestand konzipieren, da der Unterstützungstatbestand, als schlichtes Tätigkeitsdelikt betrachtet, die Möglichkeit eines Versuches grundsätzlich ausschließt. Aus dieser Perspektive reicht es für die Annahme der Begehung einer Unterstützungshandlung, wenn diese geeignet und potentiell wirksam ist. Nichtsdestotrotz lassen sich in diesem Bereich einige Konstellationen feststellen, in denen begründete Annahmen bezüglich der Konkurrenz eines Versuchstatbestandes in Fragen kämen. Es handelt sich hier grundsätzlich um solche Verhaltensweisen, die ihrer Natur nach einige gewisse „Verkettung“ mit der konkreten terroristischen Vereinigung verlangen, damit sie physisch vollzogen werden können. In diesem Fall ist unzweifelhaft von einer Vorbereitungshandlung bezüglich eines

Unterstützungsdelikt auszugehen, welches je nach den konkreten Umständen sowie der Besonderheit des konkreten Falles strafbar ist.

VORBEREITUNGSHANDLUNGEN

Achtundzwanzigste. Die Vorschrift des art. 579.1 CP, der die strafrechtlichen Vorbereitungshandlungen im Bereich des Terrorismus regelt, schließt art. 576 CP nicht aus dem Katalog solcher Tatbestände aus, deren Vorbereitungshandlungen ebenfalls strafbar sind. Aus diesem Grunde lässt sich die Konkurrenz und die Strafbarkeit der Aufforderung, der Verabredung und des Vorschlags im Bereich der Unterstützungsdelikte feststellen, sobald die im spanischen Strafgesetzbuch in den art. 17 und 18 vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen.

GRÜNDE, DIE DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES MITWIRKENDEN AUSSCHLIESSEN

Neunundzwanzigste. Innerhalb der die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Bereich der Unterstützungsdelikte ausschließenden Konstellationen sind aus praktischer Sicht insbesondere die Minderjährigkeit und – im Falle der sog. Vermittler – die Pflichterfüllung bzw. die Erfüllung eines Amtes oder Dienstes hervorzuheben. Demgegenüber erscheinen folgende Strafausschließungsgründe bezüglich der Unterstützungsdelikte entbehrlich: die psychische Anomalie oder Störung, die vorübergehende Geistesstörung, die Vergiftung, die Veränderungen in der Wahrnehmung, die Notwehr, der Notfall und die unüberwindbare Angst.

GRÜNDE; DIE DIE STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DES MITWIRKENDEN MODIFIZIEREN

Dreißigste. Im Gegensatz zu den Ausschließungsgründen haben die Gründe, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Mitwirkenden modifizieren, einen beachtenswerten Anwendungsbereich in der alltäglichen Justizpraxis, so dass diese bei der konkreten Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Mitwirkenden mit einer terroristischen Vereinigung zu beachten sind.

Einunddreißigste. Die Gründe, welche die Verantwortlichkeit des Täters im Bereich der Unterstützungsdelikte mildern, sind im Wesentlichen die Strafmilderungsgründe. Im Gegensatz dazu kommen die restlichen Fallgruppen in der Justizpraxis nur selten vor: die schwere Abhängigkeit, das Handeln unter solchen übermächtigen Gründen oder Anreizen, die Jähzorn, Verblendung oder einen ähnlichen Affektzustand hervorrufen, das Gestehen der Straftat seitens des Täters gegenüber den Behörden, bevor er Kenntnis von einem gegen ihn geführten Strafverfahren erlangt, oder wenn der Täter im Laufe des Ermittlungsverfahrens und vor Eröffnung der Hauptverhandlung den Schaden wiedergutmacht oder die Wirkungen der Straftat mildert.

Zweiunddreißigste. Im Gegensatz zu den zuvor erläuterten Milderungsgründen sind solche Gründe, die die Verantwortlichkeit des Täters in den Terrorismustatbeständen erschweren, häufig in der Justizpraxis zu finden. Diese Tatsache lässt sich ohne weiteres aus der immanenten Verderbtheit der terroristischen Handlungen herleiten. Konzentriert man die Aufmerksamkeit jedoch auf schlichte Unterstützungshandlungen, können einige Erschwerungsgründe ihrer Natur nach nicht angewandt werden, wie z.B. die Heimtücke oder die Grausamkeit. Abgesehen von diesen Ausnahmen können folgende Erschwerungsgründe im Einzelfall durchaus angewandt werden: die Tarnung, das Handeln mit Überlegenheitsmißbrauch oder unter Mißbrauch der Raum-, Zeitumstände oder der Hilfeleistung zugunsten anderer Personen, welche alle die Gegenwehr des Opfers abschwächen oder die Straflosigkeit des Täters begünstigen; der Preis, die Belohnung oder das Versprechen; das Handeln aus rassistischen bzw. antisemitischen Gründen oder die

Diskriminierung des Opfers aus religiösen, ideologischen Gründen oder aus anderen Glaubensüberzeugungen, sowie die Diskriminierung des Opfers wegen seiner Ethnie, Rasse, Staatsangehörigkeit, Geschlecht, sexueller Orientierung, Krankheit oder Behinderung; der Vertrauensmißbrauch; der Amtsmißbrauch von seiten des Täters und der Rückfall.

Dreiunddreißigste. Was die Auswirkung anderer Umstände spezifischen Charakters angeht, die eventuell die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Mitwirkenden mit einer terroristischen Vereinigung ändern können, ist grundsätzlich auf die Verwandtschaft (art. 23 CP), den Rücktritt (art. 16.2 CP), die freiwillige Aufgabe der strafbaren Handlungen (art. 579.3 CP) und insbesondere auf den spezifischen Straferschwerungsgrund der konkreten Gefahr (art. 576.2 Abs. 2 Ziff. I) aufmerksam zu machen.

GESETZESKONKURRENZ

Vierunddreißigste. Im Bereich der Gesetzeskonkurrenz kann der in art. 576 CP enthaltene Tatbestand mit folgenden Delikten in Konflikt geraten: a) Drohung mit terroristischen Aktivitäten (art. 170.2 CP). In diesem Fall gilt die Anwendung des letztgenannten Tatbestandes aufgrund des Spezialitätsprinzips; Mitgliedschaft in terroristischen Vereinigungen (art. 515.2 u. 516 CP), je nach der erprobten Mitgliedschaftsintensität des Täters sowie seiner Verwicklung in der Organisation als *intraeneus* bzw. *extraneus*; c) Mitwirkender in den Fallkonstellationen der art. 572-574 CP. In diesem Fall wird die bestehende Normkonkurrenz bei Berücksichtigung der konkreten Unterstützungshandlung (authentische Unterstützung oder Beitragsunterstützung) sowie unter Bezugnahme des Täters gelöst; d) Sog. Straßenterrorismus oder individueller Terrorismus (art. 577 CP). Hier erfolgt eine Anwendung des art. 577 CP lediglich in solchen Fällen, in denen ein sog. „soziales Element“ in der Tatbestandsverwirklichung zu bejahen ist; e) Verherrlichung des Terrorismus und Verachtung der Opfer (art. 578 CP und die in art. 18.1 Abs. 2 CP enthaltene Apologie). Diese Konstellationen sind in den

Fällen vorzuziehen, in denen die Hilfeleistung von seiten des Mitwirkenden einen rein immateriellen Charakter aufweist; f) Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung und Mittäterschaft bzw. Teilnahme an terroristischen Straftaten, welche die in art. 576.2 Abs. 2 Ziff. II CP enthaltene Konkurrenzklausele eine angemessene Lösung ermöglicht; g) Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung sowie Vorbereitungshandlungen im Bereich der Unterstützung (art. 579.1 CP). Die Schwierigkeit solcher Konkurrenzfälle verlangt eine Analyse von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Beweisaufnahme.

VERBRECHENSKONKURRENZ

Fünfunddreißigste. Im Bereich der Verbrechenskonzurrenz – Ideal- oder Realkonzurrenz – die bei der Analyse des in art. 576 CP enthaltenen Unterstützungstatbestandes vorliegen kann, sind in Wesentlichen folgende Straftaten zu beachten: a) Begünstigung (art. 451 CP); b) Das in art. 575 CP geregelte Delikt (Vermögensdelikte im Bereich des Terrorismus); c) die in den art. 390 bis 396 CP vorgesehene Urkundenfälschung; d) Waffendepots und Besitz von Sprengstoffen (art. 563 ff. CP).

STRAFBARKEIT UND VEREINBARKEIT MIT DEM VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIP

Sechsenddreißigste. Im Bereich der Strafbarkeit geht die in dieser Dissertation vertretene Meinung davon aus, dass der in art. 576 CP vorgesehene Strafraumen vollkommen der Schwere des Unterstützungsdelikttes entspricht: Gefängnis von fünf bis zu zehn Jahren und Geldstrafe von 18 bis zu 24 Monaten. Gleiches gilt für die in art. 579.2 CP enthaltene Strafe: die absolute Untauglichkeitserklärung für eine um sechs bis zu 20 Jahren längere Dauer als die Dauer der im Urteil jeweils verhängten Freiheitsstrafe. Unter Bezugnahme der in den art. 50.5, 66.6 und 13 CP vorgesehenen Kriterien wird in dieser

Arbeit einen Vorschlag de *lege ferenda* unterbreitet, welcher im Wesentlichen zum Ziel hat, auf der Basis einer dreistufigen Anwendung – je nach der Schwere der Tathandlung – die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu rationalisieren:

1. Unterstützung geringeren Gewichts

Freiheitsstrafe zwischen fünf und sechs Jahren

Geldstrafe zwischen 21 und 22 Monaten

Absolute Untauglichkeitserklärung für eine um sechs bis zu zehn Jahren längere Dauer als die Dauer der im Urteil jeweils verhängten Freiheitsstrafe (Mindestdauer elf Jahre/Höchstdauer 16 Jahre)

2. Schwere Unterstützung

Freiheitsstrafe von sechs Jahren und einem Tag bis zu acht Jahren

Geldstrafe zwischen 18 und 20 Monaten

Absolute Untauglichkeitserklärung für eine um zehn Jahre und einen Tag bis zu 15 Jahren längere Dauer als die Dauer der im Urteil jeweils verhängten Freiheitsstrafe (Mindestdauer 16 Jahre/Höchstdauer 18 Jahre)

3. Besonders schwere Unterstützung

Freiheitsstrafe von acht Jahren und einem Tag bis zu zehn Jahren

Geldstrafe zwischen 23 und 24 Monaten

Absolute Untauglichkeitserklärung für eine um 15 Jahre und einen Tag bis zu 20 Jahren längere Dauer als die Dauer der im Urteil jeweils verhängten Freiheitsstrafe (Mindestdauer 21 Jahre/Höchstdauer 30 Jahre)

Dieser Vorschlag erstreckt sich ebenfalls auf die Verhängung der anzuwendenden Geldstrafe, wobei die finanzielle Situation des Verurteilten gem. art. 50.5 CP mit berücksichtigt werden soll:

Teilbetrag I: finanzielle Situation in einem **niedrigen** Niveau

2 Euro pro Tag (Mindestbetrag: 1080 Euro/Höchstbetrag: 1440 Euro)

Teilbetrag II: finanzielle Situation in einem **mittleren** Niveau

5 Euro pro Tag (Mindestbetrag: 2700 Euro/Höchstbetrag: 3600 Euro)

Teilbetrag III: finanzielle Situation in einem **hohen** Niveau

10 Euro pro Tag (Mindestbetrag: 5400 Euro/Höchstbetrag: 7200 Euro)

Siebenunddreißigste. Was die Verhältnismäßigkeit der Strafe angeht, wird zunächst die seitens des spanischen Schrifttums geübte Kritik aufgrund des Falles des Zentralvorstandes von Herri Batasuna, dessen Mitglieder wegen Unterstützung bei der terroristischen Organisation ETA durch Urteil des spanischen Obersten Gerichtshofes Nr. 2/1997 vom 29. November verurteilt worden waren, ausführlich analysiert. Es muß dabei beachtet werden, daß die Entscheidung des *Tribunal Supremo* später durch das spanische Verfassungsgericht aufgehoben wurde (Urteil Nr. 136/1999 vom. 20. Juli). Die Schlussfolgerung, die aus dieser erfolgten Analyse zu ziehen ist, geht davon aus, dass die in art. 576 CP vorgesehene Strafe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit respektiert, da dieser Strafraum der mehrheitlich in der spanischen Gesellschaft existierenden Abweisung des Terrorismus folgt. Aus einer rein juristischen Perspektive muß hervorgehoben werden, dass das zerstörerische Potential der in art. 576 enthaltenen Handlungen sich nicht verringert hat, so dass der Angriff auf die in der o.g. Vorschrift geschützten Rechtsgüter eine energische strafrechtliche Antwort notwendig macht. Letztendlich sind zahlreiche Entscheidungen des spanischen Obersten

Gerichtshofes nach dem Fall des Zentralvorstandes von Herri Batasuna zu finden, in denen die Verhältnismäßigkeit des in art. 576 CP enthaltenen Strafrahmens ausnahmslos bejaht wird.

Achtunddreißigste. Das Institut des sog. „reueigen Täters“, das in art. 579.3 CP vorgesehen ist, kann auf die Fälle des art. 576 CP angewandt werden. Somit sind solche Konstellationen zu finden, in denen Mitwirkende mit einer terroristischen Vereinigung sich später von den Zielen und Methoden dieser Organisation endgültig entfernen. Danach sind die in art. 579.3 CP enthaltenen Voraussetzungen unter Berücksichtigung des Charakters des Mitwirkenden anzuwenden, d.h. es muß zunächst die Abwesenheit irgendwelcher Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung beachtet werden. Das führt dazu, dass dem Mitwirkenden (*extraneus*) eine Reuetätigkeit geringeren Gewichts als im Falle des Mitglieds einer terroristischen Vereinigung (*intraneus*) abzuverlangen ist. Nichtsdestotrotz sind die von seiten des Schrifttums bezüglich dieses kontroversen Rechtsinstituts ausgeübte Kritik in Betracht zu ziehen.

STRAFVERFAHRENSRECHTLICHE BESONDERHEITEN

Neununddreißigste. Als Tatbestand im Bereich der Terrorismusdelikte unterliegt die Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung (art. 576 CP) einer Reihe von strafprozeßrechtlichen Besonderheiten, unter denen insbesondere folgende hervorzuheben sind: Die Verhaftung, die sich bis zu fünf Tagen erstrecken kann sowie die Möglichkeit der Verhängung einer Kontaktsperre während der Verhaftung (art. 520bis LECrim); die Abstufung des in art. 18.2 CE geregelten Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke einer Durchsuchung und des in art. 18.3 CE enthaltenen Grundrechts der Unverletzlichkeit des Briefs- und Fernmeldegeheimnisses, wie dies aus den art. 553 und 579 LECrim hervorgeht; die Einschränkung der in art. 520 LECrim vorgesehenen Rechte, nämlich: Ernennung eines Pflichtverteidigers in allen Terrorismusstrafsachen, Unmöglichkeit der Kontaktaufnahme mit einem

Verwandten des Verhafteten zum Zwecke der Benachrichtigung über die Verhaftung und den Ort, in dem sich der Verhaftete aufhält, Unmöglichkeit eines vertraulichen Gesprächs zwischen dem Terrorismusverdächtigen und seinem Pflichtverteidiger nach der eventuellen Anordnung einer Kontaktsperre gem. art. 509 LECrim.

Auf strafprozeßrechtlicher Sicht sind ebenfalls andere Problemfälle zu erwähnen, die in den zuvor genannten Konstellationen nicht subsumierbar sind, wie zum Beispiel der zweifelhafte Wahrheitsgehalt der von den sog. reuigen Tätern gemachten Aussagen, die notwendige Reform des art. 384bis der spanischen Strafprozeßordnung und seine Anpassung an das geltende Strafgesetzbuch, die zuletzt ausgeführten strafprozeßrechtlichen Änderungen und ihre Bedeutung in Bezug auf das Urteil des spanischen Verfassungsgerichtes Nr. 136/1999 und die Vorschrift des art. 576 CP; schließlich die „vermeintliche“ Einigung der Kollegialrichter der Zweiten Kammer des Obersten Gerichtshofes, beschlossen am 15. Dezember 2000, über die Vollstreckung der vom spanischen Verfassungsgericht ergangenen Entscheidungen. Damit sollen Konflikte wie der durch das Urteil des Verfassungsgerichtes Nr. 136/1999 vom 20. Juli, welches die Entlassung der Mitglieder des Zentralvorstandes von Herri Batasuna zur Folge hatte, aufgelöste, vermieden werden.

BESONDERHEITEN IM BEREICH DES STRAFVOLLZUGSRECHTS

Vierzigste. Was die Besonderheiten im Bereich des Strafvollzugsrechts angeht, muß zunächst hervorgehoben werden, daß der Mitwirkende mit einer terroristischen Vereinigung einer sog. Sicherheitsperiode für die Einstufung in den dritten Grad des Strafvollzuges unterliegt (art. 36 CP). Demgegenüber finden die in art. 78 CP geregelten Einschränkungen bei den wegen art. 576 CP Verurteilten keine Anwendung. Nach der letztgenannten Vorschrift werden die Vollzugsvergünstigungen, die Ausgangsbewilligung, die Einstufung in den

dritten Grad des Strafvollzuges und die Berechnung der Frist für die bedingte Haftentlassung immer auf alle in den Urteilen verhängten Strafen bezogen. Der Grund für den Ausschluß des Mitwirkenden aus dem Anwendungsbereich des art. 78 CP ist in der Tatsache zu sehen, dass die Unterstützung bei einer terroristischen Vereinigung nicht als besonders schweres Terrorismusdelikt angesehen wird, auf die art. 76 CP Bezug nimmt. Der Strafraum für diese besondere Tatkonstellationen liegt zwischen 25, 30 und sogar 40 Jahren Freiheitsstrafe. Demgegenüber bestimmt art. 576 CP eine Höchstgrenze von zehn Jahren Gefängnisstrafe. Die in den art. 90, 91 und 93 CP enthaltenen Einschränkungen bezüglich der bedingten Haftentlassung gelten ebenfalls bei dem wegen eines Unterstützungsdeliktes des art. 576 CP Verurteilten. Im Rahmen der bedingten Haftentlassung braucht jedoch der Mitwirkende keine zivilrechtliche Haftung zu begleichen, um die in art. 90 CP vorgesehene individualisierte und günstige Prognose für die soziale Wiedereingliederung des Verurteilten zu bejahen, da im Bereich der Unterstützungshandlungen bei einer terroristischen Vereinigung sich im Allgemeinen eine solche zivilrechtliche Haftung nicht ergibt. Schließlich findet die aufschiebende Wirkung im Falle einer Rechtsmittelreife gegen die Beschlüsse im Bereich der Einstufung der Strafgefangenen oder der bedingten Haftentlassung auch bei den wegen art. 576 CP Verurteilten Anwendung (Ergänzungsbestimmung Nr. 5 LOPJ).

Bezüglich des spanischen Strafvollzugsgesetzes und seines Durchführungsgesetzes sind folgende Besonderheiten betreffend dem wegen art. 576 CP Verurteilten zu nennen: Die Aussetzung oder Überwachung der Kommunikation zwischen Gefangenen und Verteidigern oder Prozeßbevollmächtigern (art. 51.3 LOGP). Diese Regelung wird in art. 48 RP konkretisiert (gerichtliche Erteilung der Bescheinigung); Einschränkungen für die Gewährung des dritten Grades (art. 72 LOGP). Gleichwohl findet bei dem wegen eines Unterstützungsdeliktes Verurteilten die – im Übrigen für die Mitglieder einer terroristischen Vereinigung obligatorische – Einstufung in den ersten Grad des Strafvollzuges (art. 108 RP) keine Anwendung.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000

ALONSO PÉREZ, Francisco *Medios de investigación en el proceso penal*, Madrid, 2003

ALVAREZ GARCÍA, Javier (Dir.), *Doctrina penal de los Tribunales españoles*, 2ª ED. Valencia 2007

ÁLVAREZ GARCÍA, Javier, *Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna*, en *Diario La Ley*, núm. 5, 1999

ALVAREZ, Francisco José y COBOS, Miguel Ángel, *Legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid 1983

ARROYO ZAPATERO, Luis, *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por L.O. 2/1981, de 4 de mayo*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981

ARROYO ZAPATERO, Luis, *Terrorismo y sistema penal*, en AA.VV., *Reforma política y Derecho*; Colección de temas constitucionales; Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones. Madrid, 1985

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires, 1965

BAEZA AVALLONE, Vicente, *Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/1978 y 82/1978*, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979

BARBERO SANTOS, Marino, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1973

BARBERO SANTOS, Marino, *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971

BASSIOUNI, M. Cherif, *The concept of Public Purpose Terror in International Law*, Springfield, 1975

BASTEN, Thomas, *Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen*, Köln, 1983

BELLOCH JULBE, Juan Alberto, *Contemplación jurisprudencial sobre el binomio libertad de información-terrorismo; la apología del terrorismo*, en *Estudios jurídicos en honor de José Gabaldón López*, Madrid, 1990

BENFER, Jost, *Besonderes Strafrecht II „Straftaten gegen die Allgemeinheit“*, Köln, 1986

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, *El colaborador con la justicia. Aspectos procesales y penitenciarios de la conducta del arrepentido*, Madrid, 2004

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo*, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1984

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Observaciones en torno a la ley orgánica 7/2000 de modificación del código penal en materia de terrorismo*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 5, 2001

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Los terrorismos en el País Vasco y en España*, Sociedad de Estudios Vascos, cuadernos de sección Derecho 2, San Sebastián, 1985

BLASCO DEL ROSAL, Bernardo, *La regulación legal de los actos preparatorios en el Código Penal de 1995*, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo VV.AA.* Madrid, 2005

BOBILLO, Francisco, *Constitución y legislación antiterrorista*, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, noviembre-diciembre 1985

BONANATE, Luigi, *Dimmensioni del terrorismo politico*, en *Dimmensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, Milán, 1979

BUENO ARÚS, Francisco, *Aspectos jurídicos del terrorismo*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980

BUENO ARÚS, Francisco, *Legislación penal y penitenciaria comparada en materia de terrorismo*, en *Terrorismo internacional*, dirigido por DEL CAMPO URBANO, Salustiano, Madrid, 1984

BUENO ARÚS, Francisco, *Principios generales de la legislación antiterrorista*, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 11, 1986

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio *Manual de Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial* Barcelona, 2005

CANCIO MELIÁ, Manuel, *¿Derecho penal del enemigo?*, en *Derecho Penal del enemigo*, de JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Madrid, 2003

CANCIO MELIÁ, Manuel, *“Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de*

terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, en *Revista Jueces para la Democracia*, nº 44, 2002

CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Actos preparatorios punibles*, en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995

CAMPO MORENO, Juan Carlos, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Valencia, 1997

CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, Barcelona, 1986

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo*, en *Comentario a la legislación penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel, tomo II, 1983

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *De los delitos cometidos por los particulares como cesión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983*, Madrid, 1983

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, en VIVES ANTÓN, T.S. et al. *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 2004

CASTILLO, Antonio, *La lucha jurídica contra el terrorismo*, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1977

CATALINA BENAVENT, María de los Ángeles, *Los supuestos de detención en los casos de terrorismo: propuesta para una reforma*, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007

CHELAZZI, Gabriele, *La dissociazione del terrorismo*, Milán, 1981

CLIMENT DURÁN, Carlos, *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, 2ª Ed, Valencia, 2006

COBO DEL ROSAL, Manuel, *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, *Revista de Derecho Público*, Tomo XI, Madrid, 1990

COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2004

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás *Derecho penal Parte General*, 5ª Ed. Valencia, 1999

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *Instituciones de Derecho penal español*, Madrid, 2006

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Contestaciones de Derecho Penal la programa de judicatura. Parte especial*. 3ª Ed. Madrid, 2000

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 2007

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Decisión marco del Consejo (2002/475/JAI), de 13 de junio de 2002*, accesible en la Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:ES:PDF>

CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo II*, Madrid-Barcelona, 2005

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4º del Código Penal: conspiración, proposición y provocación*, Anuario de Derecho Penal, 1976

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del Art. 4, I, CP: los actos preparatorios de la participación*, Barcelona, 1978

CUERDA ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995

DE VERO, voz Ordine Pubblico, en *Digesto disc. Pen. IX*, Torino, 1995

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis *La lógica del terrorismo*, Madrid, 2006

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *Breve guía sobre la amenaza Yihadista en Athena Paper*, Vol. 2, No 2 Artículo 4/5 14 de mayo de 2007, Pág. 41 accesible en la Web: www.athenaintelligence.org

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, *Atenuación, remisión de la pena e indulto de los miembros de grupos terroristas*, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 30/1986

DIARIO EL PAIS, ediciones digitales de su hemeroteca, en la Web: <http://www.elpais.com/archivo/hemeroteca.html?ed=diario>

DIARIO EL MUNDO, ediciones digitales de su hemeroteca, en la Web: <http://www.elmundo.es/hemeroteca/>

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en el Derecho penal*, Barcelona, 1991

DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Algunos aspectos jurídico-penales y procesales de la figura del arrepentido*, en *Revista La Ley*, nº 4132, viernes 27 de septiembre de 1996

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, versión accesible en Internet en la Web: www.rae.es

EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito de terrorismo*, Madrid, 1985

FARRÉ TREPAT, Elena, *Algunos aspectos del desistimiento en al conspiración*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo II, mayo-agosto, 1992

FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M. en GANZENMÜLLER ROIG, Carlos ESCUDERO MORATALLA, José FRIGOLA VALLINA, Joaquín (Dir.) *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la Comunidad internacional* Barcelona, 1998

FERNÁNDEZ PALMA, Rosa, *El terrorista arrepentido en los proyectos de Código Penal de 1992 y 1994*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 57, 1995

FERRACUTI, Franco, *Legislación sobre arrepentidos en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia*, en *Estudios de Derecho Penal*, en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 11, junio de 1986

FERRAJOLI, Luigi, *Terrorismo y crisis tardocapitalista*, en *Justicia y Delito*, compilado por PÉREZ MARÍÑO, Ventura, Madrid, 1982

FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. Volume I*, 4ª Ed. Bologna, 2007

FUENTES OSORIO, Juan Luis, *La preparación delictiva*, Granada, 2007

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, en *Comentarios a la legislación penal*, Dir. COBO DEL ROSAL, Manuel, tomo II, Madrid, 1983

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, 1978

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político*, *Poder Judicial*, nº 10, marzo 1984

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *La tipificación europea del delito terrorista en el Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas*, en *La armonización del Derecho penal español: una evolución legislativa*, Madrid, 2006

GARCÍA SAN PEDRO, José, *Sobre el concepto de terrorismo*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 2, 1992

GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, 1993

GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVII, fascículo II, mayo-agosto 1984

GARRIDO MONTT, Mario, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago de Chile, 1984

GERSTEIN, Robert S., *¿Tienen derecho los terroristas?*, en *La moral del terrorismo*, compilado por RAPOPORT, David, Barcelona, 1985

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, reedición, Buenos Aires, 2006

GIMENO SENDRA, José Vicente, *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, en *Documentación Jurídica*, nº 37/40, enero-diciembre de 1983, tomo II

GLASER, Stefan, *Le terrorisme international et ses divers aspects*, en *Revue International de Droit Comparé*, Vol. 25, 4/1973

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Eficacia y garantismo en la legislación especial antiterrorista*, II Jornadas de Derecho Penal, C.U. de Toledo, 1985

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Crítica de la política penal del orden público*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 16, 1982

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006

GONZÁLEZ LAPEYRE, Edison, *Aspectos jurídicos del terrorismo*, Montevideo, 1972

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Autoría única e inmediata, autoría mediata y coautoría*, en *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio, *Legislación antiterrorista y derechos humanos*, en *Actualidad Penal*, nº 21/1989, semana 15-21 de mayo

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, Ignacio, en *Derecho penal Parte Especial 2ª Ed.*, LAMARCA PÉREZ, Carmen, Madrid, 2004

GUTIÉRREZ GIL, Andrés, *La participación por colaboración en el delito de terrorismo*, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.) *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II, 2001

GUTIERREZ LANZA, Gonzalo, *Notas sobre los delitos de terrorismo*, en *Revista española de Derecho militar*, nº 29, Enero-junio 1975

HERRERO HERRERO, César, *Criminología (Parte General y Especial)*, 3ª Ed. Madrid, 2007

HOME OFFICE, *Terrorism and the Law*, accesible en la web: <http://www.homeoffice.gov.uk/security/terrorism-and-the-law/>

HORACIO DOMÍNGUEZ, Carlos, *El terrorismo en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, 1983

ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, *Práctica y valoración del dictamen pericial en Psicología del testimonio y prueba pericial*, en *Cuadernos de Derecho Judicial VII* 2005

IRISCH, Joss, *Terrorismo internacional*, Barcelona, 1975

IZU BELLOSO, Miguel José; *Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978*, en *Revista española de derecho administrativo*, Nº 58, 1988

JAIME JIMÉNEZ, Óscar *Política, terrorismo y cambio político en España, 1976/1996*, Valencia, 2002

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª Ed., traducido por OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, 2003

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Antecedentes, texto y doctrina de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959*. Madrid, 1961

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Madrid, 2006

JORDÁN, Javier *Profetas del miedo. Aproximación al terrorismo islamista*, Pamplona, 2004

JORDÁN, Javier, *Las redes Yihadistas en España: evolución desde el 11-M*, en *Athena Intelligence Journal*, Vol 2, No 4 Artículo 1/11 4 de octubre de 2007, accesible en la Web: www.athenaintelligence.org

JORDÁN, Javier, *El modus operandi del nuevo Yihadismo*, accesible en la Web www.safe-democracy.org , concretamente en <http://spanish.safe-democracy.org/2006/09/18/el-modus-operandi-del-nuevo-Yihadismo>

JORDÁN, J; MAÑAS, F; y TRUJILLO, H. *Perfil sociocomportamental y estructura organizativa de la militancia Yihadista en España. Análisis de las redes de Abu Dahdah y del 11-M* Publicado en: www.Yihadmonitor.org

KÜHL, Kristian, „BT.7. Abschnitt. Öffentliche Ordnung“, en LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2001

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1984

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Sobre el concepto de terrorismo*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo II, mayo-agosto 1993

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Derecho penal Parte Especial* 2ª Ed., Madrid, 2004

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español Parte especial*. 2ª Ed. 1996

LAUDI, Maurizio, *Terroristi "pentiti" e liberazione condizionale*, Milán, 1984

LEFEBVRE, Henri, *Terrorismo y cotidianidad*, en *La vida cotidiana en el mundo moderno*, Madrid, 1980

LEGIFRANCE : Le Service public de la diffusion du droit, *Code Pénal*, accesible (en francés) en la Web :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20080909> En castellano: <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=esp&c=56>

LENCKNER, Theodor, "Bildung krimineller Vereinigungen", en *Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27 Auflage, München, 2006

LEUPTRECHT, Peter, *Derechos humanos, terrorismo y democracia*, en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, nº 6, junio de 1996

LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Delitos contra el orden público*, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) Barcelona, 2006

LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada, 2006

LOPERA MESA, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2006

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Artículo 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Artículos 24 a 94, Madrid, 2000

LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Terrorismo, Política y Derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, Madrid, 1987

LUCAS MARÍN, Antonio *Sociología: una invitación al estudio de la realidad social* Pamplona 2004

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2005

MAGRO SERVET, Miguel, "La existencia del error de prohibición. Requisitos para su aplicación. Análisis de la SSTs de 14-12-07 y 8-4-2008", *La Ley Penal*, N.º 53, Octubre 2008

MANIFIESTO DE MADRID, leído en el acto de clausura del *I Congreso Internacional sobre Víctimas del Terrorismo* organizado por la Fundación Víctimas del Terrorismo y la Universidad San Pablo CEU. Accesible en la página Web www.covite.org

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, *Apología del terrorismo*, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (Coord.) *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004

MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *Realidad actual de las funciones de jueces y fiscales en al aplicación de las leyes contra el terrorismo*, en *Actualidad Jurídica*, 1981

MELCHIONDA, Alessandro, *La legislación italiana en materia de terrorismo: experiencia y balance*, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006

MENDOZA BUERGO, Clara *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* Granada, 2001

MERLOS, Alfonso, *La deconstrucción de Al-Qaeda. De la jerarquía al Yihadismo individual*, Conferencia pronunciada en las Jornadas “La nueva situación en Oriente Próximo: estabilidad, negociación y terrorismo”. Universidad Pontificia de Salamanca, 15 al 17 de noviembre de 2006, accesible en la Web www.athenaintelligence.org

MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987

MIEBACH/SCHÄFER, „BT.7 Abschn. Straftaten gegen die öffentliche Ordnung. Bildung krimineller Vereinigungen“ *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* Band 2/2, München, 2005

MIGUEL ZARAGOZA, Juan de, *Elementos para una definición internacional del terrorismo*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Madrid, 15 de diciembre de 1978

MIR PUIG, Santiago *Derecho Penal Parte General* 7ª Ed. Barcelona, 2005

MIRA BENAVENT, Javier, *El caso del diario EGIN: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XL, fascículo II, mayo-agosto 1987

MIRANDA STRAMPES, Manuel *Delitos contra el orden público*, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.) *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)* Granada, 1998

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2005

MORENO CATENA, Víctor, *El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa*, en GOMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006

- MOCCIA, voz *Ordine pubblico*, en *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990
- MONTOVIO, Ismael G., *Derechos Humanos y terrorismo*, Buenos Aires, 1980
- MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid, 2005
- MUÑOZ ALONSO, Alejandro, *El terrorismo en España*, Barcelona, 1992
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial* 15ª Ed. Valencia, 2004
- NIETO MARTÍN, Adán, en *Comentarios al Código Penal*, ARROYO ZAPATERO, Luis (Dir.), Madrid, 2007
- OLMEDO CARDENETE, Miguel, *Inducción como forma de participación accesorio*, Madrid, 1999
- OLMEDO CARDENETE, M. *Artículos 27, 28 y 29*, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir) *Comentarios al Código Penal, Tomo III, Artículos 24 a 94*, Madrid, 2000
- O.N.U., *Estrategia Mundial de las Naciones Unidas de Lucha contra el Terrorismo*, accesible en la Web: Web http://www.un.org/sc/ctc/best_prac.html
- O'SULLIVAN, Noel, *Terrorismo, Ideología y Revolución*, Madrid, 1986
- OSTENDORF, Heriber, „*Bildung krimineller Vereinigungen*“ en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans Ullrich (Hrsg.) *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, Baden-Baden, 2005
- OTTENHOF, Reynald, *Le droit pénal français áa l'épreuve du terrorisme*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare*, 1987
- OTTENHOF, Reynald, *¿Terrorismo o terrorismos? Diálogo sobre un singular plural*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLII, fascículo III, septiembre-diciembre, 1989
- PADOVANI, Marcelle, *Vivir con el terrorismo*, Barcelona, 1982
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y colaboración con banda armada comentario a la sentencia de la audiencia nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso Ekin)* en *Diario La Ley*, año XXIX, nº 6906, Martes 18 de marzo de 2008
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y principio de accesoriedad*, Madrid, 1990
- PÉREZ TREMP, Pablo: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, en *Laboratorio de alternativas*, accesible en la Web:

www.falternativas.org/en/content/download/5690/163253/version/1/file/2fb2_08-09-05_28_2003.pdf

PISAPIA, Gian Domenico, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune*, en *La Giustizia Penale*, 1975, II.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernistas*, Valencia, 2007

PRATS CANUT, José Miguel, *De los delitos de terrorismo* en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir) *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2007

PULITANÓ, Domenico, *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, en *Democrazia e Diritto*, 1981

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (Coor.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, 2005

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.), MORALES PRATS, FERMÍN (Coor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2007

REINARES NESTARES, Fernando, *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona, 1998

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La punición de los actos preparatorios*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas tras la reciente reforma Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1973

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.), *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Madrid, 2007

RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, *La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*, en *Comentarios a la legislación penal*, Terrorismo, XI, Madrid, 1990

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid, 2000

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997 (Reimpresión 2003)

RUDOLPHI, Hans-Joachim et al., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2007

RUIZ LANDÁBURU, María José, *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Madrid, 2002

RUPPRECHT, Reinhard, *Gedanken zur Aufhellung von Ursachen des Terrorismus aus polizeilicher Sicht*, en *Ursachen des Terrorismus*, Berlín, 1978

- SAGEMAN, Marc, *Understandig Terror Networks*, Philadelphia, 2004
- SALAS, Luis P, *La Ley patriótica USA*, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.), *Código Penal. Comentario y Jurisprudencia Tomo II* Madrid 2006
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Besonder Teil*, Tübingen, 1983
- SEELING, E. *Tratado de criminología*, Madrid, 1958
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 2005
- SOLA DUEÑAS, Ángel de, *Delitos de terrorismo y tenencia de explosivos (Sección Segunda del Capítulo VIII del Título XVIII del Libro II de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983)*, en *Documentación jurídica*, nº 37/40, enero-diciembre de 1983, tomo II
- SORIANO SORIANO, José Ramón, *El terrorismo y el Tribunal Supremo*, en GONZÁLEZ COLOMER, Juan Luis y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Directores) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, 2006
- STEVEN, C.S. GRAEME, GUNARATNA, R. *Counterterrorism, Contemporary world issues*, California, 2004
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, en QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Dir.), MORALES PRATS, FERMÍN (Coor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2007
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, 1988
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*, Madrid-Barcelona, 2001
- TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, *Los delitos de atentado en el Código Penal de 1995*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC* 01-08 (1999), accesible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-08.html
- TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas, „BT Siebenter Abschnitt: Straftaten gegen die öffentliche Ordnung“, en *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54 Auflage, München, 2007
- US CODE, versión accesible en la Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell (EE.UU.): <http://www.law.cornell.edu/uscode/>
- VV.AA. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2003

VV.AA. *Leipziger Kommentar*, Leipzig, 2006

VV.AA. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln, 2007

VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentario a la STS de 5 de diciembre de 1994*, en *Actualidad Penal*, nº 17, semana 24 a 30 de abril, 1995

VERVAELE, J.A.E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, nº 14, 2005

VERCHER NOGUERA, Antonio, *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco. Legislación y medidas*, Barcelona, 1991

VIGANÒ, Francesco. *La lucha contra el terrorismo de matriz islámica a través del Derecho penal: la experiencia italiana*, en *Política Criminal*, nº 3, 2007, A3, Págs. 1-27, accesible en <http://www.politicacriminal.cl>

VIGNA, Piero Luigi, *La finalitá di terrorismo ed eversione*, Varesse, 1981

ZAINQUI, José María, *Diccionario razonado de sinónimos y antónimos*, Barcelona, 1977

ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el “Caso Labita vs. Italia”, de 6 de abril de 2000 [TEDH 2000\120] Demanda núm. 26772/1995 Gran Sala

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 196/1987, de 11 de diciembre [RTC 1987\196] Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 286/1984 Ponente: Don Eugenio Díaz Eimil
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987\199] Recurso de Inconstitucionalidad núm. 285/1985 y 292/1985 Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
- Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo [RTC 1993\89] Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1491/1988 Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 71/1994, de 3 de marzo [RTC 1994\71] Recurso de Inconstitucionalidad núm. 1492/1988 Ponente: Don Pedro Cruz Villalón
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 54/1996, de 26 de marzo [RTC 1996\54] Recurso de Amparo núm. 79/1995 Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997\200] Recurso de Amparo núm. 2628/1995 Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer
- Sentencias del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136] Recurso de Amparo núm. 5459/1997 Ponente: Don Carles Viver Pi-Sunyer
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2000, de 16 de mayo [RTC 2000\127] Recurso de Amparo núm. 3501/1996 Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 68/2001, de 17 de marzo [RTC 2001\68] Recurso de Amparo núm. 3860/1998 Ponente: Don Tomás S. Vives Antón
- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 2/2002, de 14 de enero [RTC 2002\2] Recurso de Amparo núm. 4122/1997 Ponente: Doña Elisa Pérez Vera

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 68/2002, de 21 marzo [RTC 2002\68] Recurso de Amparo núm. 3147/2000 Ponente: Doña Elisa Pérez Vera

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1956 Citada Sentencia del Tribunal Supremo nº 2021/1994 de 17 noviembre [RJ 1994\9276]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982 [RJ 1982\7869] Ponente: Excmo Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1983 [RJ 1983\1790] Ponente: Excmo Sr. Martín Jesús Rodríguez López
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1983 [RJ 1983\2142] Ponente: Excmo Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 [RJ 1983\2300] Ponente: Excmo Sr. Luis Vivas Marzal
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1983 [RJ 1983\3080] Ponente: Excmo Sr. Antonio Huerta y Alvarez de Lara
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1983 [RJ 1983\6713] Ponente: Excmo Sr. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1984 [RJ 1984\6638] Ponente: Excmo Sr. José Hijas Palacios
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1985 [RJ 1985\2070] Ponente: Excmo Sr. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986 [RJ 1986\901] Ponente: Excmo Sr. Manuel García Miguel
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1986 [RJ 1986\3185] Ponente: Excmo Sr. Fernando Díaz Palos
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 [RJ 1987\1181] Ponente: Excmo Sr. Fernando Díaz Palos
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988 [RJ 1988\3839] Ponente: Excmo Sr. Eduardo Móner Muñoz
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9578] Ponente: Excmo Sr. Joaquín Delgado García

- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989 [RJ 1989\9780] Ponente: Excmo Sr. José Antonio Martín Pallín
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1991 [RJ 1991\1070] Ponente: Excmo Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez
- Sentencia del Tribunal Supremo 30 de enero de 1992 [RJ 1992\607] Recurso núm. 1442/1990 Ponente: Excmo Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 33/1993, de 25 de enero [RJ 1993\174] Recurso núm. 3988/1991 Ponente: Excmo Sr. Ramón Montero Fernández-Cid
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 53/1993 de 25 de enero [RJ 1993\168] Recurso núm. 785/1991 Ponente: Excmo Sr. José Augusto de Vega Ruiz
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 57/1993, de 26 de enero [RJ 1993\181] Recurso núm. 695/1991 Ponente: Excmo Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1848/1993, de 21 julio [RJ 1993\6335] Recurso núm. 971/1992 Ponente: Excmo Sr. Gregorio García Ancos
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2838/1993, de 14 de diciembre [RJ 1993\9446] Recurso núm. 696/1993 Ponente: Excmo Sr. Ramón Montero Fernández-Cid
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1365/1994, de 4 de julio [RJ 1994\6244] Recurso núm. 3678/1993 Ponente: Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2021/1994 de 17 noviembre [RJ 1994\9276] Recurso núm. 246/1994 Ponente: Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2117/1994, de 5 de diciembre [RJ 1994\9366] Recurso núm. 1653/1994 Ponente: Excmo Sr. José Antonio Martín Pallín
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 329/1995 de 8 de marzo [RJ 1995\1910] Recurso núm. 1189/1993 Ponente: Excmo Sr. José Hermenegildo Moyna Ménguez

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 668/1995 de 16 de mayo [RJ 1995\4484] Recurso núm. 1207/1994 Ponente: Excmo Sr. Luis Román Puerta Luis
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 398/1996 de 9 de mayo, [RJ 1996\3805] Recurso núm. 1536/1995 Ponente: Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996 (Citada por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2000)
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1997, de 29 de noviembre [RJ 1997\8535] Causa Especial núm. 840/1996 Ponente: Excmo Sr. Roberto García-Calvo y Montiel
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2/1998, 29 de julio [RJ 1998\5855] Causa Especial núm. 2530/1995 Ponente: Excmo Sr. Joaquín Delgado García
- Sentencia del Tribunal Supremo 197/1999, de 16 de febrero [RJ 1999\1281] Recurso de Casación núm. 1141/1998-P Ponente: Excmo Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1446/1999, de 18 noviembre [RJ 1999\8868] Recurso de Casación núm. 1798/1998-P Ponente: Excmo Sr. José Jiménez Villarejo
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 106/2000 de 31 enero [RJ 2000\179] Recurso de Casación núm. 839/1999-P Ponente: Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1018/2000 de 12 de junio [RJ 2000\6596] Recurso de Casación núm. 899/1999-P Ponente: Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1741/2000, de 14 noviembre [RJ 2000\8715] Recurso de Casación núm. 1375/1999-P Ponente: Excmo Sr. José Antonio Martín Pallín
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1819/2001 de 11 octubre [RJ 2001\9060] Recurso de Casación núm. 2215/2000 Ponente: Excmo Sr. José Aparicio Calvo-Rubio
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 2084/2001 de 13 de diciembre [RJ 2002\1991] Recurso de Casación núm. 1048/2000-P Ponente: Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 633/2002 de 21 mayo [RJ 2002\6715] Recurso de Casación núm. 485/2001-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1064/2002, de 7 de junio [RJ 2002\8793] Recurso de Casación núm. 696/2001-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1086/2002, de 11 de junio [RJ 2002\7489] Recurso de Casación núm. 614/2001-P Ponente: Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1127/2002, de 17 de junio [RJ 2002\8925] Recurso de Casación núm. 945/2001 Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1372/2002, de 19 de julio [RJ 2002\7779] Recurso de Casación núm. 73/2002-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Delgado García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1940/2002, de 21 de noviembre [RJ 2002\10498] Recurso de Casación núm. 1427/2001 Ponente: Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 168/2003, de 26 febrero [RJ 2003\2407] Recurso de Casación núm. 369/2002-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 429/2003, de 21 marzo [RJ 2003\4068] Recurso de Casación núm. 2084/2001 Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 458/2003 de 31 marzo [RJ 2003\2694] Recurso de Casación núm. 834/2002-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Delgado García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 786/2003, de 29 de mayo [RJ 2003\4242] Recurso de Casación núm. 945/2002 Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1113/2003, de 25 de julio [RJ 2003\6058] Recurso de Casación núm. 257/2003 Ponente: Excmo Sr. José Manuel Maza Martín
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1297/2003 de 9 octubre [RJ 2003\7464] Recurso de Casación núm. 358/2003 Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 380/2003 de 22 diciembre [RJ 2004\16] Recurso de Casación Ponente: Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 897/2004 de 15 julio [RJ 2004\5603] Recurso de Casación núm. 1098/2003 Ponente: Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1371/2004 de 23 noviembre [RJ 2005\792] Recurso de Casación núm. 128/2003 Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1523/2004, de 23 diciembre [RJ 2005\500] Recurso de Casación núm. 569/2004 Ponente: Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1387/2004, de 27 de diciembre [RJ 2005\2172] Recurso de Casación núm. 307/2004 Ponente: Excmo Sr. Joaquín Giménez García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1029/2005, de 26 de septiembre [RJ 2005\6834] Recurso de Casación núm. 1396/2004 Ponente: Excmo Sr. Perfecto Andrés Ibáñez
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 259/2006 de 6 marzo [RJ 2006\1810] Recurso de Casación núm. 1566/2005 Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 556/2006, de 31 de mayo [RJ 2007\1676] Recurso núm. 1158/2005 Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 800/2006, de 13 de julio [RJ 2006\8010] Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1145/2006, de 23 de noviembre [RJ 2007\583] Recurso de Casación núm. 1401/2005 Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1215/2006 de 4 diciembre [RJ 2007\779] Recurso de Casación núm. 10248/2006 Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 [RJ 2007\1771] Recurso de Casación núm. 1841/2005 Ponente: Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 149/2007 de 26 febrero [RJ 2007\948] Recurso núm. 11281/2006-P Ponente: Excmo Sr. Joaquín Delgado García
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 699/2007, de 17 de julio [RJ 2007\5113] Recurso de Casación núm. 10193/2007 Ponente: Excmo Sr. José Antonio Martín Pallín
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 783/2007, de 1 de octubre [RJ 2008\1557] Recurso de Casación núm. 10162/2007 Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 855/2007, de 25 de octubre [RJ 2007\9269]: Recurso de Casación núm. 10235/2007 Ponente: Excmo Sr. Andrés Martínez Arrieta

AUDIENCIA NACIONAL

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 57/1981, de 5 de mayo (Cit. M.D.⁶⁰⁸)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 4/1982, de 19 de febrero (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 23/1982 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 39/1982, de 4 de mayo (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 53/1982 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 7/1983, de 20 de enero (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, 10/1983 (Cit. M.D.)
- Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 14/1983, de 22 de enero (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 32/1983, de 18 de marzo (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 40/1983, de 13 de abril (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 75/1983, de 16 de julio (Cit. M.D.)

⁶⁰⁸ Sentencia citada por MESTRE DELGADO, sin que conste que esté publicada en el repertorio jurisprudencial Aranzadi.

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 103/1983, de 24 de noviembre (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 21/1984, de 11 de abril (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, 29/1984, 23 de mayo (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, 30/1984 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 59/1984, de 29 de septiembre (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 84/1984, de 21 de diciembre (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 7/1985, de 4 de febrero (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 22/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, nº 55/1985, de 13 de junio (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, nº 65/1985, de 22 de junio (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 68/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 41/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, nº 42/1985, de 12 de julio (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 43/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 57/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, 81/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 107/1985 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 4/1986, de 23 de enero (Cit. M.D.)

- Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 1988 (Cit. C.M.⁶⁰⁹)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de junio de 1990 (Cit. C.M.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 1990 (Cit. C.M.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional Secc. 2º de 1 de febrero de 1991 (Cit. C.M.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 16 de febrero de 1991 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, de 10 de junio de 1991 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 1992 (Cit. C.M.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 7 de abril de 1992 (Cit. M.D.)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, de 20 de febrero de 1996 (Cit. por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 127/2000)
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 62/1998 de 27 de octubre [ARP 1998\5942] Sumario núm. 3/1996 Ponente: Excmo Sr. Antonio Díaz Delgado
- Sentencia de la Audiencia Nacional nº 8/2001, de 26 de marzo JUR [2001\170798]. Sumario núm. 22/1999 Ponente: Excmo Sr. Juan José López Ortega
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 51/2001 de 12 noviembre [JUR 2002\53297] Procedimiento abreviado núm. 187/1999 Ponente: Excmo Sr. Javier Gómez Bermúdez
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª, nº 5/2002, de 7 marzo [JUR 2004\253261]
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 11/2003, de 3 de marzo [JUR 2004\254624] Sumario núm. 4/2001 Ponente: Excma. Sra. Rosa María Arteaga Cerrada
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 4ª, nº 12/2003 de 1 de abril [JUR 2004\262310] Sumario núm. 4/2001 Ponente: Excmo Sr. Fernando Bermúdez de la Fuente

⁶⁰⁹ Sentencia citada por CAMPO MORENO, sin que conste que esté publicada en el repertorio jurisprudencial Aranzadi.

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª nº 16/2003 de 11 de marzo [JUR 2004\253112] Sumario núm. 36/1980 Ponente: Excmo Sr. José Ricardo de Prada Solaesa
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª nº 17/2004 de 3 junio [JUR 2005\190477] Procedimiento abreviado Ponente: Excmo Sr. José Ricardo de Prada Solaesa
- Sentencia de la Audiencia Nacional nº 36/2005 de 26 de septiembre [JUR 2005\219248] Sumario núm. 64/2004 Ponente: Excma. Sra. Angela María Murillo Bordillo
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 1ª, nº 83/2005 de 14 de diciembre [ARP 2005\782] Sumario núm. 12/2004 Ponente: Excmo Sr. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 31/2006 de 27 de abril [ARP 2006\179] Procedimiento abreviado núm. 12/2005 Ponente: Excma. Sra. Flor María L. Sánchez Martínez
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª nº 29/2006, de 23 de junio [JUR 2008\246927] Sumario núm. 32/2003 Ponente: Excmo Sr. Antonio Díaz Delgado
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 4ª, nº 44/2006, de 17 de noviembre [JUR 2008\285890] Sumario núm. 20/2003 Ponente: Excmo Sr. Juan Francisco Martel Rivero
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 2ª, nº 65/2007, de 31 de octubre [JUR 2007\328722] Procedimiento núm. 5/2005 Ponente: Excmo Sr. Javier Gómez Bermúdez
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Secc. 3ª, nº 6/2008, de 27 de febrero [JUR 2008\97921] Recurso de Apelación núm. 46/2006 Ponente: Excmo Sr. Félix Alfonso Guevara Marcos

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia, Secc. 2ª nº 3/2005, de 14 de diciembre [JUR 2007\4932] Recurso de Apelación núm. 4/2005 Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Martínez

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Audiencia Provincial de Valladolid, Secc. 2ª, en la Sentencia núm. 77/2002, de 4 febrero [ARP 2002\306] Recurso de Apelación núm. 36/2002 Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª) nº 37/2003, de 10 abril [JUR 2003\203870] Procedimiento abreviado núm. 1332/2001 Ponente: Ilmo. Sr. D. Angel Luis Hurtado Adrián

APÉDICE

Dada la dificultad que en la redacción de este trabajo se ha tenido para tener acceso al informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de L.O. de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, citado en el mismo, se incluye a continuación la copia del mismo con la que se ha realizado esta investigación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: Que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial,
en su reunión del día de la fecha, ha aprobado el Informe sobre el
Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal
de 1995, en materia de delitos de terrorismo, siendo del siguiente
tenor literal:**

I. ANTECEDENTES

En fecha 22 de septiembre de 1999 tuvo entrada en este Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal de 1995 en materia de delitos de terrorismo.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión del día 28 de septiembre de 1999, aprobó el siguiente informe, acordando su remisión al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

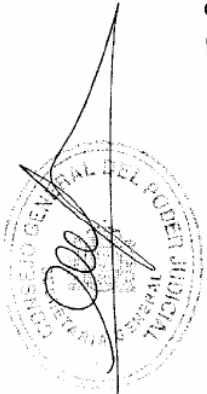
El Anteproyecto ahora sometido a informe de este Consejo General del Poder Judicial trae causa de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 136/1999, de 20 de julio, dictada en el recurso nº 5.459/1997, que fue interpuesto por la Mesa Nacional de Herri Batasuna contra la Sentencia pronunciada por la Sala Segunda del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Tribunal Supremo en la causa especial nº 840/96 en fecha 29 de noviembre de 1997.

En la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, precepto en el que el Tribunal Supremo fundamentaba su sentencia condenatoria contra los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, y que tras la reforma operada en el Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, castigaba el delito de colaboración con banda armada con las penas de prisión mayor (de 6 años y 1 día a 12 años) y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas.



El Tribunal Constitucional, en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia, después de examinar desde diferentes perspectivas el ajuste del artículo cuestionado al principio de legalidad penal (artículo 25 de la Constitución Española de 1978), llegó a la conclusión de que el referido principio resultó vulnerado en el supuesto contemplado, al existir una relevante desproporción entre la gravedad del delito que se trataba de impedir y la gravedad de la pena prevista y aplicable en el concreto caso enjuiciado.

Aunque la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional contenía expresa alusión a la innecesariedad de suscitar cuestión interna de inconstitucionalidad, toda vez que el precepto del Código Penal de 1973 utilizado por el Tribunal Supremo ya había sido derogado por el vigente Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, lo cierto es que los mismos reproches que en la sentencia se dirigieron contra la regulación de 1973 podrían, eventualmente, llegar a hacerse respecto del contenido del artículo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

576.1 del vigente Código. Por ello, en la Memoria Justificativa del Anteproyecto, se alega la conveniencia de reformar este precepto y rebajar la pena mínima en él asignada a los delitos de colaboración con banda armada, a fin de ajustarlo a la doctrina del máximo intérprete de la Constitución.

III. TENOR DE LA MODIFICACIÓN PROPUESTA

El Código Penal de 1995 sancionaba en su artículo 576.1 el delito de colaboración con banda armada del siguiente modo:

<< Artículo 576.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista>>.

El Anteproyecto sometido a informe de este Consejo General del Poder Judicial contiene un solo artículo, cuyo tenor es el siguiente:

<< Artículo único.- Modificación del Código Penal.

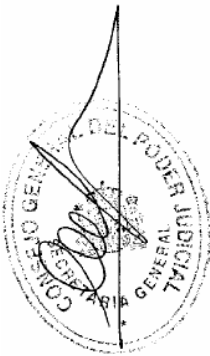
El apartado 1 del artículo 576 del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tendrá la redacción siguiente:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a diez años y multa de nueve a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista>>.

IV. ANÁLISIS DE LA REFORMA



Como fácilmente cabe deducir de lo expuesto en el apartado anterior, la modificación que se propone se circunscribe a reducir el límite mínimo de la pena prevista para los delitos de colaboración con banda armada. De este modo, la pena actualmente vigente, prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses, pasaría a ser –de prosperar la reforma proyectada- de tres a diez años de prisión y multa de nueve a veinticuatro meses.

Considera la Memoria Justificativa del Anteproyecto que esta reducción del límite mínimo de la pena otorga a los Tribunales un margen razonable de flexibilidad para "adecuar con justa proporción la sanción merecida a las circunstancias de mayor o menor gravedad concurrentes en cada caso concreto de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista".

La cuestión capital radica, por tanto, en dilucidar si esa reducción permitirá o no que los Tribunales dispongan del margen de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

flexibilidad razonable para imponer en cada caso una pena proporcionada a las concretas circunstancias concurrentes.

Para alcanzar una conclusión al respecto resulta obligado atender a los razonamientos vertidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de julio de 1999 para justificar la inconstitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código de 1973 por incurrir en vulneración del principio de proporcionalidad, razonamientos que el propio Tribunal agrupó en los cuatro factores argumentales siguientes:

1.- Aunque la conducta sancionada en el supuesto enjuiciado era potencialmente peligrosa, resultó en la realidad muy alejada del peligro que la norma aplicada pretendía evitar, dado que "no estamos ante una conducta directamente constitutiva de un resultado de colaboración con banda armada, ...sino ante un acto de colaboración tendente a tal resultado de efectiva colaboración", por lo que los autores "perdieron con ello el dominio del curso del riesgo que conducía del acuerdo delictivo al efectivo apoyo a la organización terrorista".

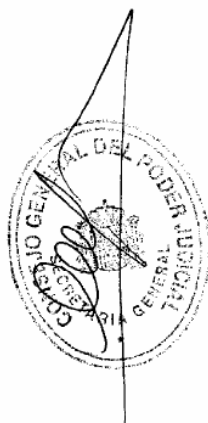
2.- En el caso contemplado la pena a imponer comportaba un coste excesivo para los valores constitucionales, al equipararse a la que correspondía a los autores de otros delitos de notoria gravedad (por ejemplo, aborto doloso no consentido por la embarazada, sedición, pertenencia a banda armada, agresiones sexuales graves, robo con torturas, etc.), y era superior a las contempladas para el mismo delito en otras legislaciones de nuestro entorno jurídico y socio-cultural (de uno o seis meses a cinco años en Alemania, de un día a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

tres años en Austria, de hasta cinco años en el Reino Unido, y de quince días a cuatro años en Italia).

3.- En el enjuiciamiento de casos como el contemplado debe tomarse en consideración la relativa gravedad de los hechos y el coste social de la norma penal cuestionada, habida cuenta de que ésta se aplica a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos, produciendo un claro efecto disuasio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyeran un ejercicio legítimo de las mismas.



4.- Finalmente, respecto de la regulación legal de este tipo delictivo ha de observarse que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada, pudiendo inhibir esta incertidumbre el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos.

De lo expuesto se colige que el Tribunal Constitucional estima que a la hora de imponer la pena ha de realizarse una ponderación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

particularizada de las circunstancias que concurran en cada supuesto concreto de colaboración con banda armada, pues no todas las conductas que pueden enmarcarse en ese concepto deben recibir el mismo tratamiento penal, habida cuenta de que no todas revisten la misma gravedad y de que en determinadas casos la imposición de una pena excesivamente rigurosa o severa puede poner en riesgo determinados valores constitucionales que resultan imprescindibles para el buen funcionamiento de un Estado democrático. Por ello, la ley –el Código Penal- debe prever un margen de flexibilidad a favor de los Tribunales a la hora de sancionar la conducta de colaboración con banda armada, de modo que se garantice de manera efectiva la posibilidad de imponer una pena realmente proporcionada a los merecimientos del autor a la vista de la totalidad de las circunstancias confluientes en el caso concreto, sin tener que acudir al procedimiento de petición de indulto previsto en el artículo 4 del Código Penal de 1995 (como propugnaba uno de los votos particulares que se hicieron a la sentencia).

Esta tarea de adecuación de la entidad de las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de colaboración con banda armada a los postulados del principio de proporcionalidad es, como reconoce el Tribunal Constitucional, una labor propia del Poder Legislativo, y en este sentido, la sentencia de 20 de julio de 1999 establecía expresamente: “En casos como el que ahora nos ocupa, es claro que siempre entrará dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la técnica o la vía concretas para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas, sin que a este Tribunal, como es lógico, corresponda especificar ninguna de ellas”.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por ello, desde esta perspectiva cabe sostener que la elección del "quantum" de reducción de la pena contemplada en el vigente artículo 576.1 del Código Penal de 1995 para el tipo delictivo analizado constituye una facultad reservada al legislador, cuyo ejercicio ha de entenderse como manifestación de su libertad de criterio para optar por la vía que estima más adecuada para garantizar la vigencia del principio de proporcionalidad.

Puede concluirse, por tanto, afirmando que la reforma propuesta se ajusta plenamente a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, en la medida en que se enmarca en el ámbito de libertad de configuración penal que corresponde al Poder Legislativo y otorga a los Tribunales el margen de flexibilidad suficiente para imponer en cada caso una sanción proporcionada a las circunstancias del hecho y del culpable, sin perder de vista, como es lógico, que el delito de colaboración con banda armada se refiere siempre a conductas intrínsecamente graves e indeseables en un Estado democrático que, por tal motivo, han de ser sancionadas.

Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.