

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DIVERSOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LOS PRINCIPALES TIPOS DELICTIVOS APlicados RESPECTO DEL TERRORISMO DE ETA¹

Gema Varona Martínez

Doctora en Derecho, Diplomada en Criminología y
Máster en Sociología Jurídica

Contenidos del capítulo

I. EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS DEFINIDORES DEL CONCEPTO DE TERRORISMO: 1. Elementos definidores; 1. 1 Finalidad y medios; 1. 2 Actuación dentro de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

II. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS TIPOS DELICTIVOS Y DE CUESTIONES RELACIONADAS CON ELLOS: 1. Delitos de riesgo catastrófico; 2. Atentados terroristas contra la vida, la integridad o la libertad; 3. Depósito de armas o municiones; 4. Otras infracciones penales con fines terroristas; 5. Atentados contra el patrimonio con fines recaudatorios; 6. Colaboración terrorista: 6. 1. Requisitos y supuestos; 6. 2. Principio de proporcionalidad de las penas; 7. Terrorismo individual; 8. Enaltecimiento, justificación o humillación a las víctimas; 8. 1 Cambios legales en relación con el delito de enaltecimiento; 8. 2. Consideración jurídica distinta de un delito de terrorismo; 8. 3. Elementos destacados en la interpretación del tipo penal; 8. 4 En particular, el delito de humillación a las víctimas; 9. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos de terrorismo; 10. Pena de inhabilitación absoluta por tiempo superior a la pena privativa de libertad impuesta; 11. Rebaja de la pena en caso de abandono voluntario, confesión y colaboración activa: 1. Referencia a algunos problemas procesales que suscitan ciertas formas de colaboración; 2. La colaboración valorada como atenuante genérica, analógica o específica, o considerada para la solicitud de indulto; 12. Equiparación de las condenas de jueces extranjeros.

III. REFLEXIONES FINALES

Este capítulo se ciñe a la variación en el tiempo de la interpretación judicial referida a los delitos de terrorismo de ETA². No se trata de un análisis del marco legal, ni tampoco

¹ Este texto fue entregado a principios de diciembre de 2008 por lo que todas las referencias normativas, jurisprudenciales y doctrinales deben entenderse actualizadas hasta entonces. El listado bibliográfico del presente capítulo se recoge al final del capítulo relativo a la evolución jurisprudencial sobre aspectos de la ejecución de las sentencias.

doctrinal³. Se ha acudido, como fuente directa, a la jurisprudencia penal del TC, del TS y de la AN⁴. Como fuentes indirectas, hemos contado con diversos trabajos doctrinales que analizan dicha jurisprudencia. Conjuntamente, dentro de una perspectiva jurídica, no dejan de apuntarse consideraciones criminológicas relevantes para aquella.

Siguiendo el esquema general propuesto por los coordinadores de la investigación, el lector encontrará a continuación la evolución jurisprudencial que pueda haberse producido significativamente en el último decenio⁵. Como guía de exposición, se ha seguido el orden sistemático del Código penal actual, sin perjuicio de citar sentencias referidas a la regulación anterior sobre elementos similares o relacionados. Dentro de dicho orden sistemático, destacamos por su interés la jurisprudencia relativa a tres conceptos: terrorismo, apología y proporcionalidad.

I. EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS DEFINIDORES DEL CONCEPTO DE TERRORISMO

El dinamismo y la falta de concreción del concepto normativo de terrorismo, a lo largo de la historia jurídico-penal reciente⁶, justifican en parte las variaciones de la propia interpretación judicial. Por su carácter, no debe exigirse que las decisiones judiciales sean estables, pero sí congruentes, al menos a corto plazo, y siempre razonadas constitucionalmente.

1. Elementos definidores del terrorismo

En la STS 2/1997, de 29 de noviembre, se indica que “la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”⁷. No obstante, no debe olvidarse que toda definición implica reduccionismo en aras a la inteligibilidad y la simplificación de una realidad dinámica y compleja.

Ante la ausencia de una definición legal expresa de terrorismo, tanto en el ámbito interno como internacional, debe acudirse a la descripción que el CP efectúa de los distintos tipos de los delitos de terrorismo, ubicados actualmente dentro de los delitos contra el orden público. Por su parte, en los arts. 515. 2 y 516 CP, dentro de los delitos contra la Constitución, se entiende que las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas son asociaciones ilícitas, estableciendo las penas correspondientes. Obviamente, la normativa interna debe integrar las obligaciones internacionales que haya adquirido y adquiera el Estado español,

² No obstante, de forma excepcional, se citarán sentencias referidas a otras organizaciones terroristas que han operado o siguen operando en el territorio español.

³ Únicamente se citan los estudios doctrinales más relevantes, respecto de los propósitos de este capítulo, referidos a la jurisprudencia o a determinadas sentencias.

⁴ Incluyendo aquí resoluciones tanto de la Sala de lo Penal, como de los JCP, JCM y JCVP.

⁵ Dentro de los límites temporales fijados en la presente investigación, si bien nos centramos en el período que abarca los años de 2000 a 2007, se han incluido algunas sentencias anteriores y posteriores a dicho tramo temporal, por su relevancia concreta para los temas tratados.

⁶ Vid., en este sentido, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 15.

⁷ GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal”, p. 35, quienes, en las siguientes páginas, también repasan la normativa internacional más relevante, de carácter universal y regional. Cfr. CARBONELL MATEU, “Terrorismo” y ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico”.

especialmente relevantes, por ejemplo, en materia de financiación del terrorismo y detención (europea)⁸.

Los tribunales serán los que, en última instancia, den vida a los artículos de los textos jurídicos. Ello no plantea cuestiones irresolubles de inseguridad jurídica respecto del concepto de terrorismo. En la STC 89/1993, de 12 de marzo, se indica que la “ausencia de tal definición no supone problema alguno de constitucionalidad al existir instrumentos internacionales y una asentada jurisprudencia que permite inferir a qué realidad se refiere el término terrorismo”⁹.

De la legislación actualmente en vigor, pueden distinguirse tres elementos definidores del terrorismo analizados por los tribunales: su finalidad, sus medios violentos y/o su carácter organizado¹⁰. Podríamos resumir la evolución de la jurisprudencia, en línea con la legislación, diciendo que se pone el énfasis en el elemento teleológico o finalístico más que en el organizativo o estructural, de forma que puede distinguirse así la gravedad del terrorismo frente a otras formas de criminalidad organizada, tal y como se ha definido universalmente a través del Convenio de Palermo¹¹. Por otra parte, el art. 577 CP permite hablar de terrorismo individual. A continuación, repasaremos algunas sentencias que recogen dichos aspectos definidores de forma conjunta o enfatizan uno por encima de otro.

A) Finalidad y medios

Las **SSTC** 199/1987, de 16 de diciembre, y 89/1993, de 12 de marzo, se centraron en la **finalidad** del terrorismo y en sus **medios violentos**. El terrorismo pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar violentamente el orden constitucional democrático¹². En la misma línea, las SSTS, de 24 de octubre de 1987; de 12 de junio de 1989; de 8 de mayo de 1993; y 14 de diciembre de 1993¹³ se refieren a la “tendencia interna intensificada” en este tipo de delitos, debiéndose atender a la “actitud anímica inmediata de los sujetos”, independientemente de que operen también otro tipo de motivaciones. Esta finalidad debe probarse (SSTS, de 25 de febrero de 1987; de 6 de febrero de 1989; y de 12 de junio de 1989). El concepto de paz pública resulta más amplio que el de orden público (STC 59/1990, de 29 de marzo; SSTS, de 25 de febrero de 1987; de 16 de octubre de 1991; y de 29 de noviembre de 1994). Además se requiere una alteración grave de la misma como finalidad terrorista.

La **STS** 2838/1993, de 14 de diciembre, se refiere **tanto al elemento estructural como finalístico, así como a los medios violentos**. También la **STS** 2/1997, de 29 de noviembre, contra los miembros de la Mesa Nacional de HB, hace alusión a dichos aspectos. Define el terrorismo como “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 destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido” ya que “ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política (puede resultar) ... homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político y la libertad ideológica”.

⁸ No se aludirá aquí al debate internacional sobre el terrorismo como crimen internacional. Cfr, en todo caso, en su consideración sobre la gravedad y persistencia en el tiempo de las acciones de ETA, BARAFFI, “Actos o situación de terrorismo”.

⁹ Son palabras de GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal”, p. 50, en referencia a dicha STC.

¹⁰ Véase, en general, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, pp. 27 a 28; y 37 a 44, a cuya obra acudimos profusamente dentro de las fuentes indirectas utilizadas.

¹¹ En el que, finalmente, no se incluyó expresamente el terrorismo, como proponía España.

¹² La primera resuelve los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los Parlamentos vascos y catalán frente a la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas. La segunda se dictó frente al recurso del Parlamento vasco contra la LO 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del CP.

¹³ Véanse más referencias de SSTS en CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 29.

La STS 633/2002, de 21 de mayo, se refiere también al elemento subjetivo o finalidad perseguida con los actos cometidos violentamente: “la actividad delictiva de ETA tiene por finalidad obtener la independencia de Euskadi, no como opción ideológica, que como tal puede tener cabida en el marco del pluralismo político que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, sino como **imposición de una opción que excluye las demás y busca el exterminio del pluralismo ideológico mediante los más graves actos de aterrorización social**¹⁴”. En definitiva, no es compatible con la Constitución un proyecto político defendido mediante la vulneración de principios democráticos o derechos fundamentales (STC 48/2003, de 12 de marzo). Son bandas armadas “tanto las que pretendan alterar el orden establecido ... como la grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento ... o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva” (STS 2/1998, de 29 de julio)¹⁵.

La STS de 19 de enero de 2007 casó la SAN de 2005 que declaró asociaciones ilícitas a JARRAI-HAIKA-SEGI (art. 515. 1 CP). El TS las consideró de carácter terrorista (art. 515. 2 CP)¹⁶. En dicha STS se dice: «es fácil concluir que JARRAI-HAIKA-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001; que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados; que utiliza artefactos explosivos o incendiarios; que causa daños, coacciones y amenazas, mediante *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* cominatorios¹⁷. Y que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y controlada por ETA». Ello supone entender que no se trataba meramente de una asociación para cometer algún delito, sino que pretendía producir temor, atacando al conjunto de la sociedad o atentando contra la paz pública, por lo que la AN la incardinó en el número segundo del art. 515 CP como organización terrorista¹⁸.

En el voto particular discrepante del magistrado del TS Joaquín Giménez García se concluye “que por la naturaleza complementaria de la actividad de J-H-S, por la exigencia de mantener un concepto muy restringido de banda armada o grupo terrorista, por la inidoneidad de los medios empleados y por el respeto al principio de proporcionalidad penal, Jarrai-Haika y Segi no pueden ser estimadas como organización terrorista”.

Entre las sentencias dictadas por la AN, la 30/2000, de 5 de junio, incide en el aspecto teleológico al señalar que las conductas deben realizarse con el ánimo específico de buscar la subversión del orden constitucional o la alteración de la paz pública. Por su “correcta disposición sistemática”, Capita Remezal destaca la SAN 28/2000, de 20 de octubre¹⁹. Otros

¹⁴ En todo caso, en esta sentencia no se olvida la conducta típica ya que se indica que “el terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva”.

¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal”, pp. 46 a 48.

¹⁶ Sobre este asunto, véase en la doctrina FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “JARRAI-HAIKA-SEGI”.

¹⁷ URBANO, “El terrorismo como forma”, pp. 13 a 14, se refiere a algunas de las acciones concretas citadas en la sentencia como material probatorio: “alguna tan significativa como la presión, con especial señalamiento, a los profesionales de los medios de comunicación social, de la *Audiencia Nacional*, de *banqueros* y *políticos*. Y así, en la sede de HAIKA —organización resultante de la fusión de Gazteriak, operativa en el sur de Francia y de Jarrai— se intervino en una libreta, bajo la referencia «tensionamiento», las direcciones en Bilbao de EFE, EUROPA PRESS, EL CORREO, TIEMPO, EL MUNDO, EL PAÍS, RNE, SER, TVE y ANTENA3; esto es, todos los medios que HAIKA caracteriza como «no vascos». La función que tiene para HAIKA tal relación de direcciones se comprende si se tiene en cuenta que estos mismos medios, acusados reiteradamente de «perros de la pluma y del micrófono», son habitualmente objeto de los ataques de la «*kale borroka*»”.

¹⁸ Vid. URBANO, “El terrorismo como forma”, p. 14.

¹⁹ Vid. CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 28.

autores citan numerosas sentencias de la AN donde se alude a la meta independentista por medios violentos²⁰.

En casos del terrorismo del GAL, en la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1991, en el asunto Amedo, no se advirtió propósito de destruir el orden democrático. No obstante, en reiterada jurisprudencia del TS se afirma que no cabe distinguir entre terrorismos ya que también se persigue desestabilizar al Estado democrático cuando se afirma que los medios legales resultan insuficientes en la lucha contra el terrorismo (SSTS 25 de enero de 1993 y 14 de diciembre de 1993)²¹.

B) Actuación dentro de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas

Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas suponen una variedad agravada respecto de las asociaciones ilícitas y ello se justifica jurisprudencialmente porque aquéllas “buscan la subversión del orden social establecido o la derrocación del sistema democrático … por métodos violentos, inhumanos e insolidentes que en el supuesto de la organización terrorista … implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles” (STS 338/1992, de 12 de marzo). Adicionalmente, la organización terrorista supone, entre otras cuestiones, un carácter reiterado y sistemático en las acciones violentas (SSTS 1025/2007, de 19 de enero, y 11/2006, de 16 de enero)²².

La STC de 12 de marzo de 1993, desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento vasco al entender que los términos *elementos u organizaciones terroristas* de la LO 4/1988, de 25 de mayo, de reforma del CP, así como la ausencia de definición de terrorismo, vulneraba el principio de legalidad. Como ha sido mencionado anteriormente, el TC subrayó que se trata de términos entendibles en la propia cultura jurídica, como se demuestra por su utilización en los arts. 13. 3 y 55. 2 CE, y por la ratificación de instrumentos internacionales en la materia. La STC 199/1987, de 16 de diciembre, insistió en el elemento estructural u organizativo de la definición de terrorismo, siendo prácticamente asimilables los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista, si bien puede matizarse la entidad organizativa. Ahora bien, sólo tiene la característica de “terrorista” la banda, organización o grupo que desarrolle una finalidad determinada (provocar el terror en la sociedad o alterar gravemente el orden democrático). Algunas sentencias, exigen, además, las características organizativas de permanencia y jerarquía²³.

En todo caso, la STC de 12 de marzo de 1993 ya se refiere a la posibilidad, menos frecuente pero existente, de terrorismo individual ya que lo verdaderamente distintivo del terrorismo es el propósito o el efecto de “difundir una situación de alarma o de inseguridad

²⁰ Si bien se ciñen a los dos primeros años de los noventa, se pueden encontrar a lo largo de toda la historia de la AN en este campo. Vid. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 29, nota 24.

²¹ Sobre este asunto en la doctrina, véase PORTILLA, “Terrorismo de Estado”, p. 501.

²² GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal”, pp. 44 a 45.

²³ Véanse las SSTS 338/1992, de 12 de marzo, sobre el llamado caso Amedo y Domínguez; así como las de 25 de enero de 1982; 25 de enero de 1988 y 27 de mayo de 1988. Estas dos últimas sentencias son citadas por la AN en su sentencia 28/2003, de 28 de julio. URBANO CASTRILLO, “El terrorismo como forma”, p. 18, señala las consecuencias positivas de considerar el terrorismo básicamente como crimen organizado: “Participa de las características o rasgos básicos de los grupos criminales y presenta algunos matices de gran interés que sirven para singularizarlo, y que concretamos aquí en sus conexiones con grupos de apoyo de diversa naturaleza, políticos, juveniles, medios de comunicación... De ahí que el mejor tratamiento no sea el policial, simplemente, sino el recurso al instrumento jurídico: ilegalización de los partidos que le dan cobertura política, la disolución de las asociaciones ilegales que le apoyan, el silenciamiento de sus medios de comunicación y la asfixia económica, tapando sus vías de financiación pública. De este modo, se deslegitima uno de los *leit-motiv* machaconamente repetidos por los propios terroristas y por quienes les comprenden/justifican/apoyan: que se trata de un problema político. No, el terrorismo no es un fenómeno político —a eso es a lo que aspiran, a que se les dé trato de tal— sino una modalidad de criminalidad organizada en la que lo principal no es sino el *modus operandi*, convertido en un *modus vivendi*. La gravedad del mismo deriva de su esencia antidemocrática. El terrorista no se conforma con un «no». Mata, extorsiona, secuestra, amenaza si no se le da la razón. Trata de influir en las elecciones y se instala en un chantaje permanente cuyo caldo de cultivo es un apoyo más o menos difuso que le permite sobrevivir y actuar”.

social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esa actividad delictiva”.

En la STC 199/1987 se mencionó, dentro del concepto de **banda armada**, la noción de estabilidad y la disponibilidad de armas de defensa o de guerra, así como sustancias o aparatos explosivos, junto con la entidad suficiente para provocar terror en la sociedad. Esta doctrina ha sido seguida por el TS y la AN. La STS 2/1998, de 29 de julio, definió banda armada como una pluralidad de personas para un mismo fin, con estabilidad temporal, que utiliza armamento que puede causar alarma social, atemorizando a un grupo de personas o a la población en general, dentro de su finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. En el concepto de organización terrorista se incide en el elemento subjetivo de infundir terror, de forma más cruenta²⁴. El TS no ha variado esta línea interpretativa en su doctrina posterior²⁵. Este criterio se sigue también en la sentencia de la AN 60/2006, de 8 de noviembre, encontrándose ya una definición muy clara de banda armada en las SSAN de 6 de junio de 1990 y 27 de noviembre de 1991.

Por **organización terrorista**, en la SAN, de 31 de marzo de 2006, el tribunal entendió la concurrencia de tres requisitos: una pluralidad de personas, con relaciones de jerarquía y estabilidad en el tiempo; con el objetivo de cometer acciones violentas contra personas y cosas; y con la finalidad de alterar el orden democrático, mediante el miedo, signo distintivo del terrorismo. La STS de 12 de marzo de 1993, que resolvió en casación el recurso contra la SAN en el caso Amedo, se centró en la falta del elemento estructural: “... la actuación enjuiciada ... no excede sin embargo de una mera, pero rechazable y repudiable, asociación que sin mayor esquema organizativo ... planeó los objetivos y las finalidades explicadas por la Audiencia”²⁶. La SSTS de 18 de abril de 1996; 31 de octubre de 1996; y 11 de noviembre de 1996 insisten en que la organización requiere dos o más personas que programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consensuada, con una vocación de continuidad.

Fuera del art. 577 CP, como terrorismo individual, sólo pueden cometer los tipos delictivos de los arts. 571 a 574 CP quienes pertenezcan, actúen en servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La sentencia de la AN 73/1997, de 27 de noviembre, entiende que la **integración o pertenencia** queda probada cuando se confiesan los hechos, cuando se forma parte de los comandos terroristas o grupos de apoyo, cuando se entregan aportaciones económicas periódicas o se facilita información útil. La pertenencia implica ser miembro o formar parte de la asociación terrorista, siguiendo las directrices, sirviendo a los objetivos perseguidos, con vínculos estables, asumiendo la jerarquía y la disciplina de dicha asociación. También se han pronunciado en este sentido sentencias más recientes, como la SAN 6/2007, de 7 de febrero, y la STS 1127/2002, de 17 de junio²⁷. La permanencia de la persona en su ideario, la sintonía con sus fines o su deseo de permanecer en ETA no supone necesariamente pertenencia a banda armada (STS 149/2007, de 26 de febrero, caso De Juana).

En la STS de 7 de noviembre de 2008, sobre el intento de atentar contra la AN por parte de terroristas islamistas, el TS, a diferencia de la AN que maneja criterios más flexibles, no incluye dentro de las células terroristas a los círculos concéntricos al núcleo central y excluye la integración si no se prueba la decisión o aceptación de participar en la imposición violenta de las ideas. Deben existir pruebas más allá de la ideología radical, aunque los procesados lleguen a “proclamar sus convicciones sin ocultar sus deseos de acabar con los

²⁴ Vid. CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 73.

²⁵ Véanse, anterior y posteriormente a la sentencia citada, las SSTS 5 de febrero de 1988; 17 de marzo de 1993; 18 de septiembre de 1995; 546/2002, de 20 de marzo; 633/2002, de 21 de mayo; 1541/2004, de 30 de diciembre; 19 de enero de 2007; y 119/2007, de 16 de febrero.

²⁶ Para referencias a otras sentencias, vid. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 33, nota 33.

²⁷ Todas ellas citadas en CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 66.

infieles” o “anhelar la eliminación de líderes políticos”²⁸. En todo caso, el TS no encuentra reprochable que los servicios de inteligencia investiguen a un amplio espectro de personas, pero se debe ser “exigente a la hora de aplicar el derecho penal en una sociedad democrática” ya que “cuando abordamos la intervención del Derecho penal en las fronteras de la ideología, no es posible convertir todo este bagaje de declaraciones y confesiones de creencias en un hecho delictivo de integración en banda armada”. En líneas generales, dicha sentencia sigue la anterior STS del 17 de julio de 2008, sobre el 11-M, que confirmó la mayoría de las condenas de la AN²⁹. En todo caso, en contraste con la jurisprudencia en relación con ETA, en el terrorismo yihadista la finalidad de alterar el orden constitucional se entiende de forma más amplia.

La SAN 65/2007, de 31 de octubre, sobre el 11-M, establece que: “La diferencia entre el delito de pertenencia a banda armada y la colaboración no depende del tipo o clase de acto ejecutado, sino de quien lo ejecute y de su vinculación, permanente o episódica con el grupo terrorista”.

La jurisprudencia ha incluido, entre otros supuestos de pertenencia a banda armada, recibir y expedir folletos explicativos de la organización terrorista, poseer libros sobre manejos de explosivos, captar a individuos para la causa (SAN de 21 de junio de 1992), hacerse responsable de unos agujeros para guardar material necesario para realizar atentados, poseer la máquina de escribir con la que se consignaron los datos de una posible víctima, tener pisos y locales que cobijan a activistas, guardar armas y explosivos, enviar una carta exigiendo la entrega de dinero, aceptar quedar encuadrado en un grupo armado, tener conocimiento y disponibilidad de un buzón, participar en la construcción de un zulo, facilitar llaves, realizar un cursillo de adiestramiento... (SSAN de 21 de mayo de 1990; 19 de junio de 1990; 27 de junio de 1990; 12 de diciembre de 1990; y 16 de noviembre de 1991). La pertenencia a banda armada puede deducirse, entre otras pruebas, de la propia inculpación del procesado, siempre respetando las garantías procesales estudiadas en el capítulo sobre la tutela judicial efectiva (véanse las SSAN de 24 de enero de 1990; de 30 de marzo de 1992; y de 9 de enero de 1997).

Cuando no se estiman suficientes las pruebas que acreditan una conexión estable con la organización, la AN ha entendido que existe sólo colaboración en supuestos de recoger, trasladar y cobijar, reiteradas veces, en un piso de la propiedad del acusado, a distintos miembros de una organización (SAN de 8 de noviembre de 1990). Excepcionalmente, en algunas SSAN de los años ochenta se concluyó que el estar encuadrado en un comando constituía tentativa delictiva de integración al no constar la producción de resultados (SSAN de 4 de noviembre de 1987; y 19 de octubre de 1990).

La SAN 3/2007 de 2 de febrero realiza la siguiente distinción entre pertenencia y colaboración con banda armada: “El delito de asociación ilegal es de naturaleza eminentemente formal y pasiva y basta para que exista la mera constitución en alguna de sus diversas manifestaciones de la entidad ilegal, penándose su existencia por este solo hecho, sin que absorba las actividades delictivas que la asociación realiza. La diferencia entre la pertenencia y la colaboración estriba en que el primero es miembro de la organización y forma parte de ella, siguiendo sus directrices, sirve y no ayuda a los objetivos y propósitos perseguidos. La pertenencia supone la existencia de unos vínculos de alguna manera estables, que le determinan a asumir la jerarquía y disciplina”. Los requisitos que se requieren para el delito de integración con banda armada, según reiterada jurisprudencia, entre la que se

²⁸ Los estudios empíricos sobre prevención señalan, sin embargo, que en el caso del terrorismo islamista, ante la disposición suicida no se necesita una gran estructura para pasar de la idea al acto por lo que se debería estudiar la viabilidad de que el control penal abarque también, con las debidas garantías, las fases preparatorias de posibles atentados. Vid. REINARES y ELORZA, *El nuevo terrorismo*. Cfr. REINARES, “¿Coinciden el gobierno?”. De hecho en la STS de 7 de noviembre de 2008 se indica que la legislación penal puede tener lagunas respecto de la complejidad del yihadismo. Ante la legislación actual, la sentencia citada deja fuera de la sanción penal “aquellas conductas exaltadas, potencialmente peligrosas, pero que sólo permiten la adopción de medidas de prevención ante unos sujetos potencialmente proclives a llevar a cabo acciones que evidencien que la idea no se ha quedado en la mente del autor, sino que ha pasado a la acción”.

²⁹ Véanse también respecto de este tipo de terrorismo las SSTS de 25 de octubre de 2007 y 31 de mayo de 2006.

encuentra la STS de 16 de junio de 2002, son los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de una banda armada u organización terrorista, que exige pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. En definitiva, se pretende actuar criminalmente con finalidad política. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden, para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales).

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere 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 que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

c) Elemento material u objetivo. Realización o posibilidad de realización o de llevar a cabo actividades de colaboración con la banda, que contribuyan a alcanzar la finalidad que el grupo persigue.

El delito de pertenencia a banda terrorista es un delito permanente, como recoge entre otras la STS de 22 de diciembre de 2003. Por tanto, una pluralidad de acciones que se realizan mientras subsiste la vinculación con la banda terrorista, integrarán un único delito de pertenencia a banda armada, sin perjuicio de los concursos que existan con otros delitos. No obstante, la eficacia de cosa juzgada de la condena anterior no puede proyectarse hacia el futuro, generando la impunidad de futuras acciones. Así en este caso juzgado en la SAN 37/2007, en que con la desarticulación del comando, juzgado y condenado por esas acciones el procesado, al haberse acreditado una reanudación activa y eficaz posterior, debe estimarse la existencia de un nuevo delito de pertenencia a banda terrorista³⁰. No basta seguir compartiendo desde prisión los objetivos de la organización, y felicitándose por sus acciones ya que ello no supone la existencia de un nuevo delito de pertenencia a banda terrorista. Se requiere probar como elemento del delito la actividad material que ha de servir para coadyuvar a los objetivos de la banda.

Por tanto, en la práctica jurisprudencial, el delito de integración o pertenencia en ETA implica probar la vinculación del procesado con dicha banda u organización mediante la constatación del desempeño de acciones que le han sido encargadas³¹. Respecto de la posición jerárquica, los promotores y directores de la organización terrorista se identifican, siguiendo los criterios del TS, respecto del tipo de actividad desarrollada, la peligrosidad, la gravedad de los hechos y la posición orgánica y funcional desempeñada dentro de la organización³².

Para terminar este apartado, cabe indicar que, en opinión de algunos autores, actualmente se advierte "la tendencia jurisprudencial a calificar como integración en banda armada conductas que con anterioridad sólo eran constitutivas de colaboración o que incluso

³⁰ Vid. también la STS de 2 de noviembre de 2007. Según esta sentencia, es posible que un individuo "juzgado y considerado miembro de una organización terrorista, pude en el futuro decidir integrarse de forma activa y eficaz en la misma con participación en sus fines, cometiendo de nuevo otro delito de pertenencia a banda armada, además y lo que es más importante, que la eficacia de cosa juzgada no puede proyectarse en el futuro, generando la impunidad de nuevas acciones". Se confirma así la condena de la AN por un nuevo delito de pertenencia a banda armada.

³¹ De forma general y sintetizadora, CAMPO MORENO señala los requisitos del delito de integración en banda armada u organización terrorista exigidos, desde finales de los ochenta y en la década de los noventa, por las sentencias de la AN y la jurisprudencia del TS, en *Represión penal del terrorismo*, pp. 44 a 45.

³² Véanse las obras de García-Pablos en la materia citadas por CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 45.

debieran estar fuera del ámbito penal por suponer la criminalización de meros fines políticos”³³. Sobre la colaboración se tratará más adelante.

II. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS TIPOS DELICTIVOS Y DE CUESTIONES RELACIONADAS CON ELLOS

Dejando a un lado la totalidad de los elementos correspondientes a cada tipo delictivo, aspecto tratado en otros apartados de la investigación concernientes a la legislación y la doctrina, espiamos ahora cuestiones aisladas y concretas que han sido objeto de evolución o precisión jurisprudencial.

1. Delitos de riesgo catastrófico (estragos e incendio, art. 571 CP)

Estragos terroristas. Para el delito de estragos terroristas, se exigen los requisitos propios del art. 346 CP. De los hechos probados debe deducirse que concurrieron la gravedad y el efectivo peligro de los medios utilizados, aunque la zona hubiera sido desalojada previamente por la policía (STS 1767/2001, de 8 de octubre). Si se producen lesiones o muerte de personas, estaremos ante un concurso real de delitos (SAN 136/2006, de 15 de febrero). Respecto de la cuantía del daño, lo importante es considerar el daño potencial, no el efectivamente producido (STS de 25 de septiembre de 1987).

La SAN 49/1998, de 3 de diciembre, consideró local público la sala donde se ubica un cajero, en orden a evaluar el lugar donde se produce el delito de estragos (art. 241. 3 CP). Además, en la STS 848/2004, de 2 de julio, en el caso Hipercor, se tuvo en cuenta el horario de apertura al público³⁴.

Incendios terroristas. Como en los estragos, también en los delitos de incendios terroristas, los tribunales han de tener en cuenta las circunstancias del delito (lugar, hora, posibilidad de afectar a las personas), siendo lo relevante la producción de peligro (SSTS de 10 de octubre de 1986; y 24 de octubre de 1998), ya que se trata de un delito de mera actividad. Así puede apreciarse en el estudio específico de las sentencias del JCM. Si no se lograra que comience a arder el objeto atacado utilizando el instrumento incendiario, estaríamos ante una tentativa de incendio (STS 1989/1994, de 15 de noviembre).

2. Atentados terroristas contra la vida, la integridad o la libertad (art. 572 CP)

En todas las conductas tipificadas en el art. 572, matar, lesionar, detener ilegalmente, secuestrar, amenazar y coaccionar, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, debe existir un dolo específico de realizar estas acciones (SSTS 1473/1997, de 28 de noviembre; y 1115/1998, de 2 de octubre), admitiéndose el dolo eventual (SSTS 861/1997, de 11 de junio; 848/2004, de 2 de julio; y SAN 22/1999, de 18 de mayo).

No es preciso que se produzca el daño al bien jurídico colectivo (el orden constitucional o la paz pública), pero sí al bien individual (vida, integridad o libertad de una persona o de varias), para aplicar el art. 572 en grado de consumación³⁵ (SAN 38/1998, de 29 de junio, sobre el secuestro de Ortega Lara).

³³ En este último caso, esta autora cita los procedimientos del Sumario 18/98 (caso *Ekin*) y el relativo al periódico *Egunkaria*, en LAMARCA PÉREZ, “Prólogo”, p. 12. En sentido contrario, véase PORTERO, *La trama civil de ETA*.

³⁴ Esta sentencia confirma la de primera instancia de la AN de 23 de julio de 2003. Respecto del acuerdo doctrinal con esta línea jurisprudencial, véase CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 87.

³⁵ Sobre ello, véase CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 98.

La doctrina jurisprudencial admite como formas de participación la cooperación necesaria y no necesaria, recurriendo a las teorías de la equivalencia de las condiciones, del dominio del hecho y de los bienes escasos³⁶.

Respecto del secuestro, la STS de 27 de junio de 1994 entiende que la conducta de mediar o intervenir como intermediario en un secuestro, en representación de la víctima, resulta atípica³⁷. En otro caso, si la duración de la detención es escasa, estaríamos ante coacciones o una conducta atípica (STS de 28 de noviembre de 1994).

En cuanto a las amenazas, éstas deben ser condicionales y graves (SAN 60/2006, de 8 de noviembre). El art. 572. 1. 3º tipifica las amenazas a personas concretas y no a grupos de personas (STS 149/2007, de 26 de febrero, en el caso De Juana³⁸). Es posible que las amenazas de produzcan de forma imperfecta cuando no llegan al destinatario al ser intervenidas por un tercero (STS de 20 de mayo de 1994).

3. Depósito de armas o municiones (art. 573 CP)³⁹

La consumación de las conductas descritas en el art. 573 requiere posesión o disposición, no utilización (STS 1237/1998, de 24 de octubre) y, en ningún caso, peligro o riesgo para la vida o integridad de las personas (Auto del TS de 28 de octubre de 1998). En caso de que se produzcan los resultados previstos en los dos artículos precedentes, esta conducta queda subsumida en ellos (SAN 65/2007, de 31 de octubre). La SAN 49/1998, de 3 de diciembre, consideró que la tenencia de sustancias o aparatos explosivos supone la disponibilidad de los mismos, aunque no se hayan construido o transportado personalmente.

En caso de depósito de armas y también de explosivos estamos ante un concurso real de diferentes delitos tipificados en el mismo art. 573 (STS 1237/1998, de 24 de octubre; SSAN 73/1997, de 27 de noviembre, y 124/1999, de 4 de junio). La STS 1304/2003, de 10 de octubre estimó un concurso ideal entre el suministro y el depósito de armas de guerra y sustancias o aparatos explosivos de los tipos comunes (arts. 566.1º y 568 CP) con los tipos de terrorismo (573 CP). Por el contrario, en otras sentencias precedentes, el TS negó la existencia de este tipo de concurso (STS 1346/2001, de 28 de junio). En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 699/2007, de 17 de julio, respecto de la relación entre los delitos de tenencia de armas, armas de guerra o el delito de tenencia de explosivos.

4. Otras infracciones penales con fines terroristas de los que pertenezcan, actúen o colaboren con banda armada, organización o grupo terrorista (art. 574 CP)

La distinción entre estas conductas y las de colaboración terrorista se funda en la independencia de las primeras que tienen en sí mismas desvalor (STS de 25 de abril de 1997). La AN ha considerado bajo el art. 574 CP diferentes modalidades de robo (SSAN 24/2003, de 13 de junio; y 54/2005, de 26 de diciembre), aunque en alguna sentencia anterior configuró las conductas bajo el art. 575 CP, al haber sido calificado de este modo por el Ministerio Fiscal (SAN 28/2000, de 20 de octubre). Además del robo, podrían entrar dentro del art. 574 las falsedades en documento público (SAN 6/2007, de 7 de febrero) y las amenazas (SAN de 17 de enero de 2001).

³⁶ Sobre la aplicación de estas dos últimas en relación con un delito de asesinato terrorista, véase la SAN 24/2003, de 13 de junio.

³⁷ Abordaremos esta cuestión en el epígrafe sobre la colaboración.

³⁸ En este caso, en el voto particular de Giménez García se citan sentencias anteriores en que no se llegó a considerar amenazas, así las SSTS de 2 de julio de 1999, 7 de marzo de 2005, y 6 de marzo de 2006.

³⁹ Véase de forma más extensa en CRUZ BLANCA, *Régimen penal*.

5. Atentados contra el patrimonio con fines recaudatorios (art. 575 CP)

Estamos ante delitos patrimoniales con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que se conceptúan como actos específicos de colaboración al terrorismo. Hemos encontrados escasos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con ETA, si bien alguno puede haber tenido mayor repercusión pública. Respecto de la AN, en la sentencia 28/2003, de 28 de julio, se condenó a una mujer por robo con fuerza en las cosas del artículo 575 en relación con los artículos 237, 238.3^a y 244.3^a CP. Esta resolución fue recurrida y resuelta por la STS de 16 de julio de 2004, sin que se realizasen variaciones interpretativas significativas al respecto.

En la STS 1987/2005, referida a los GRAPO, se distingue entre este delito y el recogido en el artículo precedente del CP: “También es cierto que en el artículo 575 del mismo texto legal se castiga la conducta de quien con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, conducta que aparece castigada con mayor pena que la prevista en el artículo anterior, en cuanto permite imponer la pena superior en grado a la que correspondiese al delito cometido, cuando el artículo 574 únicamente permite imponer la pena en su mitad superior. Este artículo 575 requiere otros elementos objetivos del tipo que las acusaciones no han debido considerar concurrentes y se han decantado por el artículo 574, en el que se subsume, por lo antes expuesto y con menor pena, la conducta del recurrente”⁴⁰.

6. Colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista (art. 576 CP)

A) Requisitos y supuestos

La STS de 9 de marzo de 1990 alude a la utilización del delito de colaboración como cierto “cajón de sastre” en cuya aplicación puede peligrar el rigor técnico jurídico⁴¹. En todo caso, el principio de legalidad penal (*lex certa*), no resulta vulnerado si se incluyen en el tipo penal conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación (SSTC 63/1982 y 89/1993)⁴², no constituyendo el tipo penal una cláusula general (STS de 2 de febrero de 1993). Dicho margen de apreciación se justifica dada la grave vulneración de los derechos individuales que supone el terrorismo, así como el ataque a importantes bienes supraindividuales. Ello permite cierta amplitud en la regulación penal para abarcar “comportamientos periféricos” (STC 89/1993). En todo caso, se exige que la conducta delictiva sea lo suficientemente grave para ser rechazada por las normas socioculturales del lugar en que se produce y que se realice con conciencia del serio menoscabo de la seguridad ciudadana (STS de 27 de mayo de 1988).

El art. 576 CP se refiere a actos de colaboración genérica. Aunque algunas actividades dentro de la colaboración pueden conllevar un delito de resultado (STS de 2 de febrero de 1993), se trata de un “delito de mera actividad y de riesgo abstracto” en que se “anticipa la protección penal por razones de política criminal”. Como ya se ha dicho, esas razones se cifran en la prevalencia de bienes personales y comunitarios como la vida, la seguridad de las personas y la paz social (SAN 36/2005, de 26 de septiembre; SSTS 1387/2004, de 27 de diciembre; 18 de octubre de 1993; y 24 de enero de 1992). El propósito del legislador consiste en reducir al máximo “toda forma de apoyo posible a una banda armada o terrorista” (STS de 2 de febrero de 1993). La STS de 8 de marzo de 1995 indica que el delito de colaboración

⁴⁰ Cfr. STS 6635/2006, de 27 de octubre.

⁴¹ Citada en CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 56.

⁴² Sobre el principio de *lex certa*, véanse también las SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 133/1987, 199/1987 y 11/1993, citadas en CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 61.

permite el enjuiciamiento de cualquier acto de colaboración que favorezca a la banda armada, a sus miembros o a sus finalidades⁴³, fuera de la descripción enunciativa del CP⁴⁴. Por otra parte, la jurisprudencia ha considerado en algunas sentencias el delito de colaboración como permanente y, en otras, de trato sucesivo (SSTS de 20 de enero de 1986 y 4 de noviembre de 1986); SSAN de 7 de abril de 1990; 16 de junio de 1990; y de 18 de marzo de 1991).

En opinión de Campo Moreno el énfasis en la exigencia del elemento subjetivo del injusto por parte del TS y la AN puede explicarse como límite al “amplísimo ámbito de lo legalmente punible”⁴⁵. En principio, debe probarse la conciencia del favorecimiento o la finalidad perseguida, es decir, debe conocerse el carácter de militante de la banda y el significado de la colaboración (SSTS de 26 de diciembre de 1989; 2 de febrero de 1987; 17 de marzo de 1983; y de 8 de marzo de 1995; SSAN de 13 de noviembre de 1990; 10 de junio de 1991; y 20 de mayo de 1992). El móvil de amistad, solidaridad, relación afectiva o afinidad ideológica sólo podría funcionar, en su caso, como circunstancia atenuante (STS de 24 de mayo de 1993; STSJPV de 28 de marzo de 1994). Si sólo existe dicho móvil, sin afán de favorecer, la conducta será impune (SAN de 25 de abril de 1988)⁴⁶. No obstante, en algunas sentencias, referidas a dar alojamiento a una persona cuya integración en una organización terrorista se conocía, no se ha requerido probar la intención de favorecer la actividad terrorista ya que el propio tipo penal incluye esa conducta como ejemplo de colaboración (SAN de 7 de abril de 1992; STS de 21 de julio de 1993).

En el apartado sobre integración en una asociación terrorista ya aludimos a la distinción entre la colaboración y aquélla, sin perjuicio de que la jurisprudencia acepta la homogeneidad en la calificación jurídica entre ambos para permitir la condena en caso de no quedar probado el más grave, cuando se trata de hechos idénticos imputados al procesado, por lo que no puede estimarse indefensión⁴⁷.

Fuera del reconocimiento de este carácter homogéneo, diversas sentencias de la AN⁴⁸, así como del TS⁴⁹, han precisado las diferencias en los elementos del tipo de integración frente al de colaboración. Esta doctrina jurisprudencial ha resultado estable, al menos, desde finales de los años ochenta. Prestar ayuda mediante actos relevantes –no basta la mera disponibilidad anímica-, con conciencia y voluntad, pero sin conexión con un delito concreto, supone colaboración. Si se cumplen estos requisitos, resulta irrelevante la consideración de la previa relación de amistad entre el colaborador y los integrantes de una banda, siempre y cuando aquél conozca que éstos lo eran. Para la integración es preciso probar la pertenencia a banda armada, organización o grupo terrorista, de manera que, siguiendo sus directrices, se sirve a los objetivos perseguidos. Por ello en la pertenencia debe examinarse la existencia de vínculos relativamente estables, dentro de cierta jerarquía organizativa⁵⁰. Si existen esos vínculos, cualquier acto de colaboración, quedaría absorbido en el delito de pertenencia a banda armada, en aplicación del principio de alternatividad del art. 8. 4 CP (STS de 17 de marzo de

⁴³ Aunque sin citar expresamente las resoluciones, CANCIO MELIÁ indica respecto de la mención, a partir del CP de 1995, de colaborar con las finalidades, la aparición reciente de resoluciones en las que “sujetos que, sin mantener contacto alguno –probado- con una organización terrorista, pertenecen, por ejemplo, a organizaciones que respaldan los objetivos de aquella, son acusados de esta figura de colaboración”, en “Sobre el Derecho penal”, p. 37.

⁴⁴ Cfr. la STS de 2 de febrero de 1993, en relación con el ACP.

⁴⁵ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 66.

⁴⁶ Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 207.

⁴⁷ Véanse las SSTS de 14 de diciembre de 1989; 15 de febrero de 1991; y 16 de mayo de 1995.

⁴⁸ Entre otras, véanse las SSAN 19/1993, de 14 de noviembre; 37/1998, de 22 de junio; 24/1999, de 24 de junio; 28/2000, de 20 de octubre; 12/2003, de 1 de abril; 83/2005, de 14 de diciembre; 19/2006, de 21 de marzo; y 65/2007, de 31 de octubre.

⁴⁹ Véanse, *inter alia*, SSTS de 27 de mayo de 1988; de 20 de enero de 1989; de 14 de diciembre de 1989; de 26 de diciembre de 1989; de 8 de marzo de 1995; 2/1997, de 29 de noviembre; 1741/2000, de 14 de noviembre; 1127/2002, de 17 de junio; 197/1999, de 16 de febrero; 1346/2001, de 28 de junio; 785/2003, de 29 de mayo; 220/2006, de 22 de febrero; y 541/2007, de 14 de junio.

⁵⁰ Seguimos aquí la interpretación de la doctrina jurisprudencial ofrecida por CAPITA REMEZAL, *Ánalisis de la legislación*, p. 133.

1992). Por tanto, no puede ser sujeto activo de colaboración quien ya es integrante de la organización (STS de 16 de mayo de 1995)⁵¹.

La jurisprudencia también distingue entre el delito de colaboración de la participación en un delito concreto como cooperador necesario, en virtud del dominio funcional del hecho por cuanto puede impedir la comisión del delito (SSTS 456/2005, de 23 de marzo; y 1215/2006, de 4 de diciembre). Si se produce un delito terrorista de resultado, los tribunales aplican el art. 8. 3 CP, absorbiendo éste al de colaboración (STS 458/2003, de 31 de marzo; SAN 65/2007, de 31 de octubre).

Asimismo, la jurisprudencia diferencia la colaboración del encubrimiento delictivo (STS de 8 de marzo de 1995; 25 de enero de 1993; de 14 de diciembre de 1989). Sólo si los actos de ayuda se refieren a otras personas distintas del sujeto encubierto o servían de apoyo a otros proyectos criminales de la banda se respondería tanto por colaboración como por encubrimiento (STS de 26 de enero de 1993).

El Auto de la AN de 8 de febrero de 2001 excluía de la colaboración la afinidad ideológica o el proyecto político, dando ejemplos concretos de conductas de colaboración, tal y como precisa el art. 576. 2 CP, como pueden ser: proporcionar dinero o prestar servicios a miembros de la organización, buscar o reclutar personas para su integración en la organización, repartir propaganda política de la misma, realizar observaciones sobre personas o edificios, informar sobre matrículas, facilitar pisos, locales o vehículos, servir de mensajeros – incluyendo la reivindicación ante los medios de comunicación...⁵². La puesta a disposición de la banda u organización de financiación o medios económicos facilitadores de cualquiera de las actividades de la organización puede integrarse plenamente en la figura de colaboración tipificada por el art. 576 (STS 16 febrero 1999).

Se trata de actos de “complicidad, necesaria o simple, en el marco de la actividad de las bandas terroristas”, que no se someten “a las exigencias del principio de accesoriedad” (SSTS 22 abril 2005 y 22 febrero 2006) y que no requieren para su castigo la prueba de “su efectivo aprovechamiento” para la actividad terrorista. Basta con “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, (...) del terror y de la muerte” (STS 16 febrero 1999), esto es, a sabiendas de la condición terrorista de las actividades o finalidades de la banda (STS 15 junio 2007) y sin que pueda oponerse en su contra una ignorancia “deliberada” (SSTS 5 noviembre 2003 y de 29 noviembre 1997)⁵³.

Respecto de la relevancia y concreción de las actividades de colaboración, en la STS de 1 de octubre de 2007, no se estima que existió porque todo lo que se probó en este caso fue que el acusado acompañó a una estación a un miembro de ETA, hecho que por sí solo “no puede colmar las exigencias típicas del art. 576 del Código penal” al resultar “muy equívoco y no se encuentra suficientemente concretado”.

En el ATS 2004/5209 se excluye del delito de colaboración el mero conocimiento o trato con personas integradas en el grupo armado; la asistencia en cumplimiento de un deber profesional; la visita a un militar huido, facilitándole comida y alimentos; corroborar las informaciones que ya poseía la organización; o la reunión con dirigentes para llegar a un eventual acuerdo de no cometerse atentados en determinado territorio a cambio de apoyo en los objetivos de autodeterminación de la banda armada.

En definitiva, “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” (Auto del

⁵¹ Este posicionamiento es mayoritario en la jurisprudencia desde mediados de los ochenta, aunque no lo fue en ocasiones anteriores respecto de la AN, vid. MESTRE, *Delincuencia terrorista*, p. 203, nota 74.

⁵² Sobre la casuística posible detallada en diferentes resoluciones judiciales, tanto de la Audiencia Nacional como del TS, véase CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 79, nota 89.

⁵³ CUESTA ARZAMENDI, “Financiación del terrorismo”.

TS 2004/5209, de 8 de septiembre). Otras conductas concretas precisadas judicialmente como de colaboración han sido, por ejemplo, el cobro del denominado “impuesto revolucionario” como mediación en amenazas condicionales (SAN 19/1993, de 14 de noviembre) o la mediación en la detención ilegal y secuestro por parte de la asociación ilícita (SAN 5/1994, de 3 de febrero)⁵⁴. En este último caso, para que se pudiese apreciar la concurrencia de ejercicio legítimo de un oficio, como supuesto de estado de necesidad si no hay dolo de favorecer a la asociación delictiva, sería necesario que las acciones de dicho oficio 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” (STS 2021/1994, de 17 de noviembre). No se ha llegado a aplicar como atenuante el actuar como abogado o sacerdote (STS 1848/1993, de 21 de julio). Si el intermediario de la familia llega a cobrar una cantidad importante de dinero, sólo se aplicaría una atenuante al concurrir el estado de necesidad de forma incompleta ya que no concurre el elemento subjetivo de la eximente (STS de 5 de diciembre de 1994)⁵⁵.

La persona que abona el llamado impuesto revolucionario o el rescate ante el secuestro de un familiar colabora económicamente en favor de la banda armada, la organización o el grupo terrorista. Así ha sido interpretado respecto del pago del impuesto revolucionario en recientes autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5. No obstante, para algunos autores si “la conducta de quien se niega a pagar merece la más alta valoración en el plano ético y social, también resulta insoportable aceptar que los (realmente) amenazados o secuestrados que paguen lo que se les exige acaben incurriendo en responsabilidad penal”⁵⁶. Para evitarlo, la doctrina ha discutido diversas fórmulas, decantándose algunos autores por la atipicidad ya que no existiría voluntad de favorecimiento de las actividades o fines terroristas, si bien esta interpretación choca con algunas mantenidas jurisprudencialmente⁵⁷.

De cualquier forma, deberá estarse a las circunstancias concretas de cada caso ya que el precepto legal se ha configurado de forma abierta y en términos no definidos taxativamente (STS 1346/2001, de 28 de junio), si bien ha de tratarse de una conducta “equivalente” a las enumeradas.

La jurisprudencia admite formas imperfectas de ejecución, por ejemplo, cuando la información no llega a la organización o el sujeto es detenido por la policía (STS de 21 de marzo de 1989; de 26 de mayo de 1992; 8 de marzo de 1995)⁵⁸.

B) El principio de proporcionalidad de las penas

Respecto de la proporcionalidad de las penas previstas para el delito de colaboración, la STC 136/1999, de 20 de julio, resolviendo el recurso de amparo y anulando la STS 2/1997, de 29 de noviembre⁵⁹, que condenó a los integrantes de la Mesa Nacional de HB como colaboradores por difundir un video de ETA en un espacio electoral, entendió que las penas del ACP eran desproporcionadas al no permitirse penas menos duras. El TC concluyó que la aplicación del delito de colaboración (art. 174 bis a) ACP) para ese supuesto no respetaba el

⁵⁴ Véase, sobre este asunto, LAMARCA PÉREZ, *La mediación*. Cfr. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 92 a 107.

⁵⁵ Para un análisis crítico de esta sentencia, vid. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo*, pp. 241 a 251.

⁵⁶ CUESTA ARZAMENDI, “Financiación del terrorismo”, p. 8.

⁵⁷ CUESTA ARZAMENDI, “Financiación del terrorismo”, p. 8.

⁵⁸ En el mismo sentido, para sentencias anteriores a 1987, véase la obra de MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 212. CAMPO MORENO llama la atención sobre cómo “en supuestos muy similares las respuestas (jurisprudenciales) sean tan diversas, recorriendo el abanico de sancionarse como acto preparatorio punible, forma imperfecta de ejecución y en grado de consumación”, en *Represión penal del terrorismo*, p. 84.

⁵⁹ Sobre la misma, véase ASÚA BATARRITA, “Apología”.

principio de proporcionalidad penal⁶⁰. Antes de dictarse dicha sentencia, el artículo pasó a ser el art. 576 del nuevo CP.

En la sentencia en el caso Jarrai-Haika-Segi (STS de 19 de enero de 2007) se indica que: “las exigencias constitucionales y legales de proporcionalidad entre pena y hecho, deben cumplirse atendido *el elevado grado de ilicitud y de desvalor ético y social de la conducta sancionada* (Cfr. ATS n.º 2102/06, de 11 de octubre). Debiendo considerar, por un lado, que la cantidad y calidad de la pena legalmente prevista es *medida necesaria en una sociedad democrática* (Cfr. STEDH de 23-4-92); y por otro, que es procedente y adecuada, en cuanto *persiga la preservación de bienes e intereses que no están constitucionalmente proscritos ni son socialmente irrelevantes, siendo la pena instrumentalmente apta para dicha persecución* (Cfr. STC, Pleno, n.º 136/99, de 20 de julio)”⁶¹.

No obstante, para el magistrado Giménez García, según consta en su voto particular a la sentencia mencionada, se viola el principio de proporcionalidad cuya importancia y origen jurídico destaca: “El principio de proporcionalidad, debe su elaboración a la jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, habiéndose enriquecido con las aportaciones efectuadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo que se refiere al Ordenamiento Jurídico Español, si bien no aparece expresamente recogido en la Constitución, su reconocimiento y alcance constitucional no ofrecen dudas como se afirma en numerosas sentencias del Tribunal Supremo –SSTS 802/99 de 12 de mayo, 958/2000 de 1 de junio, entre otras–. Los valores de libertad y justicia a los que se refiere el art. 1.1 de la CE son los pilares básicos de la construcción del principio de proporcionalidad. La libertad en cuanto opción valorativa de realización prioritaria, dota de contenido al principio de proporcionalidad, ya que en caso de duda, habrá que estar por la vigencia del *favor libertatis*. El valor justicia, en cuanto que, en sí mismo, integra la prohibición de exceso y se concreta con la idea de moderación, medida justa y equilibrio. Se trata de un mandato fundamentalmente dirigido al legislador en cuanto que es autor de las normas jurídicas, aunque no debe estimársele destinatario exclusivo de este principio, ya que en virtud del principio de efectividad contenido en el art. 9-2.º de la Constitución, también el sistema judicial en cuanto que intérprete y aplicador de la Ley, es responsable de la realización del derecho concreto a través del enjuiciamiento de los casos que le son presentados, y por tanto responsable de la consolidación del cuadro de valores superiores que definen nuestro Ordenamiento Jurídico”, así como sometido en su actuación al imperio de la ley (art. 117 CE).

Según sigue en el voto discrepante: “La vigencia del principio ha quedado, más consolidada si cabe, con su explícito reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –aprobada por el Parlamento Europeo, por el Consejo de la Unión y por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000–, cuyo art. 49, que lleva el significativo título “de los principios de legalidad y la proporcionalidad de los delitos y de las penas”, prevé en su párrafo 3.º que “...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación a la infracción...”. Equivalente a la prevención que se encuentra en el art. II-109 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Desde esta reflexión, bien puede afirmarse que el principio de Proporcionalidad es el eje definidor siempre de cualquier decisión judicial. Creo que con la decisión de la mayoría en la interpretación efectuada de que discrepo, padece el principio de proporcionalidad porque se aparta de la exigencia contenida en los diversos Tratados Internacionales antes citados de imposición de penas, efectivas, proporcionaladas y disuasorias. La desproporción es sólo consecuencia de la, a mi juicio, indebida equiparación con ETA de las asociaciones J-H-S”.

Asimismo, con base en el principio de proporcionalidad, la Fiscalía del TS ha entendido que la imposición de las penas en su límite superior en el caso *EK/N*, actualmente pendiente de

⁶⁰ Sobre el debate doctrinal que suscitó esta sentencia, véanse, entre otros, CUERDA RIEZU, “Proporcionalidad, efecto”; JIMÉNEZ VILLAREJO, “Dos breves apuntes”; DE OLIVEIRA, “El principio de proporcionalidad”; ÁLVAREZ GARCÍA, “Principio de proporcionalidad”; y CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, pp. 158 a 160.

⁶¹ Vid. MONTERDE FERRER, “Delitos de terrorismo”, pp. 484 a 486.

recurso ante el TS, debe justificarse especialmente por la gravedad de las conductas y no sucede así siempre en la sentencia de la AN de 19 de diciembre de 2007, Sección 3^a. En el caso de cinco condenados, el Fiscal del TS ha apoyado totalmente el recurso y pide la absolución al no poder probarse efectivamente que sus actividades se desarrollaron de acuerdo con las pautas establecidas por ETA, por lo que no debe considerarse su colaboración con ella. La Fiscalía ha tenido en cuenta que la AN impuso las penas de acuerdo con las solicitadas por la acusación de la Asociación de Víctimas del Terrorismo y no tanto con las pedidas por la Fiscalía de la AN⁶².

Finalmente, el principio de proporcionalidad puede relacionarse con el principio de reinserción del art. 25. 2 CE, en cuanto que, respetando el resto de principios jurídicos, no se debe obstaculizar ésta, ni en la previsión legal, ni en la decisión judicial ni en la ejecución penitenciaria. Así las SSTS de 15 de febrero de 1996, 18 de julio de 1996 y 6 de julio de 2002 “declaran que el art. 25.2 de la Constitución Española tiene un alcance genérico que ha de tener en cuenta el legislador al fijar los límites de las penas y los límites de su cumplimiento, los Jueces y Tribunales en la aplicación de las normas penales y penitenciarias y los órganos de la Administración”⁶³. Por tanto, el principio de proporcionalidad, en sus diferentes aristas, también será aludido en el capítulo sobre la evolución jurisprudencial en materia de ejecución de sentencias.

7. Terrorismo individual (art. 577 CP)

El Auto de la AN de 11 de mayo de 2000 se refiere al art. 577 como actos de “terrorismo impropiado”. Hasta la entrada en vigor del CP de 1995, los tribunales calificaban estos hechos como delitos de desórdenes públicos del art. 246 del ACP.

La STS 2/1997, de 29 de noviembre, contempla la posibilidad del terrorismo individual como actividad planificada individualmente. No obstante, en el Auto del TS de 23 de septiembre de 2003, se requiere para aplicar el art. 577 CP, no sólo el elemento finalístico, sino también cierta estructura y capacidad operativa de los sujetos para poner en peligro los bienes jurídicos protegidos.

En la STS 546/2002, de 20 de marzo, se afirma que no se produce un desplazamiento al derecho penal de autor porque “los hechos sancionados en dicho precepto lo son *per se*, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública”. Aquí cabría entender un fin que algunos autores entienden nuevo (atemorizar a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional mediante los delitos referidos en el art. 577 CP)⁶⁴.

A continuación, mencionaremos brevemente otras sentencias en que se ha aplicado el art. 577 CP, remitiéndonos, respecto de los autores menores de dieciocho años, al capítulo monográfico correspondiente⁶⁵. Así, las SSTS 1523/2004, de 23 de diciembre; 259/2006, de 6 de marzo; y 1267/2006, de 20 de diciembre, tratan sobre amenazas terroristas cometidas por sujetos que no pertenecen a la organización. La SAN 32/2003, de 3 de octubre, condena por un delito continuado de coacciones terroristas del art. 577 CP. Por su parte, la STS 786/2003, de 29 de mayo, casó la SAN 5/2002, de 7 de marzo, en que se condenaba por un delito continuado de daños e incendios terroristas en relación con el art. 577 CP.

⁶² *El País*, 28.12.08, p. 11.

⁶³ CERVELLÓ DONDERIS, “Responsabilidad civil”, p. 93.

⁶⁴ Cfr. sobre la posible adición de un fin nuevo, GONZÁLEZ CUSSAC y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal”, p. 51.

⁶⁵ Cabe anotar aquí que, en dicha jurisdicción, se han apreciado todas las modalidades del art. 577 CP relatadas en los párrafos siguientes de este epígrafe respecto de adultos. Debe considerarse, según el análisis de dicho estudio, que en diversos supuestos los menores cometen las acciones en compañía de adultos.

Las SSTS 37/2000, de 10 de julio, y 1635/2001, de 19 de septiembre, y las SSAN 30/2000, de 5 de junio; 25/2001, de 8 de noviembre; y 17/2007, de 13 de marzo, castigaron las conductas por medio del art. 577 en relación con incendios terroristas. En todo caso, los tribunales deben exigir que se pruebe en cada supuesto el efectivo peligro para la vida e integridad de las personas y la existencia de finalidad terrorista⁶⁶.

En la STS 1311/2005, de 14 de octubre, sobre daños terroristas en relación con el art. 577 CP, se muestra la necesidad de interpretación judicial ante la mala sistematización de los delitos de daños⁶⁷. Por su parte, la SAN 17/2004, de 7 de junio, condena por un delito de depósito de sustancias o aparatos explosivos en relación con el art. 577 CP.

8. Enaltecimiento, justificación del terrorismo o humillación a sus víctimas (art. 578 CP)

A) Cambios legales en relación con el delito de enaltecimiento

Antes del CP de 1995, dada la ausencia de definición jurídico penal de la apología, la jurisprudencia acudía al sentido gramatical del término como manifestación pública⁶⁸ de alabanza, elogio o exaltación de actos delictivos o de sus culpables, o como propuesta de modelo de comportamiento (SSTS de 17 de enero de 1969; 14 de julio y 31 de diciembre de 1983). Para cierto sector doctrinal, el panorama legal, previo a la reforma de 2000, "era absolutamente inconcebible, por cuanto constituía y constituye delito contra la Comunidad Internacional la justificación de los delitos de genocidio, pero las declaraciones de apoyo general a ETA o de glorificación de sus miembros, permanecían impunes"⁶⁹. Antes de dicha reforma, los homenajes públicos a personas que hubiesen asesinado en nombre de ETA quedaban impunes, ya que la apología sólo se castigaba como forma de provocación para la comisión de un delito concreto. Con la LO 7/2000, de 22 de diciembre, el enaltecimiento, la justificación del terrorismo y la humillación a las víctimas se configura como un delito de terrorismo autónomo respecto del art. 18 CP⁷⁰.

Por su parte, la LO 2/98, de 15 de junio, introdujo el apartado segundo del art. 170 para "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 CP de 1995 sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico) de inexcusable atención", como habrían puesto de relieve los casos tratados por los tribunales⁷¹. Se incluye así expresamente a los colectivos amenazados genéricamente por el terrorismo, con la gravedad suficiente. Los tribunales han sancionado, como amenazas de este tipo, las pintadas en edificios con expresiones como "ha llegado tu hora" referidas a determinadas personas (STS 259/2006, de 6 de marzo). La STS 149/2007, de 26 de febrero, ha precisado que el delito del art. 170. 1 requiere cuatro requisitos: 1º. Amedrentar anunciando algún mal; 2º. Ese mal

⁶⁶ Vid., para una crítica del Auto de la AN de 11 de mayo de 2000, en cuanto pueda ampliar la modalidad delictiva del art. 577 CP, declarándose competente de unos hechos encuadrables en el art. 577 CP en relación con un incendio de una cabina de Euskotren, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, pp. 233 a 234.

⁶⁷ Realiza esta crítica, CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, pp. 237 A 238.

⁶⁸ Vid. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 206, nota 85.

⁶⁹ Vid. SORIANO SORIANO, "El terrorismo y el Tribunal Supremo", p. 195.

⁷⁰ Este artículo entiende la apología como un acto preparatorio, como una forma de provocación centrada en la incitación directa para delinquir. Para un resumen de las posiciones doctrinales respecto del delito de apología, mayoritariamente críticas con la nueva regulación, vid. CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, pp. 160 a 181.

⁷¹ La LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó las penas de este apartado segundo. Sobre la aplicación del art. 170. 1, vid. la STS de 26 de febrero de 2007 y el comentario doctrinal de CUERDA ARNAU, "Terrorismo y libertades políticas", pp. 79 a 82.

constituye un delito; 3º. La amenaza se dirige a un grupo de personas. Por tanto, el sujeto pasivo es colectivo; y 4º. Las amenazas son idóneas para atemorizar⁷².

B) Consideración jurídica distinta de un delito de terrorismo

La STC 199/87, de 16 de diciembre, declaró inconstitucional y parcialmente nulo el párrafo segundo del número primero del art. 1 de la LO 9/84 al aplicar la suspensión de garantías a las personas que cometieran apología. En el Fundamento Jurídico Cuarto de dicha STC se decía expresamente: “La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”⁷³. Ahora bien, el TC no delimitó el bien jurídico protegido por el delito de apología, aunque sí puede extraerse el fundamento de su control penal por su “capacidad para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que merezcan la protección del ordenamiento penal”⁷⁴. La STC 42/95, de 13 de febrero, se refiere a la fuerza expansiva del derecho a la libertad de expresión y de información siendo toda interpretación de sus límites de carácter restrictivo.

Estamos, según el Auto del TS de 23 de mayo de 2002, ante un delito de opinión ya que suponen una forma de apoyo o solidaridad moral, manifestada públicamente, respecto de los verdaderos actos y delitos de terrorismo o de sus participantes. Citando la STC 199/1987, de 16 de diciembre, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 9/1984, de 26 de diciembre, el Auto de 23 de mayo de 2002 concluye que: “... la apología, cuando se persigue penalmente, es un delito (de opinión) que versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse”. El Auto del TS de 14 de junio de 2002, resolviendo un recurso de súplica contra el Auto anterior, expresa claramente que los delitos de apología aún estando “estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal”, no son delitos de terrorismo. En ese caso concreto, en que se profirieron vivas a ETA en el transcurso de un mitin político en Francia, no constituyen un delito de terrorismo en relación con el art. 23. 4 b) LOPJ.

C) Elementos destacados en la interpretación judicial del tipo penal

En diversas ocasiones, la AN ha seguido criterios dispares al condenar, en algunos supuestos, por apología y, en otros, por desórdenes públicos⁷⁵. Por otra parte, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en relación con ideas que justifican el genocidio (art. 607. 2 CP), señala que la incitación al delito sería punible tanto como incitación indirecta como provocación al odio que represente un peligro cierto “de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”⁷⁶.

En general, la jurisprudencia siempre ha resultado garantista respecto de las libertades de expresión e información en relación con el delito de apología⁷⁷. Las condenas en este

⁷² GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, pp. 507 a 508.

⁷³ En el mismo sentido, cfr. las SSTS de 26 de diciembre de 1986 y 29 de noviembre de 1997.

⁷⁴ CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 218 a 219.

⁷⁵ Véase MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, pp. 223 a 224; y de 1987 a mediados de los noventa, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 219.

⁷⁶ CUERDA ARNAU, “Terrorismo y libertades políticas”, pp. 82 a 85; y 88 a 89. Por otra parte, esta autora resalta la disparidad de criterios judiciales y fiscales respecto de este delito, *ibidem*, p. 94. Cfr., respecto del TS, SORIANO SORIANO, “El terrorismo y el Tribunal Supremo”, pp. 195 a 196.

⁷⁷ Cfr., respecto de las posibles conductas de enaltecimiento o justificación, la aplicación judicial del art. 9. 3 de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

ámbito han sido escasas⁷⁸. Concretamente, en el ámbito de la jurisdicción de menores, desde la puesta en funcionamiento del JCM, en 2001, ninguno ha sido condenado por este delito, aunque sí lo han sido dos sujetos, en una misma sentencia de conformidad, por delito de menoscabo y humillación a las víctimas del terrorismo⁷⁹.

Sobre el carácter garantista de la interpretación judicial de los tribunales, pueden ponerse como ejemplo diversas sentencias. La STS de 8 de octubre de 1993 confirma la SAP de Donostia que absuelve a los procesados por un delito de apología. En los hechos probados no se recogía la pertenencia a ETA del fallecido homenajeado, muerto al manipular un artefacto explosivo. Su muerte fue lamentada públicamente por el Ayuntamiento de Usurbil, colocando un crespón negro en la *ikurriña* y declarando sus condolencias a la familia. Ahondando en otro elemento del tipo delictivo, la STSJ PV, de 17 de noviembre de 1993, también absolvía, concluye que “... lo que en el escrito analizado se advierte es un sentimiento de solidaridad con los militantes de la organización terrorista detenidos, provocado por su detención y dirigido a servirles de apoyo moral en la coyuntura de afrontar las previsibles consecuencia de esa detención, lo que lleva a entender que tales manifestaciones carecen de la fuerza incitadora a la acción delictiva...”⁸⁰.

La jurisprudencia ha entendido por *enaltecer*, “ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo” y por *justificar* hacer “aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal”. No es necesaria la utilización de medios de comunicación social, siendo suficiente la capacidad de difusión y el alcance público del medio elegido (STS de 9 de mayo de 1996). Se requieren, por tanto, acciones o palabras de enaltecimiento o justificación, a través de un medio de expresión pública o difusión, cuyo objeto son los delitos de terrorismo o las personas participantes en su ejecución (STS 149/2007, de 26 de febrero, caso De Juana). No habría apología si la referencia es a comportamientos atípicos (STS 2/1997, de 29 de noviembre). En esta última sentencia citada se expresa que el delito de apología no prohíbe manifestaciones ideológicas, ya que entonces vulneraría el art. 20 CE, sino que sanciona la aprobación de determinados comportamientos delictivos, la manifestación pública de elogio o la exaltación de un apoyo o solidaridad moral con los mismos.

La STC 159/1986, de 12 de diciembre, resolviendo un recurso de amparo del director del diario *Egin*, condenado por dos delitos de apología por publicar sendos comunicados de ETA, entiende que “la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático”. La mera reproducción de los comunicados sin juicios de valor no demuestra que el condenado asuma el contenido apologético. Dice la sentencia citada: “A los órganos judiciales correspondía asumir la interpretación más favorable al derecho fundamental y a sus efectos sobre las normas penales limitadoras del mismo, que, en definitiva, se concreta en el criterio de que el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en un principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta por su contenido pueda revestir significado penal”.

En la STS 2/1997 el Tribunal Supremo dictó una sentencia absolución, por este mismo delito, en el caso de la Asociación de Víctimas del Terrorismo contra la Mesa Nacional de HB. El Tribunal, recogiendo una larga doctrina del Tribunal Constitucional, exhortaba a extremar el cuidado en delitos como el objeto de acusación, a fin de evitar que la figura típica se convirtiese en un “instrumento dirigido a controlar la disidencia política” (FJ Trigésimo). Añadía que “el delito de apología delictiva requiere que el autor apologice bien sea hechos delictivos

⁷⁸ Cuestión distinta serían las diligencias abiertas por la Fiscalía.

⁷⁹ Sentencia 1/07, de 13 de julio. En el ámbito de adultos, en la muestra de condenas analizada para esta investigación, contamos sólo con dos sentencias condenatorias por enaltecimiento, una de ellas revocada por el TS.

⁸⁰ Véase también la STS 1533/2004, de 21 de diciembre, absolución por razón de la inviolabilidad por un diputado autonómico en una intervención parlamentaria.

determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera a los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado”.

Dicho esto, la doctrina ha señalado divergencias jurisprudenciales, incluso por el mismo ponente de la sentencia, relativas a la exigencia de referirse a un delito concreto respecto del ACP (STS de 4 de julio de 1994 y 9 de mayo de 1996)⁸¹. La STS de 4 de julio de 2001, también restringe el delito a muestras de aprobación de delitos concretos y no a la ideología general de personas que vengan a coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes.

Como resumen de lo anterior, la STS 149/2007 expresa los tres requisitos para considerar que se produce apología⁸²:

1. Existencia de acciones o palabras enaltecedoras o justificadoras.
2. El objeto de las mismas puede ser alguna conducta definida como delito de terrorismo en los artículos 571 a 577 o algún participante en la ejecución de la misma, siendo innecesario identificar a tal persona. El objeto puede referirse a un colectivo de participantes.
3. La acción de enaltecer o justificar debe realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como, por ejemplo, un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución.

En la misma línea, la SAN 31/2006, de 27 de abril, condenó por un delito de exaltación del terrorismo del art. 578 CP a un ex parlamentario de Batasuna, dentro de un acto de homenaje a un dirigente de ETA, en el que agradeció a los miembros de dicha banda su acción y llamó a la lucha contra el Estado español. Las expresiones consideradas “suponen cuanto menos señal de aprobación, entusiasmo o admiración a la figura del dirigente terrorista, sin excluir la eufemísticamente denominada «lucha armada», a favor de la autodeterminación del País Vasco, presentándose como la defensa de los derechos legítimos del Pueblo Vasco, y contextualizando ésta en el marco de un «conflicto político» todo lo cual desborda los límites del concepto de opinión. Efectivamente, no constituyen aquéllas meras «opiniones», más o menos acertadas sobre realidades históricas vertidas en un «acto político o electoral» como pretende la defensa, ni el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE), el cual pese a su posición preferente, no está exento de límites que condicionan su ejercicio en aras a preservar otros derechos y bienes constitucionales, sino de manifestaciones que expresan la absoluta identificación ideológica del acusado con la organización criminal ETA, sus objetivos, sus actividades y su método de actuación, máxime cuando las mismas han de ser valoradas teniendo muy presente que su autor, el acusado, es precisamente el líder de la ilegalizada formación radical vasca Batasuna. Manifestaciones y puesta en escena, en consecuencia, objetivamente idóneas para la conformación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el artículo 578 del Código Penal”.

El Auto del TS de 19 de enero de 2004, aunque no entra en el fondo del asunto, entiende que la colocación en un ayuntamiento de una pancarta alusiva a ETA podría constituir delito de apología. En el Auto del TS de 23 de septiembre de 2003 se evita realizar una interpretación extensiva y abierta de las categorías legales que requiere el delito de apología.

Respecto de la disparidad de los criterios judiciales, puede aludirse a futuras reformas en relación con este tipo delictivo. La proposición de ley para reformar el art. 1 de la Ley de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, de 1999, fue registrada en el Congreso el 13 de noviembre de 2008. En ella se establece que, cuando entre en vigor la norma, los ayuntamientos contarán con seis meses para eliminar las calles, plazas y placas en homenaje a los miembros de una organización terrorista o que comentan actos terroristas. Así, “en defensa de la dignidad de las víctimas”, se prohíbe que en lugares públicos haya

⁸¹ Vid. CUERDA ARNAU, “Terrorismo y libertades políticas”, pp. 78 a 79.

⁸² Véase el voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

“monumentos, escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas o de exaltación o enaltecimiento individual o colectivo del terrorismo”.

Se pretende zanjar así las discrepancias judiciales en torno a esta cuestión mediante una intervención administrativa y no penal. Anteriormente, el 9 de julio de 2008 el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN dictaminó por unanimidad, en virtud del art. 25 CE, que mantener calles con nombres de terroristas no constituye delito ya que no puede castigarse una conducta como delito cuando no lo era en el momento de los hechos (finales de los setenta y principios de los ochenta). Ello supuso el archivo de alrededor de una docena de querellas presentadas por la asociación *Dignidad y Justicia* contra alcaldes y corporaciones municipales del País Vasco, previo envío de cartas solicitando la retirada de placas y monumentos. Varios jueces y la Fiscalía seguían este criterio y rechazaban la vía penal frente a la contencioso-administrativa. Sin embargo, un juez de la AN admitió una querella y ordenó la retirada de un monolito y una placa como medida cautelar. Las resoluciones de los jueces de instrucción, tanto estimatorias como desestimatorias de las querellas interpuestas, fueron recurridas y hubo divergencia en los pronunciamientos de las diversas secciones de la AN.

El auto del Pleno de la AN, de 9 de julio de 2008, recuerda que el delito de enaltecimiento del terrorismo persigue la exaltación de los métodos terroristas o de sus autores, pero no la adhesión ideológicas a los fines de una banda terrorista ni la defensa de los que hagan apología del terrorismo. El delito sólo puede cometerse activamente: “Quien no hace nada no puede violar la prohibición contenida en la norma, aunque con su pasividad exteriorice su acuerdo con lo hecho por otro”. Si hoy se pusieran las placas sí sería punible⁸³, aunque no abarcaría al homenaje de condenados únicamente por pertenecer a una banda terrorista porque esta conducta está tipificada en el art. 514 CP y no en los arts. 571 a 577 CP. Este auto suponía la restitución de las placas retiradas.

D) En particular, el delito de humillación a las víctimas

El delito de humillación a las víctimas también ha requerido de concreción jurisprudencial, si bien, al menos hasta mediados de 2005, su aplicación por los Tribunales ha sido escasa y, generalmente, con resultado absolutorio⁸⁴.

La jurisprudencia utiliza un concepto estricto de víctimas de terrorismo para concretar el tipo analizado, como puede comprobarse, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Nacional 62/2006, de 21 de noviembre, confirmada por el Tribunal Supremo (STS 565/2007, de 17 de julio, caso “Soziedad Alcohólica”)⁸⁵. En ella se dice lo siguiente: “Confunde la acusación

⁸³ Un juez de instrucción de la AN que inadmitió una querella de la asociación *Dignidad y Justicia* consideró “temeraria” la actuación de ésta y la condenó en costas, si bien de manera simbólica ya que no hubo gastos. Según el juez, la querella es “infundada y carente de toda consistencia jurídica, pues a la misma no se le podía escapar que para apreciar la pertenencia al grupo terrorista es precisa una resolución judicial, como también la existencia de la Ley de Amnistía” (*El Mundo*, 06.06.08, p. 14).

⁸⁴ Así lo recoge CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 167, nota 365, citando a Lamarca Pérez.

⁸⁵ Sobre la paulatina protección a las víctimas del terrorismo, señalando su sufrimiento y concediendo importancia a la responsabilidad civil, véase, respecto del 11-M, la sentencia de 31 de octubre de 2007, de la Sección 2^a de la AN. También resulta interesante mencionar la sentencia de la AN 11/2007, de 28 de marzo, por la que se condena a dos hombres por 16 delitos de asesinato terrorista intentados y un delito de estragos terroristas, en relación con la colocación de un artefacto trampa en un cuartel de la Guardia Civil, pero cuyos daños afectaron también a erzainas y policías nacionales. La destacamos ante la ausencia general, hasta tiempos recientes, de consideraciones judiciales sobre la extensión del daño. En dicha sentencia se dice: “En orden a la cuantificación de las responsabilidades civiles derivadas de los hechos delictivos producidos, han de distinguirse los daños morales de los materiales. Estos últimos son más fáciles de apreciar, pues constituyen los perjuicios patrimoniales que la acción delictiva ha originado, a través del lucro cesante y el daño emergente, que pueden acreditarse con la correspondiente pericial. En cambio, el daño moral es un sentimiento de dolor, anímico e intimo, cuyas consecuencias han de deducirse de la naturaleza, trascendencia y ámbito dentro del cual se propició la comisión delictiva. Respecto al resarcimiento económico a cada uno de los funcionarios lesionados por la brutal acción destructiva, irrazonable e indiscriminada de los acusados, nos hallamos ante la ardua y difícil tarea de intentar reparar lo que lamentablemente es irreparable, cual es la pérdida de la estabilidad física y emocional, con sus implicaciones personales, familiares y sociales, y la frustración de un porvenir profesional, con el correspondiente desarraigo personal y apertura obligada de

popular lo que son *objetivos* de ETA, con las *víctimas* de ETA⁸⁶. Entre los primeros se encuentran, entre otros, los integrantes de la totalidad de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (los funcionarios de los diferentes cuerpos policiales, en el caso que nos ocupa) mientras que sólo son *víctimas* los muertos y heridos por los diferentes atentados, y sus familiares. Los agentes de policía, destinados en el País Vasco, que sufren el trastorno psicológico conocido como "síndrome del norte" no son, así contemplados en general, *víctimas* del terrorismo, salvo el caso en que dicho síndrome se constituya como estrés postraumático residual a algún atentado concreto sufrido por una persona individualmente contemplada". No obstante, fuera de la correcta interpretación técnico-jurídica de los tipos penales, no cabe duda que, en el plano victimológico, puede hablarse de la victimización anticipada por parte de las personas amenazadas de forma específica o colectiva por ETA. Esa amenaza produce una situación de por sí gravosa para las *víctimas* y para la convivencia general, según han demostrado diversos estudios sociológicos⁸⁷.

9. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos de terrorismo (art. 579. 1 CP)

La provocación supone incitación directa a la perpetración de un delito por unos medios concretos o ante una concurrencia de personas (Auto del TS de 14 de junio de 2002). La proposición implica una invitación concreta y persuasiva para ejecutar un delito. La jurisprudencia no admite la mera insinuación (SAN de 13 de mayo de 1992). En todo caso, a efectos de la penalidad, ha resultado y resulta inútil distinguir entre provocación y proposición (STS de 16 de noviembre de 1987)⁸⁸.

La SAN 3/2007, de 2 de febrero, exige para la conspiración o proposición un concierto que alcance a una acción concreta. No se requiere un carácter permanente ni jerarquía en la

perspectivas no queridas, en personas en pleno estado de madurez. Ante lo ridículo que para el caso enjuiciado resulta el baremo instaurado en el Anexo de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, previsto para actos u omisiones en que medie la imprudencia, en oposición a las lesiones dolosas perpetradas en actos de terrorismo como los que aquí se analizan, este órgano judicial se enfrenta a la difícil tarea de cifrar las cantías a indemnizar por los acusados a las *víctimas* de sus deleznable acciones. En aras de la consecución de un ponderado equilibrio que sea compatible con elementales y deseables criterios de razonabilidad, este Tribunal considera que debe indemnizarse en 150 euros por cada uno de los días que hayan estado hospitalizados los afectados, en 100 euros por cada día que hayan estado impedidos para sus ocupaciones habituales y en 60 euros por cada día que hayan tardado en curar de sus lesiones sin impedimento, debiendo añadirse a la suma resultante las cantidades en que se hayan valorado los daños materiales; finalmente, deben añadirse las cantidades variables y ponderadas que se dirán atendiendo a las concretas secuelas de cada uno de los lesionados, según la importancia de aquellas, a cuya cuantía definitiva deberán aplicarse los intereses legales que correspondan, de conformidad con lo previsto en el art. 576 de la LEC. Todo ello en el entendimiento de que, por aplicación de la legalidad vigente, las cifras indemnizatorias que se acordarán van dirigidas al abono de ellas por los acusados, conjunta y solidariamente, sin perjuicio de que, por aplicación del art. 9.3 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las *Víctimas* del Terrorismo, y normativa concordante, el Estado deba abonar a cada *víctima* la suma indemnizatoria que exceda de la que ya haya percibido el beneficiario, y sin perjuicio de la facultad de subrogación que concede al Estado el art. 8 de la referida Ley, en relación a los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento como autores de los delitos de los que se originaron las acciones resarcitorias". Respecto del valor de la reparación moral, en relación con la reparación del daño en otro tipo de delitos, cfr. STS de 29 de enero de 2008.

⁸⁶ En todo caso, respecto del llamado sujeto pasivo, para la existencia de un delito de terrorismo "resulta indiferente si la agresión está dirigida contra la generalidad de la población o contra un determinado grupo, colectivo o institución" (STS 85/98, de 27 de enero).

⁸⁷ Así se pone de relieve en el informe monográfico elaborado por la institución del Ararteko, de próxima aparición. En él se han realizado una serie de entrevistas con expertos y con *víctimas* de los diferentes colectivos de personas amenazadas por ETA en Euskadi (integrantes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, militares, concejales, periodistas, profesores universitarios, fiscales, jueces, escoltas...). Véase también el documental, de 2008, de Iñaki Arteta, *El infierno vasco*, respecto de las vivencias de victimización por parte de las personas amenazadas que han abandonado Euskadi.

⁸⁸ En todo caso, sobre su diferenciación, pueden verse las SSTS de 21 de marzo de 1986 y 26 de noviembre de 1987.

acción concertada específica, lo que las diferencia de la asociación ilícita. Tampoco implica un carácter interno y afecta a más de un sujeto, lo que las distingue de la premeditación⁸⁹.

Excepcionalmente, la AN ha condenado por delito de colaboración con banda armada en grado de conspiración. En todo caso, el TS ha entendido que en los delitos de peligro abstracto y de mera actividad es “sumamente difícil hablar de formas imperfectas de ejecución” y debe exigirse claramente una firmeza en el propósito de ejecutar el delito (SSTS de 16 de diciembre de 1992; y 15 de julio de 1996). La STS de 21 de octubre de 1987 acepta la posibilidad de desistimiento del conspirador que se aparta del lugar de comisión del delito siempre y cuando no haya realizado ninguna contribución adicional.

10. Pena de inhabilitación absoluta por tiempo superior a la pena privativa de libertad impuesta (art. 579. 2 CP)

La LO 7/2000, “con el propósito de reforzar las instituciones democráticas”, configura la pena de inhabilitación absoluta, hasta la fecha de carácter accesorio en los delitos de terrorismo, como pena principal con una duración de seis a veinte años. Respecto de las penas accesorias, la STS de 3 de febrero de 2003 justifica que las inhabilitaciones para cargo público acompañen a la prisión porque resulta “incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad- que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de su relación directa con el delito cometido”⁹⁰.

Siguiendo el art. 55 CP, la AN impone para toda pena de prisión igual o superior a diez años la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena⁹¹, como pena accesoria. Siguiendo dicho precepto, si los tribunales aplican el art. 579. 2, que configura la inhabilitación absoluta como pena principal, la inhabilitación no puede imponerse como accesoria⁹² y, además, su duración será entre seis y veinte años superior al de la prisión. En la práctica, el razonamiento jurídico sobre su concreta aplicación resulta en ocasiones escaso. Según el precepto citado, debe atenderse “proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente”.

Sobre la igualdad de trato en la imposición de las penas, la SAN 72/2007, de 26 de diciembre, estima que, en la individualización de la pena, ésta debe imponerse en iguales términos que a otros condenados anteriormente por los mismos hechos, con todas sus consecuencias. En este caso, en cuanto a la pena privativa de libertad se impone la máxima, 30 años, por asesinato terrorista que queda mayormente justificada, según términos de la sentencia, por el carácter de jefe del ahora condenado. El mismo criterio se sigue respecto de las penas accesorias, en este caso para beneficio del condenado, ya que no ha lugar la imposición de la inhabilitación absoluta por tiempo superior a la condena, interesada por las acusaciones. Se justifica porque “además de quebrar el trato punitivo igual al de los otros condenados, en la fecha de comisión de los hechos no había entrado en vigor el actual párrafo 2 del art. 579 del Código Penal, introducido por LO 7/2000, de 22 de Diciembre, que es en función del cual cabría aplicar penas de inhabilitación por tiempo superior. Por esa misma

⁸⁹ Vid. CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación*, p. 182. Respecto de la aplicabilidad de este precepto en relación con los arts. 571 a 578, véanse las consideraciones sobre los actos preparatorios en el análisis jurisprudencial de cada tipo delictivo.

⁹⁰ Vid., críticamente, MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias”, p. 62, quien destaca la escasa elaboración garantista de las mismas por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Cuando se trata de penas accesorias fijas omitidas en el fallo, puede corregirse materialmente la sentencia o subsanarse vía recurso de casación por infracción de ley, pero no en el supuesto de accesorias con discrecionalidad judicial (STS de 6 de marzo de 2000). Además, la imposición de penas accesorias fijas debe realizarse de oficio, aunque no se solicite por la parte acusadora (STS de 26 de enero de 1999). Vid. MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias”, p. 69. En cuanto a la interpretación del art. 56 CP, la reforma 15/03 vino a recoger el criterio jurisprudencial.

⁹¹ Sobre la posibilidad de ser inferior al tiempo de la condena, véase la SAN 39/2005, de 30 de noviembre.

⁹² Cfr. la SAN 31/2006, de 27 de abril.

razón de mantener un mismo tratamiento punitivo, y en tanto en cuanto no fueron impuestas a los otros condenados, no impondremos las penas accesorias de prohibición de aproximación a las víctimas⁹³, así como a los lugares donde se cometió el delito por tiempo de 10 años, igualmente interesada por la acusación particular, con base en los arts. 48 y 57 CP, posibilidad que, por lo demás, tiene perfecta cobertura, habida cuenta que es una pena facultativa conforme al indicado art. 57 CP, tanto vigente en la época de los hechos como ha quedado redactado posteriormente⁹⁴.

11. Rebaja de la pena en caso de abandono voluntario, confesión y colaboración activa (art. 579. 3 CP)⁹⁵

La doctrina ha puesto de relieve cómo los tribunales apenas han aplicado la normativa relativa a la colaboración con la justicia de los implicados en terrorismo, según se ha ido modificando desde principios de los ochenta, prefiriendo acudir al indulto o a la atenuante de arrepentimiento⁹⁶. En el balance de la aplicación de este tipo de instituciones por otros países, como Italia, se vincula su eficacia distinguiendo entre colaboración y delación.

A) Referencia a algunos problemas procesales que suscitan ciertas formas de colaboración

En 1993, un condenado por su integración en ETA, en régimen abierto por haberse acogido a medidas de reinserción, declaró en un juicio contra un dirigente de la organización. Al no existir entonces regulación expresa, no pudo declarar con la debida protección de testigos⁹⁷. Por otra parte, en el capítulo sobre la tutela judicial efectiva ya se hizo referencia a la elaboración jurisprudencial sobre los requisitos que ha de reunir la declaración de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, es decir, para otorgar credibilidad a dicha declaración. Recordemos que no puede realizarse por enemistad, obediencia a tercera persona o promesa irregular de trato a favor (STC 51/1995, de 23 de febrero) y que debe reproducirse en el acto de juicio oral para ser sometida a contradicción y ser así valorada por el tribunal (STC 328/1994, de 12 de diciembre). En general, de todo testigo que declara en contra

⁹³ Si bien estaban en vigor anteriormente, este tipo de medidas accesorias sólo empezaron a aplicarse después de 2005.

⁹⁴ Sobre las dificultades que puede plantear la pena de alejamiento en futuros programas de justicia restaurativa, respecto del art. 57 CP, según STS de 15 de julio de 2005, si bien no se refiere al terrorismo: "Hasta ahora se venía estimando que, la medida era aconsejable, porque la presencia del autor podía desatar o generar la violencia entre los diversos protagonistas, activos y pasivos, del hecho delictivo. Por ello la medida podría resultar innecesaria si, por las circunstancias personales y sociales se hubiera producido la reconciliación, debido al perdón solicitado o simplemente por la generosidad de las víctimas, en estos casos, la medida carecería de sentido porque la ofensa o conturbación que podrían sufrir los principales protagonistas estaría atenuada, o casi desaparecida".

⁹⁵ Cfr. el art. 6 de la Decisión Marco de la UE d 13 de junio de 2002, referido especialmente a la rebaja de pena para los supuestos de arrepentidos en el momento de imposición de sentencia.

⁹⁶ Ejemplos de la aplicación del art. 57 bis b) son la SAN de 9 de enero de 1997; y las sentencias de conformidad del Juzgado Central de lo Penal de 18 de enero de 1991 y 27 de febrero de 1993. Véase, de forma general, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 160 a 164. Anteriormente, prácticamente tampoco se aplicaron el art. 174 bis c) CP, introducido por la LO 4/1981, de 4 de mayo, ni el art. 6 de la LO 9/1984, de 26 de diciembre, ya que la AN prefería solicitar al Gobierno un indulto parcial, como en la SAN de 30 de enero de 1988. Cfr. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, pp. 236 a 251. Véase CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión*. Si bien se refiere al Código penal anteriormente vigente, resultan especialmente relevantes las consideraciones sobre el proceso de disociación italiano, p. 167; sobre la legislación británica, p. 164 y alemana, p. 248; sobre el fundamento de estas medidas, p. 352; sobre las posibilidades legales de atenuación, p. 282; sobre la remisión total de la pena, p. 287; los límites temporales, p. 422; las consideraciones sobre el derecho a no considerarse culpable, que podrían relacionarse con la justicia restaurativa, p. 587; la libertad condicional, p. 547; y la aplicación de estas medidas por la Audiencia Nacional, p. 497.

⁹⁷ Hechos relatados en CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 153, nota 134, quien pone de manifiesto las dificultades para que la actual LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos, proteja efectivamente a coimputados. Cfr., sobre la situación europea comparada en la actualidad, CONSEJO DE EUROPA, *Terrorism: Protection*.

del procesado, la jurisprudencia exige que, para considerar la credibilidad de su aportación en el juicio, deben concurrir una ausencia de incredibilidad subjetiva, debida a su relación con el procesado; una verosimilitud del testimonio que se corrobore con otras pruebas o hechos objetivos; y una persistencia en la incriminación⁹⁸.

B) La colaboración valorada como atenuante genérica, analógica o específica, o considerada para la solicitud de indulto

Cuando no se cumplen los requisitos que exige el art. 579. 3 CP, los tribunales han apreciado en algunos supuestos, más bien escasos⁹⁹, la atenuante de arrepentimiento espontáneo, cualificada o no (SSTS de 11 de octubre de 1990; 1186/1995, de 23 de noviembre; y 1071/1996, de 20 de diciembre)¹⁰⁰. En todo caso, puede deducirse una relajación jurisprudencial de los requisitos necesarios para estimar la llamada atenuante de arrepentimiento, especialmente respecto del ACP, apreciándose en algunos casos como atenuante analógica muy cualificada¹⁰¹.

A partir de 1987, Cuerda-Arnau percibe un cambio en la jurisprudencia, acudiendo no a la solicitud de indulto, sino a intensificar la aplicación de la atenuante analógica de arrepentimiento, entendida como muy cualificada¹⁰². De cualquier forma, en estas sentencias el abandono de la actividad terrorista se produce con antelación a la detención por colaboración con banda armada, no siendo requerida por los tribunales una declaración pública de renuncia a la violencia o de reinserción.

La aplicación de la circunstancia atenuante del art. 21. 5^a CP parece más apropiada para hipotéticos casos de justicia restaurativa en el ámbito del terrorismo, sin perjuicio de su aplicación correspondiente en la fase penitenciaria en los supuestos más graves, cumpliendo con la normativa internacional en la materia.

En lo que respecta al indulto, previo informe no vinculante del tribunal, el Gobierno lo ha concedido en algunos casos, de forma total o parcial, a condenados por delitos de terrorismo de ETA, fundamentalmente a partir de 1982¹⁰³, reduciéndose a partir de 1991. De alguna manera, “la Audiencia Nacional vino a participar de ese modo en la política de reinserción iniciada por el Gobierno en 1983”¹⁰⁴, dirigida fundamentalmente a integrantes de ETA-pm, autodisuelta en 1981.

⁹⁸ Para un listado más profuso de sentencias en esta materia, tanto del TC como del TS y de la AN, véase CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 155 a 156.

⁹⁹ Cfr. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 161 a 164.

¹⁰⁰ Respecto de sentencias que se refieren expresamente a la víctima, sin circunscribirse al terrorismo, véanse las SSTS de 12 de julio de 1994 (en que las conversaciones del responsable con la víctima no se consideran suficientes para apreciar la atenuante) y de 10 de diciembre de 1992 (en que se valora positivamente la confesión y petición de perdón a la propia víctima). Por otra parte, la SAN de 6 de junio de 1990 estimó el desistimiento respecto de una conducta de dar alojamiento a miembros de la organización terrorista.

¹⁰¹ Véanse las citas de sentencias de CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, p. 165, nota 166.

¹⁰² CUERDA-ARANAU, *Atenuación y remisión*, p. 499, notas 9 y 10. Esta autora cita las SSAN 15 de junio de 1987, sección 1^a; 26 de octubre de 1987, sección 2^a; 1 de abril de 1989, sección 2^a; 4 de abril de 1989, sección 2^a; 3 de abril de 1990, sección 3^a; 8 de mayo de 1990, sección 3^a; y 7 de abril de 1990, sección 3^a.

¹⁰³ Véanse las referencias numéricas referidas a miembros de ETA, de 1980 a 1994, en CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, pp. 167 a 169. Los datos fueron extraídos de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia e Interior, Área de Asuntos de Gracia. Por otra parte, no tenemos datos sobre la suspensión de la ejecución de la condena al iniciarse un expediente de indulto. La STS de 17 de marzo de 1989 parecía contraria a dicha suspensión. En la Consulta de la FGE 1/1994 se pedía a los fiscales que valorasen cada caso atendiendo, entre otros factores, a la duración de la pena impuesta, la efectiva rehabilitación del condenado y la satisfacción de las responsabilidades civiles. Véanse en el capítulo sobre la ejecución de penas las breves consideraciones relativas al indulto particular solicitado al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 206 RP).

¹⁰⁴ CUERDA-ARANAU, *Atenuación y remisión*, p. 498. Cfr. DE LA CUESTA, “Atenuación, remisión”.

En el análisis de las sentencias de la AN en materia de terrorismo, concretamente las referidas a ETA de 1979 a 1986¹⁰⁵, Mestre pone de relieve que las vías más comunes de exteriorización de la disociación fueron el rechazo a la lucha armada, el cese de cualquier actividad terrorista, el abandono de la organización a la que pertenecían y el acogimiento a “diversas vías de pacificación propiciadas por el Gobierno vasco y por partidos democráticos”. La Audiencia valora el arrepentimiento, en ocasiones como semieximiente, en otras como atenuante específica, aunque en ningún caso existe mención a las víctimas¹⁰⁶. En todo caso, no se aplican los art. 174 bis c) ACP¹⁰⁷ ó 6 de la LO 9/1984. En los supuestos en que se aprecia dicha disociación con un énfasis en la reinserción social se solicita un indulto parcial al Gobierno (art. 2 ACP)¹⁰⁸. El motivo de no acudir a dichos artículos no queda explicitado en las sentencias, pero algunos autores deducen que los tribunales entienden que, al tratarse de medidas políticas, éstas deben ser adoptadas por el poder ejecutivo¹⁰⁹.

Sólo se aplicó el art. 174 bis c) en dos SSAN, de la Sección 2^a, 58/1984, de 25 de septiembre, y 11/1985, de 11 de marzo, referidas a un mismo individuo por colaboración con banda armada, asesinato y atentado con resultado de muerte, al colaborar con la Administración de Justicia tras su detención. Respecto del art. 57 bis) su aplicación no ha llegado a una decena de ocasiones¹¹⁰, sin que nunca haya supuesto remisión total de la pena o atenuación en dos grados, aunque la pena rebajada en un grado suela aplicarse en el grado mínimo¹¹¹. El art. 57 bis b) también fue utilizado en varias sentencias por delitos de terrorismo (asesinatos, atentados, lesiones graves, estragos, robo...) relativas a un destacado miembro de ETA, que colaboró con la justicia y reconoció los hechos. Ante el número de delitos y la gravedad de la pena, la aplicación de dicha atenuante específica resultó inoperante en la práctica. Ello no significa que se deba caer en “posibles planteamientos simplistas y extrajurídicos, propios de otros ámbitos distintos del jurisdiccional, que llevan a asimilar el

¹⁰⁵ Si bien todas las sentencias citadas por MESTRE se refieren a la Sección 2.^a de dicha Audiencia y al año 1985. Vid. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 237, notas 37 a 41. CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión*, p. 498, nota 1, cita también las SSAN, de la mencionada Sección, 40/1985, de 11 de julio; 42/1985, de 12 de julio; y 58/1986, de 30 de junio.

¹⁰⁶ Quienes piden una reinserción activa y participativa, no meramente pasiva a concesión de las autoridades. Véanse ALTUNA y USTARÁN, “Justicia retributiva”. Dentro de esta participación, deben considerarse los esfuerzos por satisfacer las responsabilidades civiles, supuesto que no ha sido frecuente en las medidas de reinserción, vid. ESCRIVÁ, *El camino de vuelta*, pp. 478 a 482. Cfr., en sentido más amplio desde los estudios victimológicos y las posibilidades de la aplicación de la justicia restaurativa en el contexto jurídico español, incluyendo la jurisdicción de menores, para todo tipo de delitos, HERRERA MORENO, “Rehabilitación y restablecimiento social”.

¹⁰⁷ Introducido por la LO 2/1981, de 4 de mayo. Posteriormente, el art. 57 bis b) que permitía la atenuación y la remisión total fue introducido por la LO 3/1988, de 25 de mayo.

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, citamos los siguientes extractos de la SAN 42/85: los procesados “han expresado su voluntad de renunciar a todo tipo de medidas violentas y desean integrarse en la vida ciudadana normal desde la que, y por vías democráticas, aspiran a la pacificación del País Vasco ... (el tribunal) guiado también por la finalidad de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad asigna el artículo 25. 2 de la Constitución, estima procedente acudir al Gobierno de la Nación en propuesta de que, por vía de indulto parcial y personal sea reducida la pena de privación de libertad a imponer, y que considera excesiva”. Sobre la reinserción social en delitos de terrorismo, véanse en general, desde una perspectiva de los responsables de corte antropológico, ALCEDO, *Militar en ETA*; de corte psicológico y político, HORGAN, *Psicología del terrorismo*; GORMALLY Y MCEVOY, *Release and reintegration* (estas dos últimas obras sobre el IRA); INFANTE, “La autodisolución de ETA pm”; ANTOLÍN, *Soares Gamboa*; NOVALES, *El tazón de hierro* (sobre los GRAPO); y de carácter jurídico, PÉREZ CEPEDA, “Reinserción”; GÓMEZ BERMÚDEZ, “Ley y reinserción”, y VERCHER NOGUERA, “Terrorismo y reinserción social”.

¹⁰⁹ Vid. MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista*, p. 237. Cfr., las sentencias relativas a las solicitudes de indulto personal, para todo tipo de delito y en clave diacrónica –ya que el autor se remonta incluso a los años treinta-, en SOBREMONTÉ MARTÍNEZ, *Indultos y amnistía*, pp. 239 a 276. Cfr., en una perspectiva doctrinal más reciente sobre el indulto y la amnistía, MANZANARES SAMANIEGO, *Suspensión, sustitución*, p. 299. Para un enfoque periodístico sobre la aplicación de las medidas de reinserción, vid. ESCRIVA, *El camino de vuelta*, pp. 20; 35; 52; 67 a 145; 180; y 218.

¹¹⁰ Respecto de diferentes organizaciones terroristas, no sólo ETA. CUERDA ARNAU, “El premio por el abandono”, p. 136, indica que, en todo caso, fue el más aplicado en comparación con artículos anteriores semejantes. Su mayor aplicación coincidió con un período de debilidad interna de ETA junto con una mayor colaboración francesa.

¹¹¹ Véanse las SSAN 14/1989, de 13 de febrero, sección 2^a; 32/1992, de 12 de junio, sección 2^a; 28/1992, de 9 de julio, sección 3^a; 33/1992, de 10 de octubre, sección 3^a; 10/1993, de 25 de febrero, sección 2^a. Todas ellas citadas en CUERDA-ARNAU, *Atenuación y remisión*, p. 503, notas 21 y 22.

tercer grado previsto legalmente con un indulto encubierto, términos de comparación que de ninguna manera comparte el Tribunal”¹¹².

El precepto correspondiente en el CP actual (art. 579. 3º), a falta de criterios más explícitos en el ámbito penitenciario, puede servir, según dicha sentencia, “como criterio legal de ponderación en la individualización judicial del cumplimiento de la pena”. Además se consideran las “especialísimas circunstancias en la persona y el comportamiento cívico del condenado, del tipo de las que el legislador ha querido hipervalorar en la norma penal general, previendo ser un instrumento útil de política criminal en la lucha contra la lacra terrorista y en atención precisamente a las peculiaridades del delito terrorista, cuya etiología no es lugar aquí para analizar, pero que ha de ser tenida en cuenta” (auto de la AN de 30 de mayo de 2003). En el voto particular de un magistrado, al que se adhieren otros dos, se indica que, con esta consideración, podría vulnerarse el principio de compensación de la culpabilidad y de proporcionalidad, en su límite mínimo, ya que “la atrocidad de los crímenes cometidos por el condenado, no guardaría proporción alguna respecto a que, transcurridos tan sólo ocho años de privación de libertad, el penado tuviera acceso a una modalidad extremadamente benigna de ejecución de la prisión: el régimen de semilibertad”. En otro voto particular, se critica la vía de interpretación para conceder el tercer grado, en alusión al art. 579. 3 CP.

A este mismo precepto alude la SAN, Sección 3ª, de 19 de diciembre de 2007, relativa al caso *EKIN*. Respecto de una persona condenada por integración en organización terrorista, se dice: “en el presente caso concurre el hecho inequívoco de que este procesado se ha apartado de la actividad de la banda terrorista de forma voluntaria, manteniendo durante el proceso una actitud de colaboración con la Justicia, no siendo ajeno a este razonamiento del Tribunal el hecho de que nos encontramos ante una organización terrorista, cuya actitud hacia las personas que abandonaban su férrea disciplina, por el mero hecho de hacerlo, sin necesidad de facilitar datos personales o materiales de la organización a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, eran asesinadas como sucedió entre otros en el público y notorio caso de la persona conocida por “Yoyes”, procede de conformidad con el art. 579.3 del Código Penal aplicar la atenuante muy cualificada de arrepentimiento, rebajando la pena prevista en dos grados, y fijando la misma en el tiempo indicado”. Como elemento representativo de desvinculación, se señala, además, el hecho de contar con una representación legal distinta del resto de los procesados.

12. Equiparación de las condenas de jueces extranjeros (art. 580 CP)

La STS 1173/1995, de 25 de noviembre, indica que las pruebas obtenidas en el extranjero sólo pueden ser valoradas por los tribunales españoles según los principios jurídicos internos vigentes y, tratándose siempre de una sentencia extranjera que condena por un delito de la misma naturaleza relacionado con el terrorismo, la aplicación de la reincidencia internacional resulta obligatoria.

¹¹² No obstante, el Tribunal sí estima el recurso de apelación de dicho ex miembro de ETA contra el auto del JVP de Logroño que denegó el paso al tercer grado.

III. REFLEXIONES FINALES

Las decisiones judiciales sobre los diversos aspectos que constituyen los tipos delictivos en los delitos de terrorismo suponen tan sólo una parcela en el Derecho relativo a los mismos. En este capítulo se ha aludido a algunas resoluciones referidas a dicha parcela, como pequeña parte de una realidad compleja.

La definición jurisprudencial del terrorismo pone el acento tanto en la finalidad, como en los medios empleados y en la organización, si bien el énfasis varía en diferentes supuestos. El problema de enfatizar la finalidad reside en su prueba, mientras que si se subraya la organización, facilitando aspectos probatorios y el adelantamiento de la intervención penal, puede caerse en el riesgo del llamado “derecho penal de autor”, por el que no se requieren actos concretos para penar conductas como la integración, la colaboración, la financiación y la conspiración para cometer delitos.

En todo caso, respecto del adelantamiento de la protección penal, que puede contradecirse con el principio de mínima intervención junto con otras garantías penales, deben considerarse cuestiones sociopolíticas más amplias, que no son objeto de este apartado, sobre la ineeficacia de otros controles sociales.

La finalidad de las conductas terroristas resulta imprescindible en el concepto de terrorismo (piénsese en el art. 577 CP), no así el elemento organizativo. No obstante, la finalidad no resulta suficiente por sí misma para catalogar una conducta como terrorista.

La jurisprudencia reitera la diferencia entre la pertenencia o integración de la eventual colaboración. En la primera se exigen los requisitos de estructura compleja con la finalidad de pervertir el orden democrático, en la que se participa con un carácter más allá de lo episódico, se aceptan los fines y se realizan actividades que ayudan a dicha finalidad. Respecto de la colaboración, ésta ha de ser relevante y deben precisarse las acciones en qué consiste.

En general, nuestros tribunales avalan una interpretación garantista de acuerdo con el carácter fundamental de los derechos implicados. En todo caso, las posibles disparidades de criterios, claras en delitos como los de colaboración o enaltecimiento, podrían afectar a los principios de igualdad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad, sin perjuicio de la búsqueda de interpretaciones equilibradas atendiendo cada caso concreto.