

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL LLAMADO DELITO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA: LA NUEVA AMENAZA DE UNA CUESTIÓN JURÍDICA NO BIEN RESUELTA EN LA STC 136/1999

Irene Navarro Frías
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El Tribunal Constitucional no arrojó en su Sentencia 136/1999 ninguna luz sobre las importantes cuestiones jurídicas abiertas tras la Sentencia 2/1997 del Tribunal Supremo, en la que se condenaba como autores de un delito de colaboración con banda armada a los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, por la cesión de sus espacios electorales gratuitos al grupo terrorista ETA. Al recurrir, para otorgar el amparo constitucional, al principio de proporcionalidad, se obviaron cuestiones tan importantes como la posible vulneración del principio de legalidad por el citado tipo delictivo o la supuesta atipicidad de la conducta enjuiciada conforme al art. 576 del Código Penal de 1995.

PALABRAS CLAVE: terrorismo, colaboración con banda armada, principio de legalidad, STC 136/1999.

ABSTRACT

The Constitutional Court did not throw any light on the important legal matters set as a consequence of the Sentence 2/1997 given by the Supreme Court, which sentenced the National Board of Herri Batasuna for the crime of collaboration with terrorist groups, based on the cession of its free electoral media time to the terrorist group ETA. The Constitutional Court used the principle of proportionality to concede the constitutional guarantee. Some important aspects such as the lack of fulfillment of the principle of legality by the crime mentioned above or the exclusion of such behaviour in the article 576 of the Criminal Code, were ignored.

KEY WORDS: terrorism, collaboration with terrorist groups, principle of legality, 136/1999 Constitutional Court sentence.



I. INTRODUCCIÓN: LOS HECHOS DEFINITIVAMENTE CALIFICADOS COMO DELITO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA U ORGANIZACIÓN TERRORISTA

1. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante su Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, que tuvo como ponente a Carles Viver i Pi-Sunyer, pone fin al proceso seguido contra los veintitrés miembros de la Mesa Nacional de Herri Bata-suna, absolviéndolos de los delitos de pertenencia a banda armada y apología del terrorismo, y condenándolos como autores de un delito de colaboración con banda armada del art. 174 bis, a) del Código penal (en adelante CP) de 1973, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la pena, a cada uno de ellos, a siete años de prisión mayor y multa de quinientas mil pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, así como al pago, por partes iguales, de un tercio de las costas procesales.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de dicha Sentencia (STC 136/1999, de 20 de julio), y les otorga el amparo constitucional, por entender que la norma aplicada al caso [el art. 174 bis, a) del CP de 1973¹] era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Es decir, si bien admite la subsunción de los hechos que la Sentencia del Tribunal Supremo estima probados en el precepto aplicado, se vulnera el derecho a la legalidad penal del art. 25. 1 de la CE, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, ya que la norma aplicada, por su severidad en sí y por el efecto que comporta para el ejercicio de las libertades de expresión e información, no guarda una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

2. Con las mencionadas resoluciones se puso fin a un proceso que fue objeto de críticas desde su inicio, por determinados sectores sociales que vieron en él una causa política contra la citada coalición². Debemos aclarar que lo que aquí trataremos de exponer son las *cuestiones jurídicas* abordadas por una y otra Sentencia, fundamentalmente en relación con el delito de colaboración con banda armada, cuya inclusión en nuestro CP fue y es objeto de una polémica doctrinal que, sin duda, se ha reavivado con su aplicación a este caso concreto. No obstante, conviene

¹ El art. 174 bis a) del Código penal de 1973 disponía : «1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. 2. En todo caso son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslado de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos».

² El Tribunal Supremo debe incluso aclarar que «ha rechazado toda pretensión de convertir este proceso en la «causa general» de la formación política HB» (F.J. 22º).



hacer una, siquiera pequeña, mención al contexto sociológico en el que se enmarcaron ambas resoluciones, necesaria para entenderlas en todo su sentido.

En primer lugar, hay que tener en cuenta el distinto momento en el que se dictan ambas sentencias. La Sentencia del Tribunal Supremo, con fallo condenatorio, se pronuncia en un período especialmente sanguinario de ETA, mientras que la del Tribunal Constitucional se dicta en plena tregua (que se inicia el 16 de septiembre de 1998 y concluye el 3 de diciembre de 1999), no definitiva pero sí indefinida, del grupo terrorista.

Tampoco podemos olvidar, con relación a la STC 136/1999, las filtraciones que se producen, tanto de los debates como de las sucesivas ponencias, y que parece que finalmente condicionaron el sentido de la resolución³. Así, es especialmente relevante lo ocurrido en mayo de 1999, cuando los medios de comunicación, especialmente algunas emisoras de radio, llegan a afirmar que la sentencia está aprobada y el fallo es desestimatorio. Parece que como consecuencia de esta filtración, el día 27 de mayo de 1999 la ponencia encargada al magistrado Jiménez de Parga (que posteriormente, en su voto particular, señala que en su ponencia proponía la desestimación del amparo) queda en minoría en una votación del Pleno, asumiendo una nueva ponencia el vicepresidente Viver Pi-Sunyer.

Posteriormente, en julio de 1999, se produce una segunda filtración y aparece un resumen de esta nueva ponencia en algunos diarios. En ellos se explicaba que se proponía conceder el amparo por entender que había sido vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

A la vista de lo sucedido, parece que no es descabellado pensar que la quiebra del secreto de las deliberaciones se hizo, precisamente, con el propósito de dirigir en determinado sentido el voto de los magistrados.

3. Pues bien, una vez llegados a este punto y antes de entrar en cualquier otra consideración acerca del presente caso, es necesario realizar una breve exposición de los *hechos que se consideraron probados* en la STS 2/1997 y que, por tanto, también determinaron la resolución del Tribunal Constitucional. Reflejaremos en esta sede, únicamente, aquéllos que sirvieron efectivamente al Tribunal Supremo en su ejercicio de tipificación con relación al delito de colaboración con banda armada, prescindiendo del conjunto de acontecimientos periféricos a la acción delictiva nuclear, que sin integrarse en ella, sirve para mostrar el contexto histórico en que aquélla tiene lugar; todo ello según advierte el propio Tribunal (FJ 18º).

1º) A finales del mes de enero de 1996, ante la proximidad de la elecciones generales que se celebrarían el 3 de marzo, miembros no determinados de ETA,

³ En tal sentido CUERDA RIEZU (2002): Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del TC 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna, La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo (libro homenaje al profesor José Cerezo Mir), Tecnos, p. 239.

hacen llegar a la asociación política Herri Batasuna (en adelante HB), dos cintas de vídeo junto a una nota, para su utilización por la coalición en la forma que tuvieran por conveniente. Los citados vídeos se refieren a la denominada «Alternativa Democrática».

- 2º) En una reunión a la que asisten todos los miembros de la Mesa Nacional de HB, celebrada el 5 de febrero de 1996, acuerdan asumir el contenido de los vídeos, proceder a su difusión, y ante la imposibilidad de que ETA pudiera ocupar espacios electorales televisivos y radiofónicos reservados con carácter gratuito a los partidos políticos legalizados, ceder a dicha organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.
- 3º) Para ello, encargan a su área de comunicación, en primer lugar, el anuncio, propagación y exhibición de las copias del vídeo de unos veinte minutos de duración, para que fuese proyectado en diversos actos de presentación de la «Alternativa Democrática». En segundo lugar, debía preparar una maqueta y copias del segundo vídeo, para que fuera emitido como spot electoral, de unos dos minutos de duración, en las televisiones públicas del País Vasco y Navarra.

- a) El contenido del vídeo de veinte minutos de duración es el siguiente. Aparecen, primero andando por el campo y después sentados ante una mesa, tres encapuchados, los cuales, teniendo como fondo la ikurriña y el símbolo de ETA (hacha y serpiente), informan en euskera sobre la llamada «Alternativa Democrática». Su alocución comienza con una referencia a la que llaman propuesta de paz, presentada por ETA en abril del año anterior; dicen que «os vamos a ofrecer las condiciones para superar la lucha armada entre el Estado español y el País Vasco a través de los nuevos caminos democráticos y pacíficos y construir así el futuro del País Vasco»; continúan afirmando que «los problemas del País Vasco sólo los puede solucionar el propio País Vasco, pero en el marco en que vivimos eso no es posible, y si no es posible es porque España y Francia han establecido unas fronteras, unos límites, además por la fuerza. El quehacer de ETA se basa precisamente en eso: en levantar esos límites para que así el Pueblo Vasco pueda decidir libremente su futuro»; para que se realice el proceso democrático «la primera condición es la amnistía general e incondicional» y la segunda «es la salida de las Fuerzas Armadas españolas», añadiendo que «si el Estado español acepta los puntos que han de establecerse, ETA daría un alto el fuego para dar paso al proceso democrático que ha de llevarse a cabo en el País Vasco». El vídeo concluye: «os pedimos que asumáis, que toméis como vuestra esta alternativa que hemos presentado, que cojáis su sentido y os unáis a la lucha para empezar, cada uno con sus capacidades, a construir desde hoy el País Vasco de mañana. ETA seguirá en la lucha para que eso sea así. ¡Viva Euskadi libre! ¡Viva! ¡Trabajad duro hasta conseguir la independencia!». Los



encapuchados se retiran, dejándose ver en la cintura de dos de ellos sendas pistolas, y puede leerse «Bozkutu Herri Batasuna».

- b) El spot se inicia con una voz en *off* que dice: «Herri Batasuna quiere ofrecer con su voz esta propuesta democrática, la propuesta de paz para el País Vasco. HB, además de luchar por la independencia y por la libertad de nuestro pueblo, les cede su palabra, a los que realmente ofrecen una alternativa para la paz y para la democracia, para superar el conflicto político de hoy en día así como sus manifestaciones violentas». A continuación, figuran en las imágenes tres encapuchados, que con el anagrama de ETA a la espalda y sentados ante una mesa, sobre la cual hay tres pistolas, comienzan la alocución en la que se refieren a la llamada propuesta de paz de ETA, diciendo que «para superar el conflicto armado entre el País Vasco y el Estado español, son dos los puntos a convenir con el Estado español: por un lado, el reconocimiento del País Vasco, es decir, reconocer el derecho de autodeterminación así como la unidad territorial que se le debe, y de otro, respetar el resultado del proceso democrático que ha de desarrollarse en el País Vasco, sea cual sea el mismo». Seguidamente añade que es «necesaria e imprescindible la amnistía general, que las fuerzas armadas españolas no tengan ningún tipo de influencia en ese proceso» y para concluir: «en el caso de que se admitieran los puntos que hay que convenir con el Estado español para llevar a cabo ese proceso democrático en el País Vasco, ETA anunciaría el alto el fuego. He aquí nuestra propuesta de paz ratificada». Hay un cartel que dice «Vota Herri Batasuna».

- 4º) También se confecciona, en virtud del citado acuerdo, una cinta magnetofónica de dos minutos de duración, que el área de comunicación de la Mesa Nacional de HB remite a Radio Nacional de España, para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral del 19 de febrero. La cinta es del siguiente tenor: «Euskal Herría necesita y reclama democracia, una democracia negada durante décadas y décadas por el Estado español», lo que exige que «el Estado español reconocerá nuestro derecho a la autodeterminación y nuestra territorialidad», se afirma que «para que este proceso resulte realmente democrático, se concederá una amnistía que permitirá intervenir en el mismo a todas las personas presas, refugiadas y deportadas», a su conclusión dice: «ETA manifiesta que cesará en su actividad armada cuando se consigan y garanticen los citados contenidos mediante un acuerdo político. El día 3 un voto de democracia y de paz. El día 3 vota Herri Batasuna».
- 5º) Una decisión del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, adoptada el 16 de febrero de 1996, impide que los *spots* electorales y las cuñas radiofónicas lleguen a emitirse.

4. Con apoyo en el precedente relato de hechos probados, la Sala Segunda del Tribunal Supremo condena a la Mesa Nacional de Herri Batasuna, por entender



que han realizado «un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de HB, en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de esa forma su contenido» (FJ 28º)⁴. El precepto aplicado por el Tribunal es el art. 174 bis, a) del CP de 1973, pese a la oposición de la defensa, por considerar que el CP de 1973 resultaba «en bloque» más beneficioso para los imputados que el de 1995.

5. En este punto conviene analizar por separado, en primer lugar, las causas que llevaron al Tribunal a aplicar el citado precepto, pues la defensa alega, tanto ante el Tribunal Supremo como ante el Tribunal Constitucional, que el precepto aplicable al caso es el art. 576 del CP de 1995, por tratarse de una ley más favorable.

En segundo lugar, debemos ocuparnos de la concreta subsunción de la conducta de los enjuiciados en el tipo penal de colaboración con banda armada. Cuáles son los concretos hechos en los que se apoya el Tribunal Supremo para realizar esta calificación jurídica y si su efectivo encuadre en el tipo excede o no de la interpretación extensiva y puede, en su caso, considerarse una aplicación analógica del tipo.

Pero antes, y para una mejor comprensión de estas cuestiones más específicas, nos acercaremos, de forma más general, a la problemática actual de los delitos de terrorismo y en concreto del delito de colaboración con banda armada, cuya regulación se dice que puede vulnerar las garantías propias de un Estado de Derecho. Debemos examinar en primer término si con este tipo delictivo se trata de proteger un bien jurídico en sentido estricto, efectivamente merecedor de tutela penal, o si por el contrario, el adelantamiento de la barrera punitiva que implica esta figura delictiva es injustificado. Seguidamente, analizaremos la concreta configuración típica que este delito tiene en nuestro ordenamiento.

6. Antes de pasar a ocuparnos de todos estos problemas planteados por el tipo de colaboración con banda armada, es conveniente hacer un alto para recordar la fundamental importancia que tiene, de cara al futuro, una correcta resolución de aquéllos.

⁴ Al mismo tiempo, son absueltos de un delito de pertenencia a banda armada, por carecer dicha pretensión de sustrato probatorio alguno (EJ. 31º), y del delito de apología del terrorismo; la petición de condena por esta última fue formulada por la Asociación de Víctimas del Terrorismo y tiene su base en los siguientes hechos. A raíz de los asesinatos de D. Fernando Múgica Herzog, ocurrido el 7 de febrero de 1996, y el Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente, el 14 de febrero de 1997, la Mesa Nacional de HB difunde sendas notas de prensa, en las que no condena dichos atentados y los inscribe en el contexto de la «agudización de la dominación y represión española en Euskal Herría». A esto contestó el Tribunal Supremo que «es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza [...] en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito» (EJ. 30º).



El 26 de agosto de 2002, el Pleno extraordinario del Congreso, por mayoría, *emprendió el camino de la ilegalización de Batasuna*. Entre los fundamentos de tal resolución, se recordaba que los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna han demostrado desde su creación una trayectoria de quiebra y ofensa de los principios y valores democráticos, desarrollando una actuación política tendente a justificar y legitimar la violencia de ETA y aprovechando las prerrogativas y beneficios que la democracia concede (en términos de financiación y acceso a medios de comunicación públicos), con ánimo de favorecer, generalizar y multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo generado por ella. Con ello han colaborado a fomentar un clima de intimidación generalizado tendente a minorar o eliminar las condiciones indispensables para el ejercicio del pluralismo y la democracia.

A continuación, se citan actividades concretas llevadas a cabo por Batasuna, entre las que se incluye la cesión de espacios públicos de propaganda.

En definitiva, a la hora de iniciar el actual proceso para la ilegalización de Batasuna, se han tenido en cuenta, y de hecho han servido de fundamento para su incoación, actividades de este grupo que podrían ser calificadas de colaboración con banda armada, según veremos. Sin embargo, los límites de este tipo delictivo aparecen todavía difusos y son objeto de una gran polémica doctrinal, pues para algunos este precepto choca radicalmente con las más mínimas exigencias del principio de legalidad penal. Teniendo en cuenta que para un sector mayoritario de la doctrina, parte de los hechos en los que se fundamenta el proceso de ilegalización no son o no deberían ser delictivos, deberíamos cuestionarnos la conveniencia y la legalidad de tal proceso.

En todo caso, el Tribunal Constitucional tuvo una oportunidad inmejorable de pronunciarse al respecto en la STS 136/1999, y optó por permanecer en silencio, con lo que en el futuro se presentarán, con toda seguridad, graves problemas para discernir los límites entre lo delictivo y lo permitido en un ámbito tan problemático en nuestra sociedad como es el terrorismo.

II. LOS DELITOS DE TERRORISMO COMO UNA DE LAS NUEVAS FORMAS DE DELINCUENCIA. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

1. El terrorismo es una forma de criminalidad incardinada en la cotidianidad, un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con elementos transitorios⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, mediante las leyes 3/1988 de reforma del CP y 4/1988 de reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal, ambas de 25 de mayo, se reincorporaron al CP y a la ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente, las

⁵ En este sentido TERRADILLOS BASOCO (1988): Terrorismo y Derecho, p. 13.

normas de carácter jurídico-material y procesal sobre esta materia, rompiéndose así con su anterior carácter de ley especial. La persistencia de este fenómeno (otra cosa es la mayor o menor transitoriedad de los grupos que lo han practicado) desaconseja el tratamiento de excepcionalidad, que deja de serlo precisamente por el hecho del reconocimiento de esta permanencia⁶. Nos encontramos, en definitiva, ante una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad o móvil predominantemente político, que la hace más peligrosa y difícil de controlar penalmente⁷.

2. En efecto, aunque existen diferencias con la que podemos denominar «criminalidad organizada económica»⁸, hay cuestiones comunes a todas ellas que plantean *un reto al actual Derecho penal*.

El surgimiento de lo que se ha dado en llamar «nuevos riesgos» o «nueva delincuencia» ha puesto en tela de juicio el Derecho penal clásico, por su aparente ineficacia a la hora de resolver estos conflictos.

En concreto, la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, distribución de pornografía), la criminalidad de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, en materia de consumo, salud e intereses económicos), la corrupción político-administrativa o el abuso de poder, e incluso la violencia conyugal del denominado «tirano doméstico» y el acoso sexual, aparecen en primer plano de la actual discusión social sobre lo delictivo⁹ y sobre los ámbitos en los que los principios generales no encuentran una clara y eficaz aplicación, en orden a la solución de los problemas que se plantean.

Sin embargo, si bien es cierto que vivimos en la «sociedad del riesgo» o «sociedad de riesgos»¹⁰, no lo es menos que la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de ellos¹¹. En realidad, resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables, o sencillamente incontrolables, que les afecten personalmente

⁶ Véase GARCÍA SAN PEDRO (1993): Terrorismo: aspectos criminológicos y legales (Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense), Madrid, p. 234.

⁷ Véase MUÑOZ CONDE (2001): Derecho Penal. Parte Especial (13ª. ed. Tirant lo blanch), Valencia, p. 862.

⁸ Es evidente que la obtención de beneficios económicos es la finalidad primordial de la «criminalidad organizada económica», entre la que encontramos el narcotráfico, las redes de prostitución, etc., mientras que el móvil del terrorismo es predominantemente político. Sin embargo, y no obstante las características particulares de cada tipo de criminalidad, existen cuestiones comunes a todas ellas a las que se puede y se debe dar respuesta de forma unitaria desde la perspectiva del Derecho penal.

⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ (2001): La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales (2ª. ed. Civitas), p. 56.

¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 26-7. Se trata de una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables, que afectan a todos los ciudadanos, y que surgen de las decisiones humanas.

¹¹ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 37.

y de modo inmediato¹². Desde esta perspectiva, nuestra sociedad podría definirse como la sociedad de la «inseguridad sentida» o como la «sociedad del miedo»¹³. En nuestros días, la seguridad se ha convertido en una pretensión social a la que se supone que debe dar respuesta el Estado, y más en concreto, el Derecho penal¹⁴. Existe una demanda social, cada vez más extendida, de que se amplíe la protección del Derecho penal, sin importar que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho. Muy al contrario, éstas son denostadas por demasiado rígidas y se abona su flexibilización¹⁵.

A la evolución experimentada en la representación social del Derecho penal se suman los problemas que entraña enfrentarse con eficacia a la «nueva delincuencia». Claro ejemplo de estos últimos es el contexto general actual de incertidumbre sobre las relaciones causa-efecto¹⁶. Su consecuencia más inmediata es la creciente insatisfacción de los delitos de resultado de lesión como técnica de abordaje del problema. De ahí se deriva el recurso cada vez más asentado a los *tipos de peligro*, así como a su configuración cada vez más abstracta o formalista.

Del mismo modo recurre el legislador al uso de *tipos abiertos*, cuya flexibilización propicia una continua extensión de su alcance¹⁷, sacrificando, en aras de la prevención, principios tan básicos como el de legalidad.

En conclusión, la tendencia actual en la legislación de todos los países es hacia la introducción de nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes, creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía. Nos dirigimos, por tanto, hacia una reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal¹⁸.

Es en este contexto donde debemos situar el reto, antes aludido, para el Derecho penal, que no es otro que encontrar el punto de equilibrio entre el respeto a los principios sobre los que se construye el Estado de Derecho y una eficaz respuesta a estos fenómenos¹⁹.

¹² Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 36.

¹³ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 32.

¹⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 40.

¹⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 41.

¹⁶ En su opinión, no se puede negar que nos ha tocado vivir una época de gran complejidad, SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 29-30. Con relación a estas dificultades, concretamente en el ámbito de la criminalidad organizada, señala ASÚA BATARRITA (1998): Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos. Comentario a la Sentencia de 19 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo en «La Ley» (10), p. 1.641, que «las características de la criminalidad organizada de delitos de máxima gravedad, justifica la excepción a las reglas generales que rigen la responsabilidad del auxiliador o cómplice, y que exigen esa conexión directa con los actos de ejecución que lleva a cabo el genuino autor».

¹⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 55.

¹⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 20.

¹⁹ En este sentido, MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 862.



3. Como ya hemos mencionado en los apartados anteriores, el terrorismo es uno de los ámbitos de criminalidad «problemáticos» del actual Derecho penal. En concreto, y en opinión de la mayoría de la doctrina²⁰, el fenómeno terrorista suscita problemas de caracterización desde una óptica de legalidad y muy especialmente en su exigencia de taxatividad. La fricción de estos ilícitos con el principio de legalidad ha sido justificada por el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de nuestro estudio, en atención a la importancia de los bienes jurídicos que se trata de proteger. Por tanto, antes de entrar en la delimitación típica de la figura objeto de nuestro estudio, debemos precisar qué interés se pretende proteger con ella para, partiendo de esta base, realizar una adecuada interpretación del tipo delictivo y analizar la técnica legislativa empleada.

El Tribunal Supremo ha señalado que, si bien el legislador no puede recurrir indiscriminadamente al empleo de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial, su uso es constitucionalmente admisible «cuando exista una *fuerte necesidad de tutela* desde la perspectiva constitucional y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos» (STS 2/1997, FJ 5º). El Tribunal se refiere, en concreto, a la exigencia inexcusable de tutela de «bienes jurídicos tan importantes como la vida, la seguridad de las personas y la paz social, valores constitucionales de primer orden, según los artículos 10.1, 15 y 17 de la Carta Magna» (STS 2/1997, FJ 22º).

Sin embargo, no para todos resulta tan evidente la caracterización de esas denominadas «necesidades de tutela» y para algunos²¹, éstas vendrían más determinadas por exigencias de índole político-coyuntural²² que por referentes político-criminales y su vinculación al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y respeto al principio de culpabilidad. No estaríamos, por tanto, ante bienes jurídicos capaces de configurar el núcleo de lo injusto, sino ante intereses de difusos contornos, demasiado amplios, indeterminados y, en el fondo, inidóneos para ser afectados por conductas individuales (razón por la cual se acude a la técnica de los delitos de peligro abstracto, pues es la única que permite salvar esta dificultad). En la práctica, se gregarizaría el concepto de bien jurídico para acoger una regulación

²⁰ Véase CANCIO MELIÁ (1997): Art. 576 en Rodríguez Mourullo (dir.)/ Jorge Barreiro (coord.), Comentarios al Código Penal, Civitas, p. 1.392; MUÑOZ CONDE, ob. cit., pp. 866-7; LAMARCA PÉREZ (2001): Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Colex, p. 714; PRATS CANUT (2001): Art. 576 en Quintero Olivares (dir.)/ morales Prats (coord.), Comentarios al nuevo Código Penal, 2ª. ed. revisada, y puesta al día. Aranzadi, p. 2.311; SERRANO GÓMEZ (2001): Derecho Penal. Parte Especial (6ª. ed. Dykinson) Madrid, p. 1.004, también resalta la imprecisión del texto legal.

²¹ Véase PRATS CANUT, ob. cit., p. 2.311.

²² Este planteamiento podría entroncarse con la función simbólica que ha adquirido el Derecho penal, criticada por SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 21, pues «se busca en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva)».

de carácter defensivo y contenido utilitarista²³. Así, se prescinde del límite punitivo que supone la referencia a un bien jurídico en sentido estricto, y se tipifican conductas que sólo suponen la infracción de un deber, sin ningún injusto material. Este sacrificio del principio de lesividad de los bienes jurídicos quedaría «compensado» por necesidades de prevención.

Con relación al presente caso, Asúa Batarrita²⁴ sostiene que la referencia a la paz social como bien jurídico resulta demasiado general e indeterminada y únicamente puede entenderse como abstracción conceptual o enunciación sintética referida al conjunto de los bienes jurídicos: vida, libertad, seguridad de las personas o de los bienes. En resumidas cuentas, los bienes jurídicos tradicionales, que adquieren un plus de tutela por el elemento intencional, exigido en los delitos de terrorismo, de perturbar el orden constitucional o la paz pública, pero que no gozan de autonomía propia²⁵.

No obstante lo visto hasta ahora, para otro sector doctrinal, mediante estas figuras delictivas se trata de proteger bienes jurídicos colectivos de entidad propia, concretamente la paz pública y el orden constitucional²⁶. Hay que tener en cuenta que la diferencia entre estos bienes jurídicos y los de carácter individual no es cuantitativa²⁷. Bien al contrario, «la diferencia cualitativa del acto de terrorismo en los sistemas democráticos, en que decae la motivación política de este comportamiento criminal, no es otra que la de producir terror a la sociedad a través de tal forma de criminalidad común organizada». Por ello se exige que la organización terrorista presente entidad suficiente como para originar terror, inseguridad e incidencia en la vida social²⁸, pues generar miedo a un grupo o a la generalidad de la población es el signo distintivo del terrorismo.

La Exposición de Motivos de la ley orgánica 2/1998, de 15 de junio, define la «subversión del orden constitucional» como la destrucción violenta del Estado democrático y sus instituciones²⁹, mientras que alterar la «paz social» supone una situación cualitativamente distinta, por su específica gravedad, de la alteración del orden públi-

²³ Véase PRATS CANUT, ob. cit., p. 2.313.

²⁴ Precisamente esta autora comenta extensamente la STS 2/1997 en ASÚA BATARRITA, ob. cit.; respecto de la problemática del bien jurídico protegido, véase p. 1.641.

²⁵ Véase PRATS CANUT, ob. cit., p. 2.313.

²⁶ Cabe destacar que JESCHECK (1993): Tratado de Derecho Penal. Parte General (traducción de José Luis Manzanera Samaniego), (4ª. ed. Comares) Granada, p. 6, cita como bienes elementales, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública, el orden constitucional y la paz pública, junto a otros como la vida humana, la integridad corporal o la seguridad del tráfico.

²⁷ Véase POLAINO NAVARRETE (1997): en Cobo del Rosal (dir.), Curso de Derecho Penal español. Parte Especial II, (Marcial Pons), p. 906.

²⁸ Así lo dispone la STS de 12 de marzo de 1992.

²⁹ Como señala CALDERÓN CEREZO (1999): Derecho Penal. Parte Especial, Bosch, p. 1.229, éste sería su significado gramatical, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado.



co sancionada penalmente, de tal manera, que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática³⁰. En todo caso, parece indudable que el terrorismo ataca, como señala la STC 199/1987, presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), causando inseguridad en la población con tal intensidad que puede considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana³¹.

En su Sentencia 136/1999, el Tribunal Constitucional también abordó el presente tema al realizar el juicio de proporcionalidad. En este sentido, la reacción penal será proporcionada si se persigue preservar bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos, ni sean socialmente irrelevantes (FJ 23º). El Tribunal consideró a este respecto que los bienes que el precepto pretendía proteger tienen *suficiente entidad como para justificar la previsión de un precepto sancionador*, pues lo que se protege son bienes jurídicos individuales y colectivos de gran entidad, como son la vida, la seguridad de las personas o la paz social, que son puestos en peligro por la actividad terrorista (FJ 27º)³².

4. Sin embargo, aunque estos bienes jurídicos lo sean en sentido estricto y sean merecedores de tutela penal (bienes jurídico-penales)³³, su carácter espiritual hace casi imposible demostrar que una concreta conducta tenga para los mismos carácter lesivo. La peculiar naturaleza de estos bienes exige el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto, en la medida en que el bien jurídico protegido tenga la entidad suficiente para ser merecedor de tutela penal³⁴. En estos delitos se protegen bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, en los que la tipificación

³⁰ En los tipos de terrorismo, se exige además un especial elemento subjetivo. No basta que objetivamente las acciones terroristas causen inseguridad en la población, sino que es necesario que la organización como tal tenga por fin crear esa inseguridad para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Estas finalidades son alternativas (art. 571 del CP de 1995), por lo que son también bandas armadas aquellas que, con la finalidad de afirmar nuestra democracia, luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la grave perturbación de la paz pública; así, CALDERÓN CEREZO: ob. cit., p. 1.231.

³¹ Para POLAINO NAVARRETE: ob. cit., p. 906, subvertir el orden constitucional implica «conculcar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, que caracteriza el sistema democrático del Estado de Derecho, en la medida en que tales derechos y libertades son asumidos mayoritariamente por la sociedad y como máxima expresión de la soberanía popular consignada por la ley constitucional», mientras que alterar la paz pública tiene una sustancial característica, por cuanto revela la pretensión de causar intranquilidad, inquietud, desasosiego y temor de la ciudadanía. En el mismo sentido SERRANO GÓMEZ: ob. cit., p. 1.000.

³² El Tribunal Constitucional cita también el art. 10.2 CEDH, que establece que la libertad de expresión, que según HB se vulneraba con la Sentencia 2/1997 del Tribunal Supremo, sólo puede ser limitado si esto constituye una «medida necesaria en una sociedad democrática», como es el caso.

³³ No cabe duda de que el concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal, MIR PUIG (2002): Derecho Penal. Parte General, p. 164.

³⁴ Véase RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (1994): Delitos de peligro, dolo e imprudencia (Universidad Complutense. Centro de Estudios Judiciales), Madrid, pp. 299-302.



de una lesión o puesta en peligro concreto es difícilmente imaginable porque «el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce, más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento»³⁵. De ahí deriva la dificultad de determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual respecto al bien jurídico colectivo. En todo caso, desde esta perspectiva, y siguiendo a Tiedemann³⁶, formalmente estamos ante un delito de lesión.

Esta argumentación tropieza con un importante escollo: el principio de culpabilidad por el hecho, pues, si fundamentamos la lesividad partiendo de que una masiva realización de la conducta lesionaría efectivamente el bien jurídico, estamos imputando al autor hechos de otro como base de lo injusto³⁷.

Con esta dificultad para demostrar una relación de causalidad entre la concreta conducta enjuiciada y un bien jurídico de carácter espiritual, se tropieza cuando se trata de proteger estos bienes inmateriales. Por ello al seleccionar cuáles de estos bienes supraindividuales son merecedores de tutela penal, hay que ser especialmente cautelosos y respetuosos con el principio de lesividad de los bienes jurídicos.

Sin embargo, y aun teniendo esto en cuenta, frente a la expansión irrazonable del Derecho penal a la que aludíamos en los apartados anteriores, y motivada en muchos casos por la denominada «sociedad del miedo» o, incluso, por un uso simbólico del Derecho penal, tenemos la convicción de que existe una expansión razonable³⁸ y necesaria para la protección de bienes jurídicos especialmente importantes.

Tal es sin duda el caso de los bienes jurídicos afectados por la actividad terrorista, en particular la paz pública y el orden constitucional, que son presupuestos de la pacífica convivencia y, por ello, objetivo prioritario del fenómeno terrorista. La incuestionable entidad de los intereses en juego justifica sobradamente el adelantamiento de la barrera jurídico-penal.

³⁵ Para CALDERÓN CEREZO: ob. cit., p. 1.229, los delitos concretos tienen un carácter instrumental, debiéndose representar el autor su realización como forma de contribución a la ejecución de un programa global de actuaciones, dirigidas contra el sistema constitucional establecido, con el fin último de producir la modificación del sistema político. ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.644, expone respecto al caso concreto enjuiciado por la STS 2/1997, que «no puede ignorarse que la creación o mantenimiento de un clima proclive a la aceptación del terrorismo no es fruto de un día ni de un discurso aislado. Por eso mismo, no puede atribuirse a un concreto discurso [...] idoneidad directa y causal para el favorecimiento de la comisión de delitos o para generar un determinado clima de apoyo al terrorismo», hay que tener en cuenta además que «se juzga un hecho y no una trayectoria global. Esa es la limitación de un Derecho penal del hecho».

³⁶ Véase TIEDEMANN (1985): Poder económico y Delito, p. 36, donde señala que «el peligro sólo parece abstracto, únicamente, si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociedad) del bien jurídico [...], estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro) por el delito».

³⁷ Véase KINDHÄUSER (1995): Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal Económico en Hacia un Derecho Penal Europeo. Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann (Estudios Jurídicos. Serie de Derecho Público), p. 446.

³⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 25-6.

A la importancia de los bienes jurídicos en juego se suman las manifestaciones pluriformes del fenómeno, la potencia imaginativa de sus diseños operativos y la dinámica comisiva de los actos terroristas, que justifica el intento de dotar al Estado y sus representantes, y siempre dentro de los límites de lo constitucionalmente admitido, del mayor número posible de instrumentos de combate legal. En todo caso, la permanencia en el tiempo de las bandas terroristas depende en gran medida de su apoyo social y, por tanto, en la lucha efectiva contra este fenómeno debe incluirse la sanción de los comportamientos que consistan en prestar especial colaboración al grupo terrorista, aunque se trate de conductas que no sean constitutivas de intervención en otros delitos, ni supongan la pertenencia a la banda terrorista. La intervención del Derecho penal en este ámbito está, por tanto, plenamente justificada.

III. LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE COLABORACIÓN CON BANDA ARMADA

1. El delito de colaboración con banda armada es, dentro de los delitos de terrorismo, la única figura verdaderamente autónoma, que no se presenta como cualificación de un delito común. Se trata de uno de los tipos clásicos del terrorismo, con el que, en opinión de Lamarca Pérez³⁹, se pretende sancionar cualquier género de conducta de favorecimiento. Esto convierte el precepto en una especie de *cajón de sastre*, que ayudaría a obviar determinadas dificultades de prueba. Por ejemplo, y según esta autora, en los casos en que no se pudiera probar la efectiva integración del individuo en la banda armada o el favorecimiento de un concreto acto delictivo, constituye este tipo una vía de incriminación de unas conductas que, de otro modo, serían muchas veces actos preparatorios o de encubrimiento impunes.

Parece que el fundamento de esta *excepción a la regla de impunidad de los actos preparatorios*, se encuentra en la importancia y peligrosidad que tales conductas colaboradoras han adquirido en las actividades terroristas (STS de 2 febrero de 1987). No pueden desconocerse, en primer lugar, la importancia que para nuestra sociedad tienen los bienes jurídicos protegidos por este precepto, y por otro lado, la creciente imaginativa de la dinámica terrorista; estos factores hacen que sea imprescindible, para una efectiva protección de la paz pública y el orden constitucional, un precepto como el que ahora estudiamos, por supuesto siempre encuadrado dentro de los límites del principio de legalidad.

2. Las diferencias fundamentales entre el art. 576 del CP de 1995 y su precedente legislativo son las siguientes⁴⁰. En primer lugar, se enmienda el defecto que presentaba la anterior redacción, que incluía las conductas de obtener, recabar

³⁹ Véase LAMARCA PÉREZ: ob. cit., p. 713.

⁴⁰ Véase CANCIO MELIÁ: ob. cit., pp. 1.390-1.

o facilitar, pero no la de llevar a cabo. Conforme a esta descripción típica, se pudo incluso sostener que lo que se castigaba no era la prestación de actos de colaboración sino el obtenerlos, recabarlos o facilitarlos. Ahora queda claro que la realización material de las conductas de colaboración es también típica. En segundo lugar, el acto de colaboración puede ahora referirse también a las finalidades de la organización terrorista. En tercer lugar, la fórmula «en todo caso son actos de colaboración», se sustituye por la más neutra «son actos de colaboración». También se mejora la cláusula de cierre, introduciendo la referencia a la *equivalencia*. Por último, se introduce el segundo párrafo del número 2.

3. Para el Tribunal Supremo son actos de colaboración con banda armada aquellos «actos de cooperación *in genere*, que un *extraneus* aporta a la organización ilícita para, sin estar causalmente conectados a la producción de un resultado concreto, favorecer las actividades o fines del grupo terrorista, sin tomar cuenta de las normales consecuencias de las acciones *intuitu personae*» (STS 2/1997 F.J 5º).

Se trata, en todo caso, de actos de colaboración materiales y genéricos. La conducta típica puede denominarse *simple* o *genérica*, pues no está vinculada con una actividad delictiva concreta, sino que constituye un apoyo genérico a la organización terrorista⁴¹. Parece que es una figura distinta, aunque periférica de la participación, de modo que, como señala el Tribunal Supremo, no integra actos propios y directos de cooperación que impliquen a sus autores en delitos concretos llevados a término por los individuos o grupos citados (FJ 5º). En todo caso, si la ayuda o favorecimiento se dirige a la ejecución de un plan concreto o específico, ésta debe sancionarse como participación en el delito ejecutado.

La novedad del CP de 1995 consiste en haber introducido el citado inciso final, que contiene dos previsiones: según la primera, si los actos de información o vigilancia ponen en peligro la vida o la integridad, debe imponerse la pena en su mitad superior. Según la segunda, si se da el resultado lesivo, el hecho debe castigarse como autoría o complicidad. Esta última declaración resulta, sin embargo, obvia y constituía ya una práctica jurisprudencial asentada⁴².

Precisamente el Tribunal Supremo destaca como las dos primeras características de este tipo: 1) su configuración autónoma, de forma que se castigan conductas que implican participación en las actividades de la organización terrorista, sin venir subordinadas a las exigencias del principio de accesoriedad, y 2) su carácter residual o subsidiario, pues sólo se castigan los hechos si no constituyen una figura de mayor entidad.

Por último, hay que resaltar que no se puede caer en el error de limitar el delito de colaboración con banda armada a los supuestos exclusivos de colaboración en actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a actuar violenta-

⁴¹ Véase CANCIO MELIÁ: ob. cit., p. 1.391.

⁴² Véase LAMARCA PÉREZ: ob. cit., p. 715; *Prats Canut*, ob. cit., p. 2.310.

mente contra personas y bienes, pues en este ámbito de la colaboración directa en las acciones armadas este tipo delictivo, como ya hemos visto, cumple sólo una función alternativa respecto de la subsunción de los hechos como autoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, si se llegare a ello. Donde el tipo despliega su máxima funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada (STS 10 de octubre de 1997 y STS 16 de febrero de 1999).

4. Como señalábamos en el apartado anterior, estos actos de colaboración se reducen a una *colaboración material*. No es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues la colaboración psicológica que resulta de la apología sólo es punible como forma de provocación directa a cometer un delito, según el art. 18 del CP⁴³. Por tanto, con una interpretación sistemática, no puede darse entrada por vía de la colaboración a conductas que quedaron destipificadas del ámbito propio de la apología.

Hay que tener en cuenta además que en los últimos años, y a falta de una definición legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia acogieron una concepción cada vez más restrictiva del delito de apología⁴⁴, en consonancia con el principio de lesividad de bienes jurídicos y el respeto a la libertad de expresión. Así, en principio se entendió la apología como manifestación pública de alabanza, elogio o exaltación de actos delictivos o sus culpables, o como propuesta de que la acción delictiva se tome como modelo de comportamiento aprobable. Más tarde, la doctrina destaca que tiene que tratarse de conductas con potencialidad para crear un clima favorable a una futura pero imprecisa ejecución de delitos. Sería una forma de incitación al delito más sutil que la provocación directa. Finalmente, como decíamos, el CP en el art. 18, restringe la relevancia penal de la apología a aquélla que «por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

Se exige, por tanto, que se trate de una colaboración mediante actos materiales, con las actividades o los fines de la organización, lo cual plantea nuevos interrogantes pues «actividades y fines, según el texto legal, son objetos diversos. Mientras que los fines están vinculados con las metas perseguidas por la organización delictiva, las actividades, por el contrario, son todas las acciones que sirven al mantenimiento de la organización como tal, es decir, como soporte orgánico de los fines» (STS 2 de febrero de 1993).

5. Como señala Cancio Meliá⁴⁵, la delimitación típica de la *colaboración con las finalidades de la organización terrorista* presenta graves dificultades. En primer

⁴³ En este sentido CALDERÓN CEREZO: ob. cit., p. 1.235; MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 867.

⁴⁴ ASÚA BATARRITA: pp. 1.639-40. Es conveniente adelantar en este momento que para esta autora, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 2/1997, califica como conducta de colaboración comportamientos de naturaleza apologética, que, en tanto no contienen una incitación directa al delito, no son tipificables como apología punible en el nuevo CP.

⁴⁵ Véase CANCIO MELIÁ: ob. cit., pp. 1.391-2.

lugar, hay que determinar a efectos judiciales cuáles son estas finalidades concretas, más allá de la genérica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. En segundo lugar, y tomando en cuenta que se trata de sujetos, que ni son miembros de la organización, ni colaboran con las actividades de ésta (primera alternativa típica), parece que se alcanzan conductas que no pueden ser constitutivas de infracción criminal en nuestro Derecho, tales como manifestar determinadas aspiraciones políticas que coincidan con las «finalidades» de la organización.

Sin embargo, a esto cabría objetar que la única finalidad de una organización terrorista penalmente relevante es la recogida de forma alternativa en el art. 571 del CP de 1995, a lo que se suma lo ya expuesto sobre los apoyos meramente morales, con relación al delito de apología. Por tanto, parece que no habría que temer la inclusión en el art. 576 de esta clase de conductas.

6. *Sujeto activo* de este tipo delictivo sólo puede serlo aquella persona que no pertenezca a la organización. De hecho, la actuación de colaboración no puede llegar a alcanzar este rango de pertenencia a asociación terrorista, que ya de por sí tiene mayor pena en el art. 516 del CP de 1995⁴⁶. En este sentido, la habitual realización de este tipo de comportamiento pone de manifiesto la absoluta disponibilidad y, por tanto, la pertenencia a la asociación delictiva⁴⁷. En palabras del Tribunal Supremo, «una relación temporalmente extendida y no meramente puntual, junto con el cumplimiento regular de una función propia de los fines de la organización armada permite afirmar la pertenencia a la misma» (STS 17 de marzo de 1997).

7. Además de las ya analizadas, el Tribunal Supremo (STS 2/1997 FJ 22º) destaca tres características más de este tipo delictivo: 1) delito de *tracto sucesivo* (aunque este carácter ha sido cuestionado en algunas resoluciones) y reiterado de diversas acciones que, por razones de punibilidad de política-criminal, se sancionan con pena única, 2) de *mera actividad*, pues el legislador anticipa la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, sino que el desvalor del acto cobra especial relieve, sancionándose la acción u omisión con independencia de los resultados en el sentido naturalístico de este término, y 3) de *peligro abstracto*, pues no lleva aparejado la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro al bien jurídico, como elemento material integrante del tipo.

Debemos detenernos en estos dos últimos caracteres. Con relación a su configuración como delito de mera actividad, el Tribunal Supremo añade que la legislación se dirige a abarcar todas las conductas que giran en torno al terrorismo, en el sentido de penalizar incluso los actos de colaboración y no la colaboración

⁴⁶ Véase MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 867-8.

⁴⁷ Véase LAMARCA PÉREZ: ob. cit., p. 713.

misma. Así, es indiferente para la consumación del delito que la organización se beneficie o no de la conducta colaboradora, es decir, la conducta será típica aunque ésta no sea útil para el grupo terrorista⁴⁸. Consecuencia de ello es que no sea requisito típico la prueba en relación al aprovechamiento de la colaboración por parte de la banda armada, pero sí es necesario, en opinión de parte de la doctrina, además del Tribunal Supremo, reclamar la idoneidad y potencial eficacia de los actos de favorecimiento⁴⁹, pues aunque nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, de no comprobar esta «peligrosidad» de la conducta desaparecería cualquier referencia al desvalor del resultado.

Es preciso antes de adelantar cualquier conclusión, realizar algunas precisiones sobre los delitos de peligro abstracto. En primer lugar, en este tipo de delitos el peligro no es un elemento del tipo sino únicamente la *ratio legis*, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva⁵⁰. Por tanto, lo que se tipifica es una clase de acciones generalmente peligrosas, de modo que su realización da lugar a una presunción *iuris et de iure* de peligro⁵¹. Al no incluirse en el tipo un resultado de peligro, los delitos de peligro abstracto plantean problemas en cuanto a su contenido de injusto material. Por esta razón, al considerarse que no son conductas materialmente antijurídicas, se proponen diversas interpretaciones restrictivas de estos tipos, como la exigencia de transformar la presunción de peligro en una *iuris tantum*⁵², es decir, que se admita la prueba de que en el caso concreto no se dio el peligro para el bien jurídico, o exigir la peligrosidad de la acción en el caso individual⁵³ (que es precisamente lo que hace el Tribunal Supremo, al hablar de una acción apta para producir un peligro al bien jurídico), de forma que en el momento de su realización no aparezca como absolutamente improbable la producción de la lesión del bien jurídico. En definitiva, mediante estas interpretaciones se pretende paliar la supuesta falta de «antijuridicidad material» de esta clase de delitos, pero en todo caso son inaceptables. La primera sería contraria a la ley, pues supone nivelar los delitos de peligro concreto y abstracto, al exigir, para que la acción sea típica, un resultado de

⁴⁸ Véase MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 867.

⁴⁹ En este sentido, ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.639; CANCIO MELIÁ: ob. cit., p. 1.392; PRATS CANUT: ob. cit., p. 2.310.

⁵⁰ Véase CEREZO MIR (1998): Curso de Derecho Penal español. Parte General II (Teoría jurídica del delito), (6ª. ed. Tecnos) Madrid, p. 111.

⁵¹ Véase GRACIA MARTÍN (1990): La infracción de deberes contables y registrales en Derecho Penal, (Trivium) Madrid, p. 44.

⁵² Véase MIR PUIG (1981): Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK. Parte General 3ª, p. 372.

⁵³ En este sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: ob. cit., pp. 297-302. Sin embargo, para esta autora la peligrosidad de la acción sólo es exigible cuando nos referimos a bienes jurídicos individuales o individualizables. En el caso de bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, cual es el caso de la paz pública o el orden constitucional, sería legítima la punición de toda realización típica, sin necesidad de constatar la peligrosidad en relación con el bien inmaterial, pues formalmente estamos ante un delito de lesión.

peligro. Tampoco podemos acoger la segunda interpretación; pues allí donde el legislador ha querido que la acción sea peligrosa, es decir, que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado, lo ha dispuesto explícitamente⁵⁴, y, por tanto, no se pueden nivelar por vía interpretativa todas las figuras de peligro abstracto.

Una vez rechazadas sendas interpretaciones restrictivas de este tipo de delitos, hay que afirmar que en todo caso no les falta a éstos contenido de injusto material, pues lo injusto se constituye no sólo a partir del desvalor del resultado, sino también por el desvalor de la acción y esta técnica está justificada en la medida en que el bien jurídico protegido tenga la suficiente entidad como para ser merecedor de la tutela penal. Además, no sólo la efectiva lesión del bien jurídico es un daño *suís generis*, sino que también lo son su puesta en peligro y la privación de la posibilidad de disponer de dicho bien de forma segura. Éstos son también daños independientes y con un contenido de injusto material propio y no sólo estadios previos de lesiones⁵⁵.

Este pequeño recordatorio de la estructura de los delitos de peligro abstracto, es además muy necesario a la hora de delimitar el ámbito típico del delito de colaboración con banda armada y la inclusión o no en él del concreto supuesto aquí examinado. Esto se debe a que se ha recurrido al argumento de la falta de peligrosidad de la acción en relación a los bienes jurídicos protegidos, para deducir la atipicidad de la conducta⁵⁶. Así, sólo serían típicos aquellos actos de colaboración de los cuales, y desde una perspectiva *ex ante*, no sería absolutamente improbable que se derivara un peligro para el bien jurídico. Es más, la exigencia de equivalencia del art. 576.2, debe interpretarse siguiendo el hilo de esta argumentación, en clave de la peligrosidad de la conducta, lo que implica por tanto que se pueda constatar *ex ante* que la ayuda es apta para facilitar que un tercero lleve a cabo la lesión de los bienes jurídicos individuales mediatamente protegidos por el precepto.

Estos planteamientos deben rechazarse conforme a lo expuesto anteriormente. El atributo de peligrosidad no se predica de la acción concreta sino de una clase de acciones y, por tanto, no podemos deducir la atipicidad de la conducta de la falta, en el caso examinado, de una aptitud *ex ante* de la acción para producir un daño a los bienes jurídicos protegidos⁵⁷.

⁵⁴ Es el caso de los delitos contra la salud pública, que en el nuevo CP han sido transformados en delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño (art. 359, 360, 363, 364, 365, 369, 370, 371) o de peligro concreto (art. 361 y 362).

⁵⁵ Véase KINDHÄUSER: ob. cit., p. 449.

⁵⁶ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.641.

⁵⁷ Pero es que, además, en el caso de que se compartiera tal interpretación de este tipo de delitos, no deja de asombrar que no se considere lesiva para la paz social o el orden constitucional, pues son éstos los bienes jurídicos protegidos en este precepto penal, una conducta consistente en facilitar a una organización terrorista la plataforma adecuada desde donde hacer llegar, en plena campaña electoral, su mensaje intimidatorio al mayor número de personas posible.



8. A continuación, haremos una breve referencia acerca de la posibilidad de apreciar *formas imperfectas de ejecución* en el delito de colaboración con banda armada, pues se trata de una cuestión estrechamente relacionada con el carácter de delito de mera actividad y peligro abstracto de esta figura.

El problema surge en el caso estudiado porque, debido a la intervención judicial, no llega a emitirse el spot electoral, ni a emitirse la cuña radiofónica. La difusión quedó entonces frustrada por causas ajenas a la voluntad de los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. La pregunta que se plantea es si es posible que nos encontremos ante una tentativa acabada, al apreciar este déficit en la realización de la colaboración.

A esto responde Asúa Batarrita positivamente⁵⁸. Esta autora está de acuerdo en que los delitos de mera actividad, en general, son de consumación instantánea, es decir, se perfeccionan con la mera exteriorización. Sin embargo, ésta no es una proposición axiomática y habrá que estar en cada caso a la posibilidad o no de separar actos de ejecución que no supongan ya la probabilidad de un riesgo para el bien jurídico.

En efecto, existen los denominados «delitos de peligro abstracto de resultado», en los que el tipo no exige solamente la realización de una acción, sino que dicha acción tiene que producir un resultado (un efecto independiente sobre el objeto material, y no sobre el bien jurídico protegido), el cual suponga generalmente un peligro para el bien jurídico⁵⁹. Pero el tipo del delito de colaboración con banda armada no distingue diferentes actos de ejecución, que puedan dar lugar a la apreciación de una tentativa cuando no se hayan realizado todos⁶⁰. Al contrario, como ya veíamos, no es que se castigue la colaboración misma, sino los simples actos de colaboración y por tanto es indiferente que los actos realizados hubieran podido ser más efectivos, si los propios dirigentes de HB se hubiesen podido encarar directamente de la emisión del spot y la cuña radiofónica y hubieran llevado esta actividad a cabo.

Además, no podemos compartir la posición de Asúa Batarrita porque ésta parte de que, en los delitos de peligro abstracto, debe exigirse la peligrosidad *ex ante* de la acción. Por esta razón, aduce que el peligro de que la banda se beneficiara del refuerzo derivado de aquella difusión propagandística, no pudo llegar al estadio requerido para que esa ayuda desplegara su eventual eficacia. Es decir, si la difusión queda impedida, no se alcanza el estadio a partir del cual puede pronosticarse un efecto de favorecimiento y el delito queda en fase de tentativa.

⁵⁸ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.644.

⁵⁹ Véase GRACIA MARTÍN: ob. cit., pp. 271-3.

⁶⁰ El Tribunal Supremo, en su Sentencia 2 de febrero de 1993, mantuvo que la alternativa típica de «facilitar la colaboración» sí contenía un delito de resultado, pues exige que el comportamiento del autor implique un aporte positivo a las acciones que sirven al mantenimiento de la organización. Sin embargo, en la STS 2/1997 se descarta esta posibilidad, al considerar el binomio «que favorezcan» como un simple refuerzo explicativo que no sustancializa la acción del sujeto (FJ 25°).

Como ya vimos, una interpretación que exige la peligrosidad de la conducta en este tipo de delitos es contraria a la ley y debe, por tanto, rechazarse. Pero es que además, como también se señaló con anterioridad, tampoco se puede negar la peligrosidad de esta conducta, pues era potencialmente lesiva para los bienes jurídicos protegidos por el mencionado precepto.

En todo caso, una vez realizado el acto de colaboración, y aunque no se hayan llegado a agotar las consecuencias del delito (como razona el Tribunal Supremo, FJ 29º), el delito queda consumado, sin necesidad de más juicios sobre la peligrosidad de la conducta.

Por todo lo expuesto, no se entiende bien la posición del TC cuando dice que «los recurrentes no emprendieron directamente la realización de la actividad difusora sino que remitieron las cintas a los respectivos organismos públicos [...] (perdiendo) con ello el dominio del curso del riesgo [...] dominio que les hubiera permitido mantener el acto de colaboración hasta la producción de su efectivo resultado, del beneficio para la organización terrorista y del perjuicio para la sociedad. En el previsible horizonte se encontraba la seria probabilidad de que el curso del riesgo por ellos desatado se viera interrumpido, como así fue [...]» (STC 136/1999 FJ 29º).

Como ya hemos señalado, el tipo del delito de colaboración con banda armada no exige en el caso concreto para su efectiva consumación que se produzca resultado alguno más allá de la propia actividad colaboradora y en presente caso, los actos realizados son lo suficientemente importantes (como además lo admite el TC en su Sentencia 136/1999, FJ 26º) para concluir que el delito ha sido consumado.

9. En relación al *tipo subjetivo*, el dolo (pues no cabe incriminación imprudente) se ve reforzado por un específico elemento subjetivo del injusto necesario para que la conducta adquiera rango delictivo: el sujeto debe tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo, una específica y preeminente intención de ayudar, contribuir o beneficiar a las actividades o los fines de la banda armada o grupo terrorista.

La existencia de otros móviles, tales como la relación de amistad entre el colaborador y la persona con la que se colabora, no tiene ningún efecto destipificador y se moverá en el ámbito de las atenuantes o agravantes genéricas o específicas que lo recojan⁶¹.

10. El tipo de colaboración con banda armada ha suscitado, desde su origen, muchas *dudas acerca de su constitucionalidad*, tanto por su estructura abierta, como por la equiparación que realiza de conductas de distinta gravedad.

⁶¹ Véase MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 868; PRATS CANUT: ob. cit., pp. 2.313-4.

Se acusa al legislador de utilizar una fórmula que constituye un claro ejemplo de imprecisión⁶². En este sentido, se aduce que el derecho a la seguridad jurídica y al respeto al principio de legalidad no se satisface simplemente contando con una «ley», sino que ésta debe ser precisa y concreta. Así, fórmulas del tipo «el que de cualquier modo» o «de cualquier otra manera», que no puedan descansar en la imputación de acciones precisas y objetivamente delimitables, quiebran la imprescindible certeza del Derecho.

El Tribunal Supremo reconoce que este delito presenta un tipo definido a través de una formulación legal amplia, pues es la adecuada para combatir la imaginativa dinámica terrorista y encuentra justificación en la importancia de los bienes jurídicos atacados por dicha actividad (STS 2/1997 FJ 22º).

En su Sentencia 2/1997, analiza la estructura típica del art. 174 bis a) y la compara con los parámetros de legalidad y taxatividad delimitados por la jurisprudencia constitucional, para llegar a la conclusión de que, con tal redacción, no se vulnera ningún principio constitucional.

El núcleo de la conducta típica gira en torno al concepto de colaboración. Éste se erige como elemento normativo jurídico de lo injusto, unas veces mediante el recurso a conceptos normativos fácilmente aprehensibles (como sería la referencia al favorecimiento de los fines o actividades terroristas), y otras por vía de descripción. Así, el párrafo 2º del art. 174 bis a) se muestra abierto y ejemplificativo (no vago o impreciso)⁶³ y comprende un elenco de conductas que, aunque son variadas y heterogéneas, ofrecen una nota común: favorecer el logro de los fines a través de la colaboración en la realización de actividades de elementos u organizaciones terroristas. También se debe señalar que la fórmula comprensiva con la que termina el artículo, sólo merecería tacha de inadmisibles indeterminación si estuviese desconectada de las precedentes descripciones.

En conclusión, con la integración de los párrafos 1º y 2º, puede entenderse que es un acto de colaboración. En este sentido, un aislado análisis del número 1º, tanto del art. 174 bis a) como del 576 del nuevo CP, puede considerarlo impreciso, pero tal vaguedad e imprecisión quedan disipadas cuando se observa la descripción del número 2º. Al mismo tiempo, el apartado 2º de ambos preceptos sólo puede entenderse en el contexto de las diferentes alternativas típicas que contiene el apartado 1º de los mismos y de las finalidades político-criminales que su plasmación normativa persigue. Por ello el contenido descriptivo cuestionado no reviste el ca-

⁶² Véase QUINTERO OLIVARES (1999): Colaboración con banda armada en «La Vanguardia», 23 de julio.

⁶³ Asúa Batarrita, que ha sido muy crítica con la aplicación a este supuesto del art. 174 bis a), admite la necesidad de la inclusión de una cláusula que cubra las limitaciones del casuismo descriptivo. Así, la descripción del párrafo 2º sería meramente ejemplificativa, pero para salvar el respeto al principio de legalidad, en su opinión, las ayudas que se incluyan deben tener el mismo significado y potencialidad que las anteriormente descritas, como veremos más adelante, ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.641.

rácter de cláusula general vetada por el principio de legalidad, dado que es claro cuáles son las acciones prohibidas (STS 2/1997 FJ 5º).

El Tribunal Supremo recurre, para apoyar su argumentación, a la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en esta materia. Este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el siguiente sentido: «el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el art. 25. 1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada»⁶⁴. Por tanto, serán contrarios al art. 25. 1 CE «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (STC 105/1988).

El Tribunal Supremo, basándose en esta doctrina constitucional, y según lo expuesto anteriormente, deduce que la cláusula general del texto analizado no puede considerarse lesiva del principio de legalidad, pues se puede determinar con claridad cuáles son las acciones prohibidas y constituye una evidente respuesta al designio legislativo de reducir al máximo las posibilidades de apoyo a las actividades terroristas, a fin de proteger con toda amplitud los bienes jurídicos que la existencia de la misma amenaza (STS 2/1997 FJ 5º).

El Tribunal Constitucional también abordó este problema en su Sentencia 136/999, si bien de forma tangencial. En su opinión, nos encontramos ante «un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista [...]» (STC 136/1999 FJ 30º). Se habla de una «relativa indeterminación» del tipo penal que, sin embargo, no plantea problemas desde el punto de vista de la taxatividad (FJ 29ºd)); al no infringirse el principio de *lex certa*, no se aprecia la inconstitucionalidad del precepto por este motivo.

A esto se ha objetado que, de esta manera, «se relaja» el mandato de determinación de las normas penales convirtiéndose en más permisivo para el legislador. En otras palabras, se amplía el campo de «lo constitucionalmente determinado» al incluir en él lo «relativamente indeterminado»⁶⁵. Correlativamente se flexibiliza también la tarea de aplicación de la norma por el juez, lo que provoca la alarma de algún sector de la doctrina, para el que se abre una puerta a que la jurisprudencia vaya más allá de su función aplicativa, para adentrarse en el terreno de la creación del Derecho.

En todo caso, es mucho más alarmante la supuesta solución que este Tribunal propone para salvar la «relativa indeterminación» de la descripción típica, pues

⁶⁴ Véanse SSTC 69/1989; 219/1989; 116/1993; 305/1993; 26/1994; 306/1994; 184/1995.

⁶⁵ Así CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 250.

continúa «[...] este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas» (STC FJ 30º).

Desde luego, hay que afirmar que no existe relación entre una y otra cuestión. La indeterminación del supuesto de hecho de la norma afecta a si un hecho es subsumible o no en aquél. Se trata de un presupuesto lógico de la pena y cuando la descripción típica se encuentra indeterminada, lo que se plantea es: pena sí o no. El juicio sobre la concreta cantidad de pena y su proporcionalidad respecto a la entidad del delito tiene lugar en un segundo momento, y en ningún caso el ajuste de las penas puede subsanar el defecto de indeterminación en la descripción del tipo⁶⁶.

En definitiva, si el Tribunal Constitucional no apreció suficiente determinación en el precepto aludido, debió declarar su inconstitucionalidad por falta de taxatividad (art. 25.1 CE), pero nunca intentar paliarla con una ampliación de las facultades del juez en el ámbito sancionador.

IV. LA COMPARACIÓN ENTRE LAS DISPOSICIONES APLICABLES DEL CP DE 1995 Y DEL CP (TR 1973)

1. Pese a que el art. 174 bis, a) del CP de 1973 era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, la defensa plantea en su escrito definitivo ante el Tribunal Supremo que el precepto aplicable al caso es el 576. 2 del CP de 1995, por ser más favorable a los intereses de sus patrocinados.

Como señala la Sala Segunda (FJ 4º), para abordar esta cuestión es necesario fijar una serie de criterios objetivos, que permitan concluir que un Código, *en bloque*, es más favorable que el otro⁶⁷. Para ello habrá que acudir, en primer lugar, al tipo básico en que ha incurrido el autor del hecho. Si ambos prevén la misma cuantía de pena, hay que avanzar y concretar la pena según el grado de ejecución, el nivel de participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o

⁶⁶ En este sentido ÁLVAREZ GARCÍA (1999): Principio de proporcionalidad. Comentario a la STC de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna en «La Ley», p. 2.057; CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 351. En cambio PRATS CANUT: ob. cit., p. 2.317, si bien considera deseable un injusto adecuadamente caracterizado en términos de taxatividad, defiende, en el caso de que esto no sea posible, el recurso de dotar al juez de suficiente capacidad legal para adecuar la pena al desvalor propio de las muy diversas conductas incardinables en el tipo de colaboración con banda armada.

⁶⁷ Así lo prevé la Disposición Transitoria 2ª. del CP de 1995.

excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o no de tipos privilegiados, que permiten al juez imponer penas más rebajadas.

En el presente caso, en opinión de Tribunal, «la comparación no resiste análisis». La pena prevista en el CP de 1995 oscila entre cinco y diez años, mientras que la señalada en el Código de 1973 es de cuatro a ocho años. Hay que aclarar que la establecida nominalmente en este último Código es de seis años y un día a doce años, pero la comparación ha de efectuarse entre las penas efectivas que probablemente se cumplirían, y en este sentido, no podemos olvidar el beneficio de redención de penas por el trabajo (previsto en el CP de 1973), por el que se reduce un día de condena por cada dos de trabajo. Por tanto, la pena de efectivo cumplimiento podría ser la resultante de restar un tercio a la pena fijada de prisión mayor.

2. Éstos son los argumentos esgrimidos por el Tribunal, para terminar decantándose por la aplicación del art. 174 bis, a) del CP de 1973, sin tener en cuenta que la negativa de la defensa a aceptar el recurso a este precepto⁶⁸ nada tenía que ver con cuestiones penológicas. En efecto, el análisis comparativo de las penas no sería necesario porque, *conforme al art. 576. 2 del CP de 1995, las conductas de los enjuiciados son atípicas*. Es evidente que, rechazada la tipicidad del hecho conforme a uno de los Códigos, sobrarían mayores consideraciones acerca de la pena prevista para cada tipo delictivo. En cuanto al porqué de esta atipicidad, lo encontramos en la inclusión del término «equivalente» en el párrafo segundo del citado artículo. En opinión de esta parte, el legislador quiso limitar las conductas de colaboración a los actos de auxilio personal o material que sean de semejante gravedad a los que se relacionan en el precepto.

Por contra, el Ministerio Fiscal aduce que la exigencia de equivalencia en nada altera el ámbito típico respecto a su configuración anterior. Tal inserción simplemente abunda en que el acto, por su eficacia, ha de ser de cooperación con los fines y/o actividades de las bandas armadas o elementos terroristas.

Hay que resaltar que la mayor parte de la doctrina ha acogido de manera muy favorable esta nueva redacción del art. 576. 2⁶⁹. En opinión de este sector, se aprecia una mejora en la técnica tipificadora con relación a su precedente legislativo, que definía de forma mucho más genérica las conductas específicas de colaboración relacionadas en el precepto. Por tanto, aunque se insiste en que el seguir recurriendo a una cláusula de ampliación deja malparado el principio de legalidad y seguridad jurídica, se contempla positivamente el que ahora se exija para la punición del comportamiento, que se trate de un acto de colaboración equivalente y, por tanto, se deba precisar en cada caso la conducta tipificada de la cual se predica la equivalencia y el porqué de ella.

⁶⁸ Lo que hicieron constar tanto ante el Tribunal Supremo, como en su demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁶⁹ En este sentido se manifiestan ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.641; CANCIO MELIÁ: ob. cit., p. 576; MUÑOZ CONDE: ob. cit., p. 867; PRATS CANUT: ob. cit., p. 2.309.

La pregunta clave es, por tanto, si la conducta de los procesados es típica según el art. 174 bis, a) del CP de 1073, pero no lo es desde la inclusión del requisito de la equivalencia en el art. 576. 2 del CP de 1995, pues ésta supondría una restricción del ámbito típico.

Sobre esta cuestión guardó silencio el Tribunal Constitucional porque, a pesar de estar sometido al principio de congruencia, cuando en vía de amparo estima una de las quejas, existe la costumbre de anteponer su análisis y conceder el amparo por la misma, sin necesidad de entrar en el examen de las restantes. Por este motivo, parte de la doctrina achacó al Tribunal Constitucional rehuir el verdadero problema de fondo del caso, el problema de la atipicidad de la conducta⁷⁰ y lamentan que dicho Tribunal no se haya pronunciado sobre si la conducta estaba comprendida en el tipo de colaboración con banda armada, pero del nuevo CP de 1995.

3. Para abordar este problema debemos referirnos en primer lugar al ámbito típico propio del art. 174 bis, a) del CP de 1973. En la cláusula general del apartado 2º de este precepto se incluía «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos». Sin embargo, pese a no exigirse de forma explícita la equivalencia con alguna de las conductas descritas en ese mismo apartado, resulta obvio que una interpretación del término «ayuda» únicamente gramatical no es suficiente. Esta interpretación es esclarecedora para una primera aproximación a la conducta típica, pero en absoluto suficiente para abordar el contenido material de injusto típico. El precepto debe interpretarse de forma sistemática, y es preciso acudir a la descripción ejemplificativa de las conductas de colaboración recogidas en el precepto (también en el actual 576. 2), pues son éstas las que nos dan la pauta orientadora de la gravedad respecto al bien jurídico protegido que deben tener las conductas subsumibles en el tipo. Por tanto, la cláusula, que trata de suplir las limitaciones del casuismo descriptivo, no autoriza a incluir ayudas de menor gravedad que las anteriormente descritas, pero sí las que sean «equivalentes». A esta conclusión se llega tanto desde una interpretación sistemática del precepto, como desde la exigencia de seguridad jurídica derivada del principio de legalidad penal.

En relación a la gravedad de las conductas descritas en el apartado 2º del citado precepto, se ha criticado también que ésta varía mucho de unos comportamientos a otros y se infringiría, por tanto, con el precepto, el principio de proporcionalidad. Sin embargo, no tiene que olvidarse que la intensidad de lo injusto no es idéntica en todas las posibles conductas que puedan encajarse en un mismo tipo legal⁷¹; por ejemplo, en el estricto ámbito de la tentativa inacabada habrá supuestos

⁷⁰ En este sentido CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 255-6; GIMBERNAT ORDEIG (1999): El Tribunal Constitucional y el principio de proporcionalidad en «El Mundo», 22 de julio; QUINTERO OLIVARES (1999): ob. cit.

⁷¹ En este sentido ÁLVAREZ GARCÍA: ob. cit., p. 2.055.



en los que, por lo avanzado de la realización de la conducta típica, la gravedad de lo injusto será mayor que en otros (art. 62 del CP de 1995). Pero ello no autoriza a sostener la inconstitucionalidad de la pena de los supuestos menos graves, sino a predicar que dentro del marco penal legislativamente fijado, se imponga una menor sanción.

En definitiva, ya con el art. 174 bis, a) era exigible, a la hora de considerar incluida una conducta en la cláusula general del apartado 2º, una interpretación que motivara la existencia de equivalencia respecto a los comportamientos enumerados en el mismo apartado a título ejemplificativo, en el sentido de constatar una gravedad equivalente de la conducta respecto a los bienes jurídicos protegidos. Ello, si no se quería caer en una aplicación analógica *in malam partem* del precepto que, como sabemos, está prohibida en el ámbito del Derecho penal (art. 4. 1 del CP de 1995). En la analogía, la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes a los comprendidos en ella⁷². La exigencia de equivalencia, de forma implícita en el CP de 1973 y explícita en el CP de 1995, veta la posibilidad de subsumir en el tipo de colaboración con banda armada, por la vía de la cláusula general del apartado 2º de ambos preceptos, supuestos claramente excluidos de espíritu o voluntad. Pero a su vez permite, dentro del «sentido literal posible» del precepto⁷³, incluir aquellas conductas que desde el prisma de la protección del bien jurídico, por su específica gravedad, no cabe duda de que están incluidas en el espíritu de la ley⁷⁴.

En conclusión, el legislador quiso simplemente abundar en un requisito que ya era exigible conforme a la legislación anterior, pues de lo contrario se hubiera incurrido en aplicaciones analógicas *in malam partem* del precepto, y que es la necesaria equivalencia de las conductas subsumibles en el tipo de colaboración con banda armada por la vía de la cláusula general del apartado 2º, con las descritas a título ejemplificativo en el mismo apartado.

Se ha planteado también si el requisito de la equivalencia supone una identidad en la forma comisiva, es decir, que se trate de comportamientos «estructuralmente» equivalentes a los descritos en el precepto. Sin embargo, esto llevaría al absurdo de considerar atípicas conductas claramente previstas tanto en el tenor literal como en el sentido de la ley. Por ejemplo, en la cláusula final del párrafo 1º del art. 576. 2 se habla de «otra forma equivalente [...] de ayuda [...] económica». Éste sería el caso, por ejemplo, del sujeto que entrega, durante un período de tiempo, parte de su salario mensual a la banda para su sostén⁷⁵. No cabe duda de que el

⁷² Véase CEREZO MIR (1996): Curso de Derecho Penal español. Parte General I (Introducción), (5ª. ed. Tecnos) Madrid, pp. 170-1.

⁷³ Véase MIR PUIG (2002): Derecho Penal. Parte General, p. 120.

⁷⁴ No debemos olvidar que la interpretación extensiva no es contraria al principio de legalidad. En este sentido, CEREZO MIR (1996): Curso de Derecho Penal español. Parte General I, p. 171; MIR PUIG (2002): Derecho Penal. Parte General, pp. 120-1.

grupo terrorista ve mejoradas sus condiciones de existencia gracias a esta aportación. También está claro que el supuesto está englobado en el tenor literal del precepto y en su espíritu. Sin embargo, no podemos predicar la equivalencia de este comportamiento con ninguno de los previstos en el art. 576. 2 (información y vigilancia, ocultar o trasladar miembros de la organización terrorista [...]), ¿significa esto que la acción es atípica? Lo mismo ocurre con la actuación del sujeto que actúa como mediador en un secuestro, nombrado por la banda terrorista. Su conducta está incluida en la cláusula general, pero no encontramos un equivalente en la descripción de conductas del art. 576. 2. No podemos llegar al absurdo de que estas acciones son atípicas, pues por supuesto son equivalentes a las mencionadas en el precepto. Equivalentes desde el punto de vista de la gravedad de la conducta en relación al bien jurídico protegido.

4. Por todo lo dicho hasta ahora, y si la conducta de los dirigentes de HB fue de la suficiente entidad, como se tratará de demostrar a continuación, para integrarse en el tipo de colaboración con banda armada del art. 174 bis, a), también debe considerarse típica conforme al nuevo art. 576 del CP de 1995.

V. LA ACEPTADA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS EN EL ART. 174 BIS A) DEL CP (TR 1973)

1. Ante la polémica suscitada por el presente caso, el Tribunal Supremo se vio obligado a aclarar, en primer lugar, que no es el contenido de la llamada «Alternativa Democrática», en sí mismo, el que por asunción de sus postulados genera responsabilidad penal. El título básico incriminador del terrorismo no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que aquél produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política (FJ 5º). Parece que así deberían quedar disipadas las dudas de los que quieren ver en este procedimiento una persecución judicial a la citada coalición política por la radicalidad de sus planteamientos.

De hecho, hubiera sido perfectamente posible y legal para HB proponer los planteamientos políticos de dicha Alternativa por sí mismos en sus espacios electorales. Para este Tribunal, «es dicha cesión, en conjunción con las imágenes de los vídeos [...] la estructura fáctica que conforma la acción de colaboración con una organización terrorista, y la que por su intencionalidad, consciencia y finalidad promocional de ETA, merece reproche penal» (FJ 18º).

⁷⁵ Este caso fue resuelto por STS 22 de diciembre de 1997, en la que se dice «documentalmente está probado que ambos entregaban parte del importe de los salarios que percibían, para el sostén económico de la organización terrorista ETA, con lo que prestaban ya en sí una notoria colaboración al logro de sus fines».



2. Entrando ya en el análisis del material fáctico, parece lógica la perspectiva del Tribunal Supremo de considerar lo audiovisual de una forma unitaria, sin separar la parte textual de la visual, pues es la presencia de armas y el mensaje que éstas reportan, lo que difunde a todo el contexto un contenido amenazador (FJ 21º).

En las intervenciones de la defensa hay sin embargo un interesado «olvido» de la parte audiovisual, para asumir y defender únicamente la textual. En ningún momento se alude a la presencia de armas en el vídeo y en la cuña televisiva electoral, y más tarde, ante el Tribunal Constitucional, alegan que si el contenido de la «Alternativa Democrática» era ya conocido desde abril de 1995⁷⁶ y no había sido perseguido penalmente, no puede nacer el delito porque a la letra de dicha Alternativa se le dé voz e imagen. En otras palabras, lo que no es delictivo en soporte de papel, tampoco lo puede ser en soporte audiovisual.

Sin embargo, nadie puede dudar del efecto intimidatorio de determinadas imágenes; en concreto, con relación a la presencia de tres pistolas encima de la supuesta mesa de diálogo de ETA, se podría decir que «una imagen vale más que mil palabras».

En este punto, es necesario diferenciar nítidamente lo que constituye el contenido político de la Alternativa, de la amenaza que en los vídeos y en la cuña radiofónica se dirige a los poderes públicos y a los ciudadanos, para que acepten estos planteamientos si no quieren seguir sufriendo las consecuencias derivadas de los atentados. Es una referencia a una violencia real y vigente, que refuerza el carácter efectivo y no hipotético, de una amenaza que afecta a los bienes jurídicos de los electores. Nos encontramos ante una amenaza difusa, pero de cuya virtualidad ningún ciudadano medio podría dudar (FJ 19º STC 136/1999).

Pero es que, además, este carácter amenazante se ve reforzado por la impactante presencia de armas y la petición de voto para HB, lo que revela de forma manifiesta que, de no otorgarse el voto a la asociación política, la violencia continuará.

Los peritos de parte, en su informe, no vieron en la presencia de estos instrumentos mortíferos sino un mero signo distintivo, identificador de la personalidad de los encapuchados como miembros de una formación política. Como señala Galiardo López⁷⁷, quizás debiera tenerse en cuenta en este punto el hecho de que las armas, al igual que el resto de los símbolos, forman parte de la parafernalia habitual de ETA, con lo que la defensa y difusión de la «Alternativa Democrática» no pasaría de ser una opción ideológica.

Pero no podemos olvidar que la presencia de pistolas, más allá de ser un signo distintivo de la banda, es un elemento gráfico definidor de su estrategia coac-

⁷⁶ El 26 de abril de 1996, ETA hizo público, a través del Diario Egin, un comunicado en el que se daba a conocer el contenido de la «Alternativa Democrática».

⁷⁷ Véase GALIARDO LÓPEZ (1998): *Consideraciones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997* en «Revista de Ciencias Penales», 2º semestre (vol. 1. núm. 2), p. 546.

tiva (FJ 21º STS 2/1997) y parece absurdo otorgarle la misma relevancia penal que a la presencia de banderas o escudos.

En definitiva, ostentando una posición coactiva, su mensaje viene a decir: o se aceptan nuestros postulados reivindicativos o continuaremos la lucha armada. Como señala el Tribunal Supremo, «la presencia de armas deja bien claro cuál es la ‘alternativa’ a la Alternativa» (FJ 18º).

No cabe duda, por tanto, del carácter intimidatorio de este mensaje, en un momento además como es el de una campaña electoral, en el que se debe reforzar la protección del pluralismo político y la libertad ideológica, frente a los que con métodos violentos o intimidatorios pretenden torcer los normales mecanismos de decisión política.

El Tribunal Constitucional, por su parte, si bien señala que el mensaje visual, en el que la sentencia pone especial énfasis, no puede aplicarse a la cuña radiofónica (FJ 26º), reconoce que los tres mensajes analizados, en mayor o menor medida, contenían elementos o aspectos intimidatorios (FJ 19º). Del mismo modo aclara que «no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anudan explícita o implícitamente, pero de forma creíble, la producción de algún mal grave» (FJ 16º).

Cabría plantear incluso la posibilidad de que nos encontremos ante un auténtico delito de amenazas. Concretamente las amenazas del art. 170. 2 del CP de 1995 (este precepto no es de aplicación a este caso, pues se introdujo mediante la Ley Orgánica 2/1998 de 15 de junio, pero conviene hacer mención de él para la posible resolución de casos futuros). Con la introducción de esta figura delictiva, el legislador debió pensar en una clase de comportamientos distintos de las amenazas, pues cuando se trate de auténticas amenazas deben aplicarse sus genuinos preceptos. Más bien se trata de conductas que, aun sin reunir todos los requisitos de los delitos de amenazas, estima el legislador que deben sancionarse. Es el caso, por ejemplo, de las acciones de proferir gritos de «ETA ven y mátalos», o las consignas vertidas por grupos radicales en manifestaciones legales e ilegales, e incluso los insultos y gritos proferidos en las denominadas «contramanifestaciones»⁷⁸.

Pero en este caso, no es que HB reclame públicamente de ETA que cometa una acción violenta, sino que es ETA directamente la que iba a proferir las amenazas a un determinado colectivo social, el que discrepa abiertamente con sus postulados. Por ello, quizás pudiéramos situarnos, en relación a la conducta de los dirigentes de HB, en el ámbito de la autoría o participación del art. 170. 1 del nuevo CP.

3. Una vez analizado el contenido del mensaje de ETA, el Tribunal Supremo justifica la inclusión de la conducta de los dirigentes de HB en el tipo del delito

⁷⁸ En este sentido VIVES ANTÓN/ BOIX REIG (1999): Derecho Penal. Parte Especial (3ª. ed. revisada y actualizada. Tirant lo blanch), Valencia, pp. 190-1.



de colaboración con banda armada. Para este Tribunal, el núcleo de la acción típica gira en torno a dos conceptos: terrorismo⁷⁹ y colaboración, cuya acepción lingüística más propia es la de «ayudar a otros al logro de un fin» (FJ 18º). El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de octubre de 1997, puso de relieve que «la esencia del delito de colaboración con banda armada consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, *bienes escasos*, es decir, medios que la organización difícilmente podría obtener sin dicha ayuda, facilitando con ello el conjunto de las actividades de la organización (infraestructura, comunicaciones internas, organización, medios económicos, transportes, propaganda, etc.) y no sólo las actividades armadas».

En el presente caso, los dirigentes de HB hicieron cesión a ETA de su logística más exclusiva, sus espacios audiovisuales gratuitos en el marco de una campaña electoral, para promocionar una organización terrorista y multiplicar la fuerza de su actividad (FJ 19º), lo que para el Tribunal es indudable que encaja perfectamente en el tipo descrito en el art. 174 bis, a) del CP de 1973.

4. Esta Sentencia del Tribunal Supremo recibió innumerables críticas por parte de la doctrina, pero aquí nos interesa destacar la efectuada por Asúa Batarrita⁸⁰, que centra su comentario en el deslinde típico de las figuras de apología del terrorismo y la colaboración con banda armada.

Esta autora empieza su exposición aclarando que, conforme al nuevo tenor de la apología punible, la asunción, defensa o reivindicación de la actividad armada como medio de acción política no traspasa la frontera de la legítima libertad de expresión⁸¹.

En segundo lugar, afirma que los miembros de la Mesa Nacional de HB únicamente realizaron comportamientos de naturaleza apologética (presentar la «Alternativa Democrática» de ETA calificándola como alternativa de paz), que dado que no contienen una incitación directa al delito, no se trata de una apología castigada por nuestro CP⁸².

A nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, parece resultarle intolerable este ámbito de impunidad y enmienda la plana al legislador, al dar entrada a través del tipo de colaboración, a las actuaciones de propaganda que ya no pueden calificarse como apología punible. Esto constituye, en palabras de Asúa Batarrita, una interpretación extensiva que desborda el ámbito de prohibición específico del art.

⁷⁹ Definido en el FJ 6º de la STS 2/1997 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 grave de inseguridad, temor social o alteración grave de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constitucional».

⁸⁰ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., pp. 1.638-46.

⁸¹ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.640.

⁸² Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.639.



174 bis, a). En su opinión, los actos propios de este delito son los de favorecimiento material a la realización de posteriores actividades delictivas de la banda armada⁸³ y el inadmisibles tensionamiento típico, que excede incluso los límites de la interpretación extensiva, supone acoger actos que no presentan una conexión plausible con la realización concreta de ulteriores actos delictivos. Así, el Tribunal pasa por alto la diferencia sustancial que existe entre la complicidad material y la ayuda propagandística, que a lo más incide en motivaciones o percepciones sociales sobre la pretendida legitimidad de la lucha⁸⁴.

Es decir, en primer lugar debe imponerse una interpretación que respete la exigencia de «equivalencia». Con el anterior art. 174 bis, a), resultaba obligado por exigencias de seguridad jurídica derivadas del principio constitucional de legalidad penal, máxime cuando nos encontramos ante preceptos que ya suponen un adelantamiento de la punición. Pero la nueva redacción lo acoge ya explícitamente y cualquier inclusión de una conducta en la cláusula general de art. 5.762 debe fundamentarse en una interpretación teleológica-restrictiva del precepto⁸⁵.

En segundo lugar, esa constatación de la equivalencia debe hacerse en clave de la peligrosidad de la conducta. En opinión de Asúa Batarrita, el favorecimiento típico se caracteriza por su idoneidad objetiva de aportación logística, para que otros materialicen sus decisiones criminales. Esa aptitud para facilitar que un tercero lleve a cabo la lesión de los bienes jurídicos es lo que explica la anticipación de la tutela penal, por tanto, es necesario que se pueda constatar que la ayuda es portadora de esa utilidad *ex ante* para el tercero vinculado a la banda y la infraestructura material, logística o informativa de ésta, ordenada a la posterior comisión de delitos. Sin embargo, se elude la explicación razonada de esta equiparación, en función de la análoga aptitud de la conducta enjuiciada para poner en peligro los bienes jurídicos que se tutelan en el precepto.

En conclusión⁸⁶, la conducta enjuiciada constituye una ayuda difusa, de imprecisos efectos, cuya orientación hacia la facilitación de actos delictivos de ETA es imposible de diagnosticar en términos objetivables de conexión temporal y espacial.

Lo que Asúa Batarrita parece olvidar es que el tipo de colaboración con banda armada cumple una función alternativa respecto a la subsunción de los hechos como autoría o complicidad de los concretos delitos cometidos, si se llegara a ello. Se trata de un tipo subsidiario que incluye las colaboraciones genéricas favorecedoras de las actividades o fines de la banda, sin que en ningún caso se exija la complicidad material en la comisión de actos violentos perpetrados por la banda terrorista, que demanda esta autora. Esto sin contar con lo aclarado en epígrafes anteriores de que la colaboración típica no se restringe a la colaboración con la actividad armada del grupo terrorista.

⁸³ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.641.

⁸⁴ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.642.

⁸⁵ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.641.

⁸⁶ Véase ASÚA BATARRITA: ob. cit., p. 1.642.

Parte de la confusión de esta autora en relación al tipo de colaboración con banda armada tiene su origen en su consideración del bien jurídico protegido. Así, cuando dice que es necesario que la acción del colaborador se conecte a una acción lesiva del bien jurídico llevada a cabo por uno o varios miembros de la banda armada, parece que sólo considera tutelados por el tipo bienes jurídicos de carácter individual, tales como la vida o la integridad física. Sin embargo, si bien es cierto que de forma mediata se protegen intereses individuales, los bienes jurídicos protegidos de forma inmediata por el citado precepto son de carácter supraindividual o espiritual: la paz pública o el orden constitucional. Son estos últimos los que son afectados de manera directa por la conducta de los dirigentes de HB.

Como conclusión, podríamos decir que la conducta enjuiciada en este proceso no es tan leve como nos pretende hacer creer esta autora. Hubiera sido perfectamente posible y legal para los miembros de la Mesa Nacional de HB exponer por sí mismos la información que consideraran oportuna acerca de la denominada «Alternativa Democrática», no obstante ceden sus espacios electorales, privilegio exclusivo de los partidos políticos legalizados, a una banda terrorista para que ésta propague con mayor efectividad su mensaje intimidatorio a determinados sectores de la población y mantenga así el clima de terror e inseguridad consustancial al fenómeno terrorista. Hay que tener en cuenta que la estrategia terrorista no tiene su objeto principal en la mera comisión de acciones delictivas concretas, por graves que éstas sean, sino en la creación de un clima de temor general en las personas o colectivos que rechazan sus postulados, y para este fin resulta primordial una transmisión eficaz de su mensaje intimidatorio. En este sentido, la colaboración de los dirigentes de HB con las actividades de ETA es esencial, pues le proporcionan el cauce necesario para la transmisión de esas amenazas y, como consecuencia, para el mantenimiento del clima de terror. Por todo ello, la conducta enjuiciada es perfectamente encajable en el tipo de colaboración con banda armada, pues su gravedad para el bien jurídico protegido (paz pública u orden constitucional) es equivalente a la de las conductas citadas a modo ejemplificativo en el apartado 2º del citado precepto.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El Tribunal Constitucional viene señalando que para estimarse constitucionalmente legítima una norma, debe exigirse que en la formulación del tipo y en su aplicación se respeten las exigencias propias del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, siendo un aspecto importante referido a esta garantía que el precepto no produzca en el plano aplicativo, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o, en el plano conminativo, un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada.

La STC 136/1999 otorga el amparo a los dirigentes de HB porque entiende que la norma aplicada al caso era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Llega a esta conclusión después de examinar el precepto desde la perspectiva de la proporcionalidad, interpretando este criterio en clave constitucional.





2. Antes de hacer cualquier otra consideración acerca del principio de proporcionalidad, es preciso hacer una puntualización. Según se deduce del propio fallo, la condena se anula no por una vulneración imputable a la Sentencia del Tribunal Supremo, sino porque la ley aplicada por éste vulnera el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE. En el momento en que la norma fue aplicada era ya inconstitucional y, así, la resolución judicial se hace merecedora de la anulación sólo por haber aplicado dicha ley.

Sentado lo anterior, no podemos olvidar que mediante la STC 136/1999 se resolvió una demanda de amparo y no un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad. Sin duda, cabe la posibilidad, y así lo dispone el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de que el recurrente de amparo pretenda la declaración de nulidad de una resolución judicial, y sin embargo el fallo del Tribunal considere que la vulneración del derecho fundamental procede directamente de la ley. En estos casos la cuestión debe elevarse al Pleno. Es lo que se denomina «autocuestión de inconstitucionalidad».

Lo singular de la STC 136/1999 es que el Pleno del Tribunal Constitucional recaba desde el principio el conocimiento de esta causa, probablemente por la relevancia de la decisión a adoptar, pero no cambia el proceso constitucional ya iniciado, el proceso de amparo, sino que en una misma Sentencia se examina y se enjuicia tanto la Sentencia del Tribunal Supremo, como la norma penal aplicada por éste, es decir, en un mismo proceso se resuelve una demanda de amparo y una autocuestión de inconstitucionalidad⁸⁷.

El origen de la adopción de este criterio quizá deba buscarse en el inconveniente que hubiera supuesto una dilación en la resolución sobre la inconstitucionalidad de la norma penal, aunque la justificación que da el Tribunal Constitucional es que, al haber sido ya derogado el precepto, la declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración *erga omnes* de normas constitucionales.

3. Finalmente, como decíamos, el fallo no atribuye la vulneración del principio de proporcionalidad directamente a la Sentencia del Tribunal supremo, sino a la norma aplicada por ésta.

Así las cosas, es lógico pensar que a partir del momento en que el Tribunal Constitucional opta por enjuiciar la norma penal aplicada, debe prescindir ya del concreto supuesto de hecho enjuiciado, pues si la ley goza del atributo de la generalidad parece que el enjuiciamiento de la misma también debería ser general y no sólo concretado al caso que origina el amparo⁸⁸. Pero de la estructura del fallo se deduce que el Tribunal Constitucional enjuicia tanto la Sentencia del Tribunal Supremo, como el delito de colaboración con banda armada, dirigiendo la mirada alternativamente a uno y a otro, de lo particular a lo general y viceversa. Así, los

⁸⁷ En este sentido CUERDA RIEZU: ob. cit., pp. 239-40.

⁸⁸ Véase CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 249.

fundamentos 22, 23 y 24 se refieren a la doctrina del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El fundamento 25 se ocupa de la evolución histórica del precepto. Pero, seguidamente, el fundamento 26 vuelve a referirse al caso concreto y a su calificación jurídica realizada por el Tribunal Supremo. El fundamento 27 examina en general los requisitos de la proporcionalidad, pero a continuación, en el fundamento 28, se cuestiona la necesidad de la pena desde la perspectiva del concreto supuesto de hecho. En los fundamentos 29 y 30 también se entremezclan aspectos del precepto penal en abstracto con datos del caso concreto.

En conclusión, no queda claro si la pena de este precepto penal es desproporcionada en abstracto, o mereció únicamente tal calificación con relación al supuesto de hecho concreto.

4. Una vez aclaradas las cuestiones de índole más formal, volvemos al núcleo de la STC 136/1999, que es la inconstitucionalidad del art. 174 bis, a) del CP de 1973 por infringir el principio de proporcionalidad.

En este sentido, se puede alegar que este argumento, el fundamental de la Sentencia, carece de apoyo constitucional pues la Norma Fundamental no emplea este término, ni lo configura como un derecho fundamental, y tampoco cabe extraerlo del principio de legalidad penal.

Sin embargo, aunque estas afirmaciones son ciertas, también lo es que existen varias vías de recepción de este principio a través de la doctrina del Tribunal Constitucional. En concreto, y para lo que aquí nos interesa, se ha examinado la proporcionalidad de las normas penales, pues constituyen medidas restrictivas de derechos fundamentales; se analiza tanto si resulta proporcionado que una conducta ostente carácter delictivo, como si la concreta pena prevista para un hecho punible es o no proporcionada.

No obstante, el Tribunal Constitucional aclara que el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo, sino que la norma será desproporcionada en la medida en que se vulnere un derecho fundamental (STC 136/1999 FJ 22º). Por ejemplo, en materia sancionadora se produce «con naturalidad», según este Tribunal, una conexión entre el principio de proporcionalidad y el de legalidad (además de la posible vulneración del derecho a la libertad personal —art. 17 CE— al ser la pena privativa de libertad, y de los derechos cuyo ejercicio queda implicado en la conducta prohibida⁸⁹) que

⁸⁹ GIMBERNAT ORDEIG (1999): ob. cit., rechaza enérgicamente la posibilidad de que, para hacer «operativo» el principio de proporcionalidad, se ponga a éste en relación con las libertades de expresión e información del art. 20 CE (derechos fundamentales en principio implicados por la conducta prohibida en la norma penal). En opinión de este autor, no se entiende cómo la Sentencia puede establecer esa relación necesaria con el art. 20 CE, pues este precepto se refiere, naturalmente, al ejercicio legítimo de dichas libertades y no a un supuesto como el que es objeto de la Sentencia, ya que, según ésta, los comportamientos de los recurrentes habrían sido antijurídicos por ser «conduc-



justifica el mencionado examen de la proporcionalidad de la medida. Esta conexión natural se produce probablemente porque el derecho fundamental a la legalidad penal recogido en el art. 25.1 CE es el precepto fundamental de la Constitución de los referidos al ámbito del Derecho penal.

En conclusión, la perspectiva del análisis no es simplemente la del principio de proporcionalidad, pues éste no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, ni puede entroncarse directamente con el contenido del art. 25.1 CE.

Pues bien, pese a todo lo dicho, el Tribunal, en su declaración final, afirma que «se ha producido una vulneración del principio de legalidad en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas» (STS 136/1999 FJ 30º) y en el fallo aduce que otorga el amparo a los recurrentes porque la norma penal, al ser aplicada al caso «ha vulnerado su derecho a la legalidad penal». Sin duda, estas declaraciones se contraponen, por lo menos hasta cierto punto, con lo establecido hasta ahora por el propio Tribunal⁹⁰ y en ningún caso son acordes con la doctrina asentada de éste.

5. Como ya se ha señalado, en la STC 136/1999 la infracción del principio de proporcionalidad se atribuye al legislador. El fallo declara la vulneración del principio de legalidad por la norma penal aplicada. A ésta se atribuye directamente la vulneración, y sólo de ello deriva indirectamente que deba ser declarada la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo.

El enjuiciamiento de la proporcionalidad de las normas abstractas penales ha sido llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, pero hasta la STC 136/1999 todos los pronunciamientos fueron desestimatorios⁹¹. El canon de constitucionalidad establecido para analizar la proporcionalidad de las normas penales es sumamente estricto, en el sentido de que es difícil incumplir el canon y, por tanto, incurrir en desproporción⁹².

La STC 55/1996 entendió que: «la respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la *potestad exclusiva del legislador* para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo [...] el legislador goza, *dentro de los límites establecidos en la Constitución*, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática». El Tribunal Constitucional se reserva por tanto cierta

tas intimidatorias» que no estaban «protegidas por las libertades de participación política, de expresión y de información».

⁹⁰ En este sentido CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 245.

⁹¹ Véanse las SSTC 53/1985; 66/1985; 65/1986; 160/1987; 105/1988; 154/1990; 150/1991; 24/1993; 111/1993; 53/1994; 215/1994; 132/1995; 55/1996; 88/1996; 161/1987; y 234/1997.

⁹² En este sentido CUERDA RIEZU: ob. cit., p. 248.

capacidad de control, pues «tampoco le es posible renunciar a todo control material sobre la pena ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento» (STC 55/1996).

Es evidente que el legislador, al establecer las penas, carece de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos. No existe una pena exacta que aparezca como la única concreción posible de la proporcionalidad constitucionalmente exigida. Por tanto, el Tribunal Constitucional restringe su intervención a aquellos casos en que exista una clara desproporción entre acción y respuesta y, más concretamente, afirma en la STC 150/1991 que: «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena [...] es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». Aquí se encuentra, según las propias palabras del Tribunal Constitucional, el límite al poder cuasiomnínimo del legislador a la hora de diseñar su política criminal.

Sin embargo, a lo largo de la Sentencia el Tribunal Constitucional elude explicar por qué sancionar «una conducta intimidatoria que amenazaba la vida y la integridad física de otros» con seis años de prisión vulneraba el Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad humana⁹³ y más bien parece que se cambia el criterio del Tribunal con relación al control de la proporcionalidad de la sanción, en orden a dar una mera respuesta individualizada y no una nueva solución o criterio general y aplicable a los casos futuros⁹⁴.

Sin duda, es posible que por los múltiples factores concurrentes el legislador haya optado, dentro del marco constitucionalmente aceptable, por la máxima dureza, pero ese es precisamente el margen del legislador que no puede ser usurpado por el Tribunal Constitucional, en tanto que de la aplicación de los principios y valores contemplados en la Constitución, no se puede concluir que exista una única y determinada pena para cada infracción⁹⁵. Si el Tribunal Constitucional cede a las tentaciones de convertirse en legislador positivo nada le impide, como apunta Gimbernat Ordeig⁹⁶, ir creando un Código penal alternativo⁹⁷, si a la mayoría de los magistrados les da por opinar que el robo con fuerza en las cosas debe ser castigado con una pena de prisión de seis meses a un año (en lugar de la de un año a tres que impone el Código vigente), o el homicidio con la de ocho a diez años en vez de la de diez a quince años actualmente prevista.

⁹³ En este sentido GIMBERNAT ORDEIG (1999): ob. cit.

⁹⁴ Véase ÁLVAREZ GARCÍA: ob. cit., p. 2.058.

⁹⁵ Véase ÁLVAREZ GARCÍA: ob. cit., pp. 2.055-6.

⁹⁶ Véase GIMBERNAT ORDEIG (1999): ob. cit.

⁹⁷ De hecho, QUINTERO OLIVARES (1999): ob. cit., advierte que si abrimos el tema de la proporcionalidad, sería bueno reflexionar sobre los criterios de medición de esa proporcionalidad en relación con otros delitos que, en el sentir del propio Consejo General del Poder Judicial, están excesivamente penados.

VII. CONCLUSIONES

1. La lucha contra el terrorismo no plantea los mismos problemas en relación al respeto de las garantías propias de un Estado de Derecho que otras formas de la denominada «nueva delincuencia». Se trata de un ámbito que hemos llamado de «expansión razonable» del Derecho penal, pues es imprescindible la tutela de este sector del ordenamiento en atención a la importancia de los bienes jurídicos individuales y colectivos en juego. En particular, con el tipo de colaboración con banda armada se trata de proteger la paz pública o el orden constitucional, intereses que tienen la consideración de bienes jurídico-penales (por lo que no queda vulnerado el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) y que por su capital importancia justifican un adelantamiento de la barrera punitiva.

2. Así, el tipo de colaboración con banda armada supone una excepción a la regla de impunidad de los actos preparatorios, justificada por la importancia que para nuestra sociedad tienen los bienes jurídicos protegidos por tal precepto (que constituyen nada menos que los presupuestos de una convivencia social pacífica) y por la creciente y diversa imaginativa de la dinámica terrorista.

3. En el intento del legislador de no dejar fuera del tipo ningún acto de colaboración con banda armada, ha utilizado una fórmula abierta que parece que choca con el principio de legalidad.

Para la mayoría doctrinal, la redacción del art. 576 del CP de 1995 supone una mejoría respecto a su precedente legislativo (el art. 174 bis, a) del CP de 1973) porque, si bien siguen existiendo fricciones con el principio de legalidad, se ha restringido y, por tanto, precisado el ámbito típico con la inclusión del requisito de la equivalencia.

4. En relación con lo anterior, se ha llegado a apuntar que si bien la conducta de los dirigentes de HB enjuiciada por las Sentencia estudiadas era típica conforme al CP (TR 1973), no lo es según la nueva redacción del tipo de colaboración con banda armada.

5. En el presente estudio se ha tratado de demostrar que la acción de la Mesa Nacional de Herri Batasuna de ceder a una banda terrorista sus espacios electorales gratuitos propios para difundir un mensaje intimidatorio en sentido constitucional, también es típica conforme al nuevo CP. Ello porque el requisito de la equivalencia con las conductas descritas a efecto ejemplificativo en el art. 576. 2, debe interpretarse en clave de la gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pues otras interpretaciones de tal requisito llevan a conclusiones que no respetan ni el tenor literal, ni el espíritu de la ley. A esta misma conclusión se debía llegar mediante una interpretación respetuosa con los principios de legalidad y seguridad jurídica, con relación al art. 174 bis, a) del CP de 1973. El legislador de 1995 simplemente hace explícita esta exigencia. Por tanto, lo que era típico conforme al antiguo CP lo es también según el nuevo.

6. Lamentablemente la cuestión no es de ningún modo pacífica y el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de arrojar algo de luz sobre el asunto. Aunque el núcleo central del problema tratado era la tipicidad de la conducta y el respeto o no del principio de legalidad por el tipo de colaboración por banda arma-



da, el Tribunal Constitucional prefirió ejercer de legislador alternativo y resolver la cuestión acudiendo al principio de proporcionalidad. Sólo tangencialmente hizo referencia a una «relativa indeterminación» del precepto, lo que hace pensar en una preocupante ampliación o flexibilización de lo «constitucionalmente permitido».

7. Esta cuestión no bien resuelta se hace más amenazante si tenemos en cuenta el camino emprendido por el Tribunal Supremo hacia la ilegalización de Batasuna. En la decisión de incoación de este procedimiento se han tenido en cuenta, y así consta en la Resolución de 26 de agosto de 2002 adoptada por el Pleno extraordinario del Congreso, actividades de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna susceptibles de ser calificadas de colaboración con banda armada. Sin embargo, la confusa STC 136/1999 deja en la oscuridad los ya de por sí difusos límites entre lo legal y lo delictivo en este ámbito, e indirectamente la conveniencia y legalidad del citado proceso contra esta coalición política.

