

**EL TRATAMIENTO JURÍDICO  
DEL TERRORISMO EN EL  
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

**JESÚS SANTOS ALONSO  
TENIENTE FISCAL  
FISCALÍA AUDIENCIA NACIONAL**

# INDICE

## I. INTRODUCCIÓN

## II. LA LEGISLACIÓN PENAL: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

Primero. Los delitos de mera actividad

a) La pertenencia a una organización terrorista

b) La colaboración: Artículo 576

Segundo. Los delitos de resultado

Tercero. Los delitos de peligro

Cuarto. La cláusula residual del Artículo 574

Quinto. El nuevo delito del Artículo 576 bis

Sexto. El terrorismo urbano del Artículo 577

Séptimo. Los delitos de opinión del Artículo 578

- Antecedentes

- El conflicto con la libertad de expresión:  
jurisprudencia

- Elementos comunes

- El enaltecimiento o justificación de los delitos  
terroristas o sus autores

- Vejación de las víctimas de delitos terroristas

Octavo. Los actos preparatorios del Artículo 579.1

Noveno. Otros preceptos relativos a las penas y  
circunstancias modificativas del Artículo 579.2 y 3 y 580.

### **III. LA LEGISLACIÓN PROCESAL: BREVE ANÁLISIS DE LAS ESPECIALIDADES PROCESALES**

**Primero. Jurisdicción y competencia**

**Segundo. Medidas cautelares. La prórroga de la detención y su incomunicación Artículo 520 bis y 527 de la LECrim.**

**Tercero. La prisión incomunicada, Artículos 509 y 510 de la LECrim.**

**Cuarto. Entradas y registros del Artículo 553 párrafo 1º LECrim.**

**Quinto. La observación de las comunicaciones del Artículo 579 de la LECrim.**

**Sexto. La suspensión automática de la función o cargo público del Artículo 384 bis de la Lecrim.**

**Séptimo. Otras especialidades procesales: el agente encubierto o infiltrado del Artículo 282 bis de la LECrim.**

**Octavo. Las medidas de protección de testigos (LO 19/94 de 23 de diciembre)**

## I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo constituye una de las mayores agresiones a la paz, a la seguridad y a la estabilidad de las sociedades democráticas. Sucesos como los trágicos atentados de septiembre de 2001 en EEUU, marzo de 2004 en España y julio de 2005 en Londres, así como otros atentados terroristas en diferentes partes del mundo, no han hecho sino evidenciar aún más que ningún ciudadano, ninguna institución, ni ningún estado se encuentra al margen de esta amenaza. En consecuencia, es obligado, dar una respuesta proporcionada y coordinada a esta situación por todos los estados, que han de dotarse de los mecanismos necesarios para luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones y para prevenir la comisión de actuaciones terroristas, con todos los instrumentos que proporciona el estado de derecho, en un ámbito de máxima cooperación internacional.

## II. LA LEGISLACIÓN PENAL: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES

La Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII (delitos contra el orden público)- **Artículos 571 y ss.** modificados por **LO 7/2000**, de 22 de diciembre y recientemente por la **LO 20/2003**, de 23 de diciembre que ha incluido el nuevo **Artículo 576 bis<sup>1</sup>**, se destina a la tipificación de los delitos del terrorismo. Pero nuestro Código Penal no ofrece una definición legal de **terrorismo** tratándose, por lo tanto, de un **concepto jurídico indeterminado** que ha ido siendo perfilado

---

<sup>1</sup> Recientemente derogado por L.O. 2/05 de 22 de julio.

por nuestra jurisprudencia y doctrina, tratándose de un **concepto histórico** con una fuerte carga emotiva o **política**, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas y careciendo de un significado unívoco y preciso.

Esta regulación de los delitos de terrorismo se completa con el delito de asociación ilícita del **Artículo 515 nº 2 y 516** dentro del Título XXI de los delitos contra la Constitución y dentro del Capítulo IV Sección Primera que lleva por rúbrica de *“Los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución”*.

Podemos clasificar las infracciones criminales relativas al terrorismo en los siguientes grupos.

### **Primero. Los delitos de mera actividad**

#### **a) La pertenencia a una organización terrorista.**

**Artículo 515 nº 2:** *“Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:.....2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.”*

**Artículo 516:** *“En los casos previstos en el número 2º del artículo anterior se impondrán las siguientes penas:*

*1º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.*

*2º A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años”.*

Recogida en el Artículo 515 nº 2 como una forma de **asociación ilícita** “Las bandas armadas como organizaciones o grupos

terroristas, estableciéndose su penalidad en el **Artículo 516**” graduándose la penalidad según se trate de promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas o de meros integrantes. Ya hemos indicado que no existe una definición legal de terrorismo en nuestro Código Penal. Esta ausencia de definición de lo que son grupos u organizaciones terroristas **ha planteado diversas cuestiones de competencia** entre los Juzgados Centrales de Instrucción y otros órganos donde se han cometido hechos delictivos que en principio podrían ser atribuidos a grupos organizados con un matiz terrorista.

La doctrina oficial del **FBI**, define el terrorismo *“como el uso ilegal de la fuerza o la violencia contra las personas o la propiedad para intimidar al Gobierno o la población civil o a un sector de la misma, en la búsqueda de objetivos políticos o sociales, es decir, que sus elementos son la violencia el propósito de intimidación y la finalidad política o social”*.

En el plano internacional ha sido el **Artículo 1.2 de la Convención de Ginebra de 17 de noviembre de 1987** quien define el terrorismo como *“los actos criminales contra el Estatuto y cuyo fin o naturaleza es la de provocar el terror contra las personalidades determinadas, grupo de personas o el público”*.

Es trascendente el primer texto internacional en el ámbito de la Unión Europea donde se ha definido por primera vez lo que se entiende por grupo terrorista. Se trata de la **Posición Común del Consejo de 27 de 2001 sobre la aplicación de medidas específicas de la lucha contra el terrorismo**. En el **Artículo 1º apartado 3º último párrafo** se indica *“a efectos del presente apartado, se entenderá por grupo terrorista todo grupo estructurado de más de 2 personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada*

*con el fin de cometer actos terroristas. Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada".* Además esta posición común introduce por primera vez **una lista de grupos terroristas** y de **personas** vinculadas con organizaciones terroristas, lista que podrá ser revisada semestralmente, este instrumento nuevo ha sido impulsado por la presidencia española.

En definitiva la delincuencia terrorista pivota sobre **tres presupuestos: la violencia como medio, el terror como resultado y la finalidad política** perseguida por sus autores.

En nuestra **doctrina** cabe destacar la definición realizada por el Catedrático de Derecho Penal García Valdés que define el terrorismo como aquella *"conducta delictiva que mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político (democrático) empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos"*.

Pero ha sido la **jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo** la que ha ido perfilando en los diferentes procesos judiciales, los presupuestos necesarios para encontrarnos con un grupo terrorista. Así ha definido como necesaria la presencia de dos elementos:

1º) **Uno estructural** basado en el carácter organizado y armado de los grupos terroristas. No hay terrorista individual, sino que el terrorista forma un grupo. Este elemento estructural tiene las siguientes manifestaciones:

- **Pluralidad de personas:** no hay terrorista individual, en cuanto al número de personas no existe una concreción o

precisión aunque pudiera servir de criterio orientador la redacción actual de **Artículo 282 bis apartado 4º LECrim.** a la hora de definir lo que debe entenderse por delincuencia organizada. *“...la asociación de tres o más personas...”*

- **Estructura organizada:** estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos que sobrevive a la consumación de estos; estructura que supone una jerarquía, una disciplina y una distribución de funciones con vigor, consistencia y clandestinidad.
- **Permanencia, estabilidad y duración** lo que servirá para diferenciar estos grupos u organizaciones de otros fenómenos criminales relativos a la delincuencia o asociaciones transitorias o meras conductas de conspiración. Esta permanencia se caracterizará también por la reiteración sistemática de conductas delictivas para la consecución de sus fines.
- **Medios idóneos:** en el que se admite un concepto amplio, tanto a armamento, explosivos que tengan una efectiva utilización, no tienen que aparecer necesariamente en todas las acciones; medios catastróficos o de extrema violencia; y al mismo tiempo medios materiales para una correspondiente infraestructura y financiación de su logística.
- **Las actividades delictivas:** que deberán ser reiteradas sistemáticas e indiscriminadas y graves, provocando el fenómeno desestabilizador, terrorífico y que serán instrumentales del fin a conseguir.

2º) **El elemento teológico el fin o resultado político.** Esta finalidad es la que dota de singularidad y las va a diferenciar del resto de organizaciones criminales propias de la delincuencia organizada.



Las organizaciones terroristas atacan el corazón del estado social y democrático de derecho y pretenden subvertir el orden constitucional. En este sentido, **la STC de 16 de diciembre de 1987** se refiere a formas delictivas que suponen en su intención o en su resultado un ataque directo a la sociedad y al propio estado social y democrático de derecho. Además exige una específica finalidad, en particular la pretensión de alteración del orden constitucional establecido. Los delitos concretos tienen un carácter instrumental, debiendo representarse el autor su realización, como forma de contribución a la ejecución de un programa global de actuaciones dirigido contra el sistema constitucional establecido con el fin último de producir la modificación del sistema político.

Ha sido el Código Penal de 1995 el que ha introducido por primera vez la concreción del elemento finalístico en los delitos de terrorismo. De este modo, en los **Artículo 571 y ss.** se menciona a: *"...cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública"*. De acuerdo con la exposición de motivos de la **Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio** *"subversión del orden constitucional"* significa la destrucción violenta del estado democrático y de sus instituciones, en tanto que *"alterar gravemente la paz pública"* supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se ponga en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática, en definitiva esta alteración de la paz pública lo que pretende o se consigue, mediante la creación de una inseguridad, de una incidencia en la vida social y que impide el normal ejercicio de los derechos cívicos, así como la sensación de terror y miedo en la población.

Nuestro Código Penal parece **equiparar los conceptos** de bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas que se utiliza en el

**apartado segundo del Artículo 515.** Equiparación que también persiste en nuestra jurisprudencia y con la que no estoy de acuerdo, pues si bien toda organización o grupo terrorista es una banda armada no toda banda armada es una organización terrorista y la práctica común de los fenómenos de delincuencia organizada así nos pone de manifiesto como los grupos criminales organizados suelen utilizar armas para la realización de sus hechos delictivos pudiéndose en ese sentido configurar como bandas armadas, pero no como grupos terroristas al faltar precisamente el elemento teológico o finalístico de su intencionalidad política.

El concepto de organización terrorista exige una **interpretación restrictiva** como así ha establecido la doctrina **del Tribunal Constitucional**, en concreto en la **STC 199/1987** en la que se indica que son bandas armadas *“tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el estado social y democrático de derecho al que se refiere el Artículo 1 de la Constitución, como aquellas otras que con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización de armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental”*. Precisamente fue el Fundamento Jurídico de esta Sentencia el que sirvió de base y justificación para que tanto la Fiscalía del Tribunal Supremo en el caso “Segundo Marey”, como la Fiscalía de la Audiencia Nacional en el caso Lasa y Zabala (actos delictivos atribuidos y reivindicados por el GAL), se formulara acusación por el delito de pertenencia a banda

armada, pero tanto en un caso como en otro, ni el Tribunal Supremo ni la Audiencia Nacional consideraron probada la existencia de una banda armada o grupo terrorista. En el caso "Segundo Marey" no se apreció la existencia de banda armada: primero: porque no constaba una agrupación de personas de carácter estable (fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL); segundo: no aparece en el secuestro el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada y tercero: no puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo.

#### **b) La colaboración: Artículo 576 del Código Penal**

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

*2.Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos"*

Se trata de un delito autónomo donde se han tipificado **actos preparatorios** en los que se adelanta la tutela del Derecho Penal.

Requieren un comportamiento activo, por lo tanto no tiene cabida la comisión por omisión. Deben ser “extraños” al supuesto asociativo y actúan para favorecer las actividades del grupo, teniendo su **conducta un carácter ocasional y accesorio** que es lo que permitirá, precisamente esta nota temporal, su distinción con el delito de pertenencia a la organización terrorista.

Se trata de una **conducta dolosa** en la que el colaborador tiene que tener **conciencia del favorecimiento** y de la finalidad perseguida por el mismo bastando con un simple dolo genérico.

En los supuestos de **colaboración obligada** (pago del impuesto revolucionario o pago de una cantidad para la liberación de una persona secuestrada) estamos ante supuesto de conductas atípicas o de justificación o de conductas con la presencia de una causa de justificación de tales conductas o causa de no exigibilidad de una conducta distinta; la acción no es típica por faltar el elemento subjetivo de favorecimiento a la asociación ilícita.

Los actos de colaboración expresamente tipificados comprenden un **catálogo con una finalidad ejemplificadora** que no agota las posibilidades de incriminación al recogerse una fórmula abierta cuando se menciona la expresión “cualquier otra forma equivalente”, podemos resumir estas conductas en las siguientes:

- **Los comandos informativos:** forma más habitual de colaboración, debiendo ser las informaciones significativas y eficaces, no siendo válidas las informaciones que sean de todos conocidas o estén al alcance de cualquiera y delimitándose o diferenciándose de lo que puede ser una forma de participación por cooperación necesaria cuando esa

información ha tenido tal significación que ha permitido un auxilio necesario para la comisión del delito.

- **Construcción de locales, alojamientos**, depósitos, las denominadas "cárceles del pueblo" con la finalidad de ocultar personas, depositar armas explosivos, víveres, dinero u otras pertenencias.
- **La ocultación o traslado de terroristas**, una forma de encubrimiento que pretende favorecer la actividad organizativa y operativa de los comandos y no la comisión de delitos, aunque en algunos casos puede presentarse como un auxilio necesario, como una cooperación necesaria o como una posible complicidad, si se tiene el conocimiento de las concretas acciones delictivas a desarrollar por los miembros a los que se les da el alojamiento.
- La asistencia a **cursos de entrenamiento**, es difícil que sea realizada por un extraño y supone mantener relación de cooperación con las organizaciones extranjeras, aunque estaríamos más próximos de un integrado y por lo tanto de pertenencia a banda armada, más que de un delito de colaboración.
- El favorecimiento por **cooperación económica** que puede ser directa por aportación dineraria o indirecta por ayuda o mediación hecha para conseguir los fondos o bien la aportación que pueda ser ocasional o una cotización regular.
- La utilización de la expresión "**cualquier otra forma equivalente**" ha permitido precisamente tipificar por el delito de colaboración conductas, como la difusión de un vídeo de ETA dentro del espacio electoral del partido político Herri Batasuna que conllevó la condena de la Mesa Nacional por el Tribunal Supremo.

El **último párrafo del Artículo 576** contiene un tipo agravado, penalidad en la mitad superior para el caso de la que información o vigilancia de personas mencionados en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas. Si se tiene en cuenta que estamos ante comportamientos dolosos, se trata de una tipificación expresa de tentativa. Por ello si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, esto es, si el riesgo evoluciona hacia la efectiva lesión de alguno de aquellos bienes, se castigará el hecho como autoría o complicidad según los casos, con relación al correspondiente tipo de lesión (homicidio, lesiones, etc.).

Otra forma específica de colaboración es la establecida en el **Artículo 575 del CP** aunque en este caso no se trataría de un delito de mera actividad porque conllevaría la causación de un delito de resultado al efectuar conductas contra el patrimonio para la aportación o provisión de fondos a la organización terrorista.

**Artículo 575 del CP:** *“Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio. Serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente en el acto de colaboración”.*

## **Segundo. Los delitos de resultado**

**Artículo 571 del CP:** *“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículo 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas”.*

**Artículo 572 del CP:** *“1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaboración con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:*

*1º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.*

*2º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.*

*3º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.*

*2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena de su mitad superior.*

Se trataría de **delitos comunes** agravados en su penalidad por el hecho de ser cometidos por aquellas personas integrantes o colaboradores con organizaciones o grupos terroristas.

### **Tercero. Los delitos de peligro**

**Artículo 573 del CP:** *“El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados en la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores”.*

Conforme a la **STS de 24 de octubre de 1998, el Artículo 573 del Código Penal** contiene una agravación específica que se proyecta sobre las modalidades delictivas de los **Artículos 566 y 568 del Código Penal**, las que podrán apreciarse, en su caso en concurso real. Aunque algún pronunciamiento reciente de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo ha apreciado sin embargo la existencia de

una unidad delictiva, aún habiéndose intervenido a un comando tanto explosivos como armas.

#### **Cuarto. La cláusula residual del Artículo 574 del CP**

**Artículo 574 del CP:** *“Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el artículo 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior”.*

Resulta inadecuada la mención a las faltas puesto que lo que caracteriza la actividad delictiva de un grupo terrorista es precisamente la comisión de delitos de especial gravedad.

#### **Quinto. El nuevo delito del Artículo 576 bis**

**Artículo 576 bis:** *“1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión.*

*2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior a la autoridad o funcionario público que continuase con las conductas previstas en este artículo una vez requerido judicial o administrativamente para que cese en las citadas conductas”.*



Introducido por L.O. 20/03 de 23 de diciembre, careciendo la misma de "Exposición de Motivos", no justificándose por lo tanto su introducción, ha sido recientemente derogado por L.O. 2/05 de 22 de julio.

## **Sexto. El terrorismo urbano**

**Artículo 577 del Código Penal:** *"Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los artículos 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los artículos 263 a 266, 323 ó 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, será castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior".*

De nueva redacción por la **Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre** por la que se han introducido otras categorías delictivas como la mera tenencia de artefactos explosivos o incendiarios, así como el delito de daños, solventando con esta inclusión los problemas competenciales tan frecuentes que se generaban precisamente entre los Jueces Centrales de Instrucción y los Jueces de Instrucción del País Vasco ante fenómenos delictivos propios de esta violencia callejera.

Se trata de la comisión de **delitos comunes** por cualquier sujeto (incluso en forma individual: el llamado terrorista individual) pero con una determinada finalidad coincidente con la de la banda armada (subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública). En este delito **no concurre el elemento estructural** de la

banda u organización armada, por lo que solo impropriadamente se trata de un delito de terrorismo. También se ha introducido con la reforma antes citada una nueva finalidad consistente en contribuir a las finalidades mencionadas o atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional.

### **Séptimo. Los delitos de opinión**

**Artículo 578 del CP:** *“El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código”.*

Introducido por la **Ley Orgánica 7/200** y dirigida a sancionar a aquellos que enaltezcan o justifiquen los delitos de terrorismo mediante la exaltación de los métodos terroristas, así como también para reprimir las conductas de quienes calumnian o humillen a las víctimas del terrorismo con la finalidad de penalizar comportamientos de apología al terrorismo con mayor amplitud que la regulada en el **Artículo 18 del Código Penal** pues solo se sanciona en este precepto como forma de provocación y esto como tentativa de inducción a un delito concreto. Con este nuevo tipo penal se podrán castigar aquellas conductas tan frecuentes en los meses de agosto a propósito de las diferentes festividades en Bilbao, San Sebastián y Vitoria, donde se cometían frecuentes conductas de enaltecimiento o exaltación de la actividad terrorista y que hasta la reforma no encontraban encaje penal alguno.

## - Antecedentes

El Código de 1944 sancionó la apología pública de los delitos contra la seguridad interior del Estado, considerando falta la apología del resto de los delitos. Ya vigente el régimen constitucional y bajo la amenaza y el azote del terrorismo se sucedieron una serie de reformas (Ley O. 4/1980, Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, Ley Orgánica 14/1985, de 1 de diciembre) que incidieron en esa materia creando un panorama tremendamente confuso por la superposición de regulaciones en muchas ocasiones nada bien coordinadas y la necesidad de una armonización que a duras penas podía hacerse por vía interpretativa.

**El CP de 1995 suprimió la apología delictiva como figura autónoma. Solo sería punible cuando los hechos pudieran ser reconducidos a la provocación como forma clásica de acto preparatorio punible (art. 18.2). La dificultad para que los supuestos de apología a su vez reuniesen las características de la provocación y la repetición de ciertos hechos que, pese a la repulsa social, no podían merecer tal consideración, movieron al legislador a replantearse esta cuestión y a introducir en la reforma del CP llevada a cabo por la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre este nuevo tipo penal que quiere dar respuesta a unas conductas anejas al fenómeno terrorista que despiertan un hondo reproche popular.**

## - El conflicto con la libertad de expresión: jurisprudencia

El problema que late detrás de esta nueva norma es el de su **acoplamiento con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información**, problema presente siempre a la hora de reflexionar sobre el delito de apología. Este el argumento alrededor

del cual se mueven todas las críticas que han surgido en torno a este precepto. Anticipándose a ellas la Exposición de Motivos de la Ley reformadora explica: **“Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo previsto en el art. 18 del propio Código, constituyen no solo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas. No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos....”**

No es este lugar para adentrarse en esa compleja problemática. Pero sí que será imprescindible contar con las **orientaciones tanto del TC como del TEDH.**

En la jurisprudencia constitucional es básica **la Sentencia de 12 de diciembre de 1986** que **destaca el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella.** Se conocía en tal resolución del denominado caso EGIN: se anulaba la condena por la Audiencia Nacional y luego confirmada por el Tribunal Supremo contra el director de tal diario por haber publicado un comunicado laudatorio de la actividad de la organización terrorista ETA.

El TEDH, por su parte, ha producido en los últimos años un cuerpo de doctrina abundante y casuístico que ha de servir también de telón de fondo para la exégesis de este nuevo tipo penal y en el que **declara por vía de principio que determinadas restricciones a la libertad de expresión ante conductas que puedan incitar a la violencia, o que pueden provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista, haciendo temer un incremento de los disturbios o que puedan estimular el odio o la hostilidad pueden ser legítimas y necesarias en una sociedad democrática** (SS TEDH 15 de noviembre de 1997 -asunto ZANA-, 9 de junio de 1998 –asunto INCAL-, 10 de julio de 1998 –asunto SIDIROPOULOS- y otros, 30 de enero de 1998 –asunto Partido Comunista Unificado de Turquía- O 23 de septiembre de 1998 – asunto LEHIDEUX e ISOMI-).

**En el TS son muy escasos los pronunciamientos sobre el antiguo delito de apología.** Los últimos pronunciamientos vienen constituidos por la **sentencia 1365/1994, de 4 de julio** (no baste con la mera falta de censura de la acción delictiva) y la de **9 de mayo de 1996** en la que **se condena por apología a quienes habían pintado en paredes públicas expresiones tales como “ETA, ADELANTE”.**

#### **- Elementos comunes**

El nuevo precepto **contiene dos modalidades delictivas diferentes, el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o sus autores y la vejación de las víctimas de delitos terroristas.**

**Presupuesto común** de ambas formas **es la referencia delitos de terrorismo comprendidos en los Arts. 571 a 577.** ¿A un delito en

concreto ya cometido? O por el contrario, ¿podría apoyarse la tipicidad en una figura delictiva abstracta, sin alusión a unos hechos concretos?.

A diferencia del art. 18 que parece permitir que la apología no se refiera a hechos concretos al hablar de ensalzar el crimen, en general, **la dicción del art. 578 parece mas apegada a hechos concretos de terrorismo ya acaecidos, aunque no es necesario que estén enjuiciados ni sentenciados.** Quizás **podría admitirse que el enaltecimiento de hechos pueda ser abstracto.** Sin embargo **la exaltación de autores o la vejación de víctimas exigen que existan ya perpetrados delitos de terrorismo, aunque no es necesario ni que se particularicen o individualicen ni los autores ni las víctimas: alusiones más o menos genéricas a estos colectivos son suficientes para cubrir la exigencia legal.**

Cuando los hechos sean susceptibles de ser encuadrados en el Art. 579 como forma de provocación, será este precepto de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad.

Es **discutible que quepa concurso de delitos entre las dos distintas infracciones.** Todo dependerá **de qué contenido sustancial se atribuya al delito de vejación de víctimas de terrorismo.** Se hace predominar en él los bienes individuales atacados **(la dignidad de las propias víctimas y el conjunto de valores anudados a tal dignidad)** habrá que afirmar la compatibilidad de ambas infracciones. Se se tiende a equiparar los bienes jurídicos tutelados en ambas infracciones (colectivizándolos y anudándolos a la protección de sociedad frente al fenómeno terrorista, o a la paz social) habrá que negar la posibilidad de

concurso. Sí que está claro, sin embargo, que la infracción será única cualesquiera que sea el número de delitos alabados, partícipes enaltecidos o víctimas ofendidas.

La infracción nunca puede ser cometida por el autor del delito enaltecido: **la autoapología es impune**, por ser **un acto posterior que queda englobado en la punición del delito previo**.

Desde el **punto de vista procesal**, la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, podría fundamentar la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de tal delito. La amplitud de su redacción permitiría entender que esta infracción apología supone también **una contribución a la actividad terrorista, aunque sea moral**, por tanto, queda abarcada por esa regla competencial. No obstante, a partir de la STC 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 en la que se declaró que el trato procesal excepcional de los delitos de terrorismo no es constitucionalmente extensible a los delitos de apología de la actividad terrorista, ha venido entendiéndose que quedaban excluidas para este tipo de delitos también las reglas competenciales específicas de los delitos de terrorismo. No obstante es de tener en consideración que la declaración del TC se refería únicamente a las reglas excepcionales que permite el Art. 55 de la Constitución y entre las que no se encuentra la atribución de la competencia a la Audiencia Nacional. No creo que haya razones de peso para excluir de la competencia de la Audiencia Nacional estas infracciones expresamente recogidas dentro de la sección que el Código dedica a los delitos de terrorismo.

El citado pronunciamiento del TC obliga a excluir este delito del régimen especial procesal previsto en el Art. 55 de la Constitución (Circular 2/2001 de la FGE).

**- El enaltecimiento o justificación de los delitos terroristas o sus autores**

La conducta típica consiste en enaltecer o justificar. “Enaltecer” es ensalzar, alabar, elogiar, engrandecer. “Justificar” equivale hacer justa una cosa o disculparla. En ambos casos **se exige una cierta publicidad**. La realización de esas conductas en un ámbito privado no tendrá trascendencia penal. Así se infiere de la locución “por cualquier medio de expresión pública o difusión”. La fórmula es confusa pero parece llevar a esa exégesis.

Aunque **el enaltecimiento o justificación** normalmente **se hará mediante la palabra** (hablada o escrita) **no son descartables otras formas indirectas de comisión más simbólicas, pero igualmente expresivas.**

En sentencia del TC de 16 de diciembre de 1987 en un *obiter dicta* cuya trascendencia, por tanto, no hay que exacerbar, **se habla de la apología como “la manifestación pública en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas....”**

La acción o acciones alabadas han de encuadrarse en alguna de las actividades castigadas en los Arts. 571 a 577. **Cuando la apología se refiere a personas** y no acciones, ha de tratarse del partícipe en alguno de esos delitos. Aunque, como ya se insinuó, **es indiferente que el elogio sea genérico –de cualquier terrorista- o específico- de una persona a la que se individualiza-**. No obstante la alabanza ha de serlo en **virtud precisamente de esa participación en las acciones delictivas y no por otros motivos diferentes.**



Es intrascendente que **el delito de terrorismo objeto de alabanza esté o no prescrito.**

#### **- Vejación de las víctimas de delitos terroristas**

Aquí la conducta está **concebida con mayor amplitud**. Se puede **cometer este delito no solo a través de expresiones**, sino por cualquier **género de acto que suponga “des crédito, menosprecio o humillación”**. La fórmula elegida evoca a la antigua definición del delito de injurias (art. 457 del CP derogado), aunque se une la palabra humillación.

Problemáticas son las relaciones con los delitos de injuria y calumnia cuyo sustrato material puede solaparse con el de esta infracción y dar lugar a ciertos problemas. Obsérvese que en este caso la conducta es perseguible de oficio. La indagación de cual sea el bien jurídico protegido aparece así como un elemento básico de la interpretación del precepto. De cualquier forma, aunque se buscasen otros bienes sociales tutelados (y a ello parece abonar la ubicación sistemática del precepto), creo que habría de **hablarse de delito pluriofensivo donde también estaría presente la protección del honor de las víctimas del delito o sus familiares** lo que lleva a negar la posibilidad de concurso con los delitos de injuria o calumnia. Justamente la existencia de esos **otros bienes jurídicos** presentes permite interpretar que también se dará el delito **cuando la víctima haya** fallecido, y aunque la conducta no trascienda a los familiares.

#### **Octavo. Los actos preparatorios.**

**Artículo 579.1 del CP:** *“1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstas en los artículos 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores”*

Cuando se trata de una conspiración, como modalidad de acto preparatorio en relación con un delito principal al que va dirigida, se exige que haya prueba en un doble sentido: 1º) que acredite que en el delito que se pretende cometer concurren todos los elementos de hecho que se requieren para esa figura de infracción principal (en el caso presente, el del art. 576 antes examinado); 2º) que acredite la presencia de los requisitos que el art. 17.1 exige en su definición de la conspiración, a saber, que dos o más personas se pongan de acuerdo (“se concierten”) para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo. La conspiración, proposición y provocación se castigarán sólo en los casos especialmente previstos en la Ley 17.1 y 18.2), como en este caso ha hecho el art. 578, resolviendo las dudas que suscitaba este punto. Procede este primer apartado del art. 578.

## **Noveno. Otros preceptos relativos a las penas y circunstancias modificativas**

**Artículo 579.2.3 del CP:** *“2. Los responsables de los delitos previstos en esta sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad imputas, en su caso, en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.*

Con el propósito de reforzar las instituciones democráticas y representativas y la dignidad de la función que legítimamente corresponde a quienes resultan elegidos por sus conciudadanos y con la finalidad de adecuar las penas a la naturaleza de los delitos cometidos, se ha considerado necesario limitar la posibilidad de que quien resulte condenado por delitos de terrorismo y que, por tanto, ha atentado gravemente contra la democracia y el propio Estado de derecho, acceda inmediatamente a cargos públicos representativos. Para ello, la pena de inhabilitación absoluta, configurada en el CP hasta esta fecha como pena accesoria en los delitos de terrorismo, se introduce como pena principal con una duración de seis a veinte años (Exposición de Motivos de la Ley).

*3. En los delitos previstos en esta sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado”.*

- **La atenuación facultativa de la pena (Artículo 579.3 del CP)**. Este precepto, con precedente en el **Artículo 57 bis b) del CP de 1973**, introducido por **L.O. 3/88 de 25 de mayo**, y de acuerdo con las medidas adoptadas en los ordenamientos de nuestro entorno, (así, por ejemplo, la **Ley italiana de 28 de febrero de 1987** “medidas a favor de quien se disocie del terrorismo”) “**regula la figura del arrepentido**”, de la que se deducen consecuencias no solo en el orden sustantivo, del que ahora nos ocupamos sino que suscita interesantes reflexiones de orden jurídico procesal. **El fundamento** tiene una mera justificación

utilitaria como retribucionista poniéndose de manifiesto el derecho penal premial con el que se pretende evitar la comisión de futuros delitos y conseguir la desarticulación de las organizaciones terroristas.

Para parte de la doctrina este precepto ha merecido un **juicio crítico** en cuanto se trata de un premio a la delación y poniéndose en tela de juicio la fiabilidad de las confesiones conforme a la doctrina que sobre esta materia ha establecido tanto el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a la hora de analizar las declaraciones del co-imputado. Introduce elementos de distorsión en el conjunto del sistema punitivo, haciendo peligrar los principios de igualdad y seguridad jurídica, solo se aplica en terrorismo y en narcotráfico y no en otros delitos comunes.

**Los presupuestos** exigidos son de forma acumulativa y se puede sistematizar del siguiente modo:

1º. Abandono voluntario de las actividades delictivas, esto es una desvinculación o disociación de la banda.

2º. Presentación ante las autoridades confesando los hechos en los que participó.

3º. Que, además, se colabore activamente con las autoridades para impedir la producción del delito, para obtener pruebas decisivas para la identificación o cautela de otros responsables o para impedir el desarrollo de la banda a la que haya pertenecido o colaborado. En los casos en que el sujeto ha colaborado con las autoridades confesando su participación punible, sin que concurren además los demás presupuestos, solo es posible la atenuación ordinaria conforme al **Artículo 21.4 del Código Penal**.

4º. En el **plano práctico** esta institución ha tenido una gran eficacia en relación a la organización terrorista Terra Lliure que tras las detenciones efectuadas en el verano de 1992, a la hora proceder al interrogatorio judicial de los detenidos se le ofertaba junto a la información de derechos por parte del Juez la lectura de este precepto. Gran parte de los detenidos accedieron a colaborar y de este modo vieron reducidas sensiblemente sus condenas. Sin embargo en relación a la organización terrorista ETA es una institución que ha tenido escasa resultancia práctica. Destacamos como caso emblemático las declaraciones del arrepentido Soares Gamboa, el cual se entregó voluntariamente cuando se encontraba residiendo en América Latina y ha venido colaborando activamente tanto con la Policía como con la justicia, pero este es un caso singular puesto que la propia organización, dado el control y disciplina que tiene sobre sus miembros y sobre los diferentes internos, advierte y amenaza que la posible delación o colaboración policial y con la justicia va determinar que se conviertan en objetivos de la propia organización; de triste recuerdo es el caso del asesinato de "Yoyes" miembro de uno de los comandos de ETA y que fue asesinada precisamente por las personas que componían el comando cuando decidió apartarse de la organización y cuando se encontraba paseando con su hija de 5 años por un parque de Bilbao.

## **La reincidencia internacional**

**Artículo 580 del CP:** *"En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia".*

En cualquier caso compete a los Tribunales españoles verificar la necesaria identidad normativa, apreciándose solo la reincidencia en el caso de que los hechos por los que fue condenado el autor sean también subsumibles en los tipos de terrorismo que regula la legislación española. Esta es una consecuencia del carácter universal de los delitos de terrorismo tal como aparecen configurados en el **Artículo 23.4 de la LOPJ** donde se consagra el principio de protección universal para la persecución de estos hechos delictivos.

En relación a este carácter internacional deben tenerse también en cuenta, la posible aplicación del instituto de la **cosa juzgada** con respecto a las condenas en Francia por el delito de asociación de malhechores que nuestro Tribunal Supremo ha considerado homogéneas al delito de pertenencia a banda armada aunque se trate de conductas de pertenencia efectuadas en territorio francés y en un periodo temporal distinto de las que se efectuaron en territorio español, las cuales quedarán subsumidas y abarcadas por el reproche penal de la legislación penal francesa.

### **III. LA LEGISLACIÓN PROCESAL: BREVE ANÁLISIS DE LAS ESPECIALIDADES PROCESALES**

El proceso penal gira en torno a un binomio (eficacia-defensa) cuya articulación en normas procesales no está exenta de crítica. Trasladado el problema al fenómeno terrorista es indudable que el tan deseado equilibrio entre ambos factores, no solo resulta especialmente difícil desde una perspectiva técnica, sino que además está condicionado por circunstancias de diverso índole, que por conocidas, no es preciso detallar aquí.

Las diferentes disposiciones se han dictado en desarrollo del **Artículo 55.2 de C.E.** que, en sede de suspensión de derechos y libertades admite **la restricción** –sometidas a ciertas garantías- del plazo máximo de duración de la detención, de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Textualmente dice el Artículo 55.1 de C.E. “Una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos, en los que de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los **Artículos 17 apartado 2º y 18 apartado 2º y 3**, pueden ser suspendidos para personas determinadas en la relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha LO producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

La regulación vigente de esta materia se encuentra no en leyes especiales, sino en leyes ordinarias a partir de las **Leyes Orgánicas de 3 y 4 de 25 de mayo de 1988** de reforma del Código Pena y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuya redacción influyó decisivamente la **STC 199/87 de 16 de diciembre** que resolvió dos recursos acumulados de inconstitucionalidad planteados frente a la **Ley Orgánica 9/84 de 26 de diciembre**

### **Primero. Jurisdicción y competencia**

Desde la creación de la **Audiencia Nacional** en enero de 1977, desapareció la jurisdicción militar como competente para conocer del enjuiciamiento de los delitos de terrorismo así como la tipificación de estos delitos en el **Código de Justicia Militar de 1945**, para pasar a ser investigados y enjuiciados por la Audiencia Nacional.

La Audiencia Nacional, se trata de un **órgano de la jurisdicción ordinario especializado por razón de la materia**, ha tenido que superar viejas críticas de quienes consideraban que se trataba de una heredera de los Tribunales de Orden Público y de aquellos que consideraban que era contraria al Juez Ordinario predeterminado por la Ley. Críticas totalmente injustificadas como el paso de los años ha puesto de manifiesto. Precisamente para el Tribunal Constitucional en **Sentencia 199/87** la Audiencia Nacional es orgánica y funcional por su composición y modo de designación, un órgano jurisdiccional ordinario, reconocido como tal por la **Comisión Europea de Derechos Humanos** en su informe de 19 de octubre de 1986 sobre el caso "Barberá".

La Audiencia Nacional es, desde la **LOPJ de 1995**, un órgano de la jurisdicción ordinaria.

En relación a este órgano jurisdiccional se ha perfeccionado su configuración con la reciente creación **LO 7/2000 y 9/2000** el **Juzgado Central de Menores** y con la **Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo** del **Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria**, en la Audiencia Nacional ante la desconexión entre las funciones judiciales de enjuiciamiento y las de ejecución de las penas impuestas, que estaban produciendo en la actualidad, una disociación no deseada que menoscababa la eficacia general de la política criminal. Para evitar esa disfunción se crea este nuevo órgano jurisdiccional y para conseguir de este modo una uniformidad del tratamiento en materia de ejecución de los presos internos de las organizaciones terroristas.



## **Segundo. Medidas cautelares. La prórroga de la detención y su incomunicación Artículo 520 bis y 527 de la LECri.**

Tanto la prórroga como la incomunicación **son las verdaderas especialidades** que dan singularidad al tratamiento procesal del fenómeno terrorista. Son obvias las razones que justifican la necesidad de estas instituciones, pues el aislamiento del detenido en los primeros momentos de la investigación, es fundamental para garantizar el éxito de las investigaciones evitando cualquier perturbación de las mismas y tratando de conseguir el mayor número de detenciones así como el acopio de las pruebas necesarias.

El TS tiene declarado que no es contrario a la CE el que la autoridad gubernativa pueda ordenar provisionalmente, cuando ello resulte necesario, la incomunicación del detenido, si al mismo tiempo solicita del órgano judicial la confirmación de la medida (**STC 199/87**). Por su parte, las **SSTC 196/87, 46/88 y 60/88** admiten la constitucionalidad de las **limitaciones** impuestas al derecho de defensa del detenido incomunicado (designación de Abogado del turno de oficio, imposibilidad de entrevista reservada del incomunicado con el Defensor, privación del derecho a que se comunique el hecho y lugar de la detención a un familiar, a otra persona o la oficina consular).

Por el obligado rigor de las medidas, la **LECri.**, modificada por la **LO 4/88**, contiene determinadas normas de garantía de su **control judicial**, a través de las que se plasma el criterio del legislador acerca de las exigencias del **Artículo 55.2 de la CE** sobre la necesaria intervención judicial. En este sentido el **Artículo 520 bis 3 de la LECri.** establece la posibilidad de que el Juez pueda requerir en cualquier momento información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde

se encuentre el detenido la situación de éste. Esta regulación supone que la **detención en materia de terrorismo tiene mayores garantías** que la detención por cualquier delito común, al exigir precisamente, para acordarse, la incomunicación un control judicial de esta situación de detención desde el primer momento por la autoridad judicial.

Cierto es que los **Artículos 6.3.c) del Convenio de Roma de 1950 y 14.3.d) del Pacto Internacional de Nueva York de 1966** establecen el derecho del acusado para ser asistido por un defensor de su elección. Más ello no ha de ser óbice para que en circunstancias excepcionales pueda decretarse la asistencia de oficio para los detenido, bien porque no deseen nombrarlos personalmente o porque el designado no aceptare, no fuera hallado o no compareciere (**Artículo 520.4 de la LECri.**), bien porque se encontraren aquellos en situación de incomunicación legalmente decretada por la forma y por el fondo (**Artículo 520 bis y 527 LECri.**).

Las limitaciones de los derechos al detenido recogidas en el **Artículo 527**, cuando el mismo se encuentra incomunicado, si bien forma parte del contenido normal del derecho del detenido, no lo son de su contenido esencial, máxime cuando una vez concluido el período de incomunicación (de breve duración por imperativo legal), recupera el derecho a elegir Abogado de su confianza. En cualquier caso se ha de insistir en la necesidad de que conciliar la libertad para la elección de Letrado, con la eficacia de la investigación, pero con preferencia, salvo supuestos de excepción, a tal libertad, que sino puede respetarse, por lo menos debe restablecerse cuanto antes a base de la menor duración de la incomunicación, siempre desde el punto de vista de la proporcionalidad como eje definidor de todo el proceso penal (**STS de 18 de junio de 1992 y 28 de febrero de 1994**).

El Tribunal Constitucional así como el Tribunal Supremo se han pronunciado reiteradamente sobre la **legalidad constitucional de la incomunicación** del detenido y de la limitación de los derechos que esta comprende, declarando que el **Artículo 17.3 de la Constitución** exige solamente la efectividad de la defensa letrada, con independencia de la modalidad de su designación (**STC de 11 de diciembre de 1987, 21 de marzo y 8 de abril de 1988 y 24 de enero de 1995**). La doctrina estima que ello, no obstante, la medida debe ser **interpretada y aplicada restrictivamente**, pero la consideran justificada especialmente en los supuestos de actividades terroristas o relacionadas con el crimen organizado (**STS 8 de octubre de 2001** *“la incomunicación de los detenidos o presos constituye una medida excepcional que la autoridad judicial competente podrá adoptar, bajo su responsabilidad, mediante Auto motivado, en función de las necesidades de la instrucción, para aislar a los diversos sospechosos con objeto de lograr el mejor esclarecimiento de los hechos que se le imputen”*).

En relación a las solicitudes de **“Habeas Corpus”** como consecuencia de privaciones de libertad por la persecución de delitos de terrorismo se asignan al Juez Central de Instrucción correspondiente, en defecto del Juez de Instrucción del lugar en que se encuentra la persona privada de libertad (**Artículo 2.2 LO 2/84, de 24 de mayo**, reguladora del procedimiento de **“Habeas Corpus”**, y disposición final de la **LO 4/88**), lo que si bien ha sido declarado constitucional por la **STC 199/87**, exige de estos órganos judiciales una mayor diligencia para asegurar la efectividad de la protección y de la defensa judicial de la libertad que les corresponde.

### **Tercero. La prisión incomunicada, Artículos 509 y 510 de la LECri.**

Los mencionados preceptos han sido modificados por la **LO 13/2003 de 24 de octubre** de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y por la **LO 15/2003 de 25 de noviembre** en modificación del **CP** que vuelve a modificar el **Artículo 509 de la LECri**. Con estas modificaciones se ha pasado de una escueta regulación de la incomunicación como forma de limitar los derechos de los detenidos, a una **más concreta regulación**, pues ahora se establecen los fines de la incomunicación, la cual podrá ser acordada tanto para aquellos privados de libertad en su condición de detenidos como para los presos y se corrigen las lagunas y problemas derivados de una insuficiente regulación legal en materia de motivos o causas para acordar la incomunicación.

Bien es cierto que el nuevo régimen de la prisión incomunicada podrá ser aplicado siempre que se dan las causas recogidas en el **Artículo 509 para cualquier clase de delito**, aunque **la prórroga** del periodo de incomunicación **solo** podrá efectuarse **para los delitos de terrorismo** a los que se refiere en **Artículo 384 bis** u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. Con la última reforma del **Artículo 509** introducida por la **LO 15/2003 de 25 de noviembre** de modificación del **CP**, se añade que la incomunicación podrá acordarse **excepcionalmente**, destacando así el carácter especial de dicha medida limitativa de derechos, que debe quedar reducida a los supuestos más graves en cuanto cercena un derecho fundamental.

Con estas modificaciones se ha introducido una regulación más concreta de la institución de la incomunicación que podrá servir para interpretar también el supuesto de la incomunicación en la detención, estableciéndose unas causas tasadas de incomunicación con interesantes novedades así como un mayor control para la adopción de la medida y de nuevos plazos de duración y prórroga de la situación de incomunicación así como añadiéndose nuevos derechos al preso incomunicado.

#### **Cuarto. Entradas y registros (Artículo 553 párrafo 1º LECrim.)**

Pese a esta previsión legal, que faculta a los Agentes de Policía en casos de excepcional o urgente necesidad a practicar entradas y registros domiciliarios sin necesidad de autorización judicial la práctica pone de manifiesto, que los Agentes de Policía siempre acuden a la obtención del correspondiente mandamiento judicial del Juzgado Central de Instrucción de guardia, siendo escasísimos los supuestos en los que se ha hecho uso de esta facultad legal.

#### **Quinto. La observación de las comunicaciones.**

**Artículo 579.4 de la LECri.:** *“4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.*

Redactado este apartado 4º conforme a la **Ley 4/88 de 25 de mayo**, no conozco ni una sola ocasión en la que los Agentes de Policía hayan hecho uso de esta facultad legal, lo que en la actualidad resultaría incomprensible dada las innovaciones tecnológicas que facilitan la comunicación y localización en cualquier momento del Juez de guardia o Fiscal de guardia de la Audiencia Nacional.

#### **Sexto. La suspensión automática de la función o cargo público (Artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)**

Este precepto ha sido declarado constitucional por la **STC 71/94**

#### **Séptimo. Otras especialidades procesales: el agente encubierto o infiltrado (Artículo 282 bis de la LECri.). Las medidas de protección de testigos (LO 19/94 de 23 de diciembre)**

La previsión de la aplicación de la figura del agente encubierto se encuentra recogida en el **apartado 4 letra j) del Artículo 282 bis**, siendo esta figura un instituto altamente eficaz pero al mismo tiempo entrañando grave riesgo para la vida del agente infiltrado.

En relación a las medidas de protección de testigos, peritos y denunciantes que establece la Ley mencionada se establecen una serie de medidas de indudable interés para preservar la identidad de estos testigos y los datos relativos a su domicilio, profesión, lugar de trabajo. Así se pueden adoptar las siguientes medidas:

- Que no conste en las Diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esto un número o cualquier otra clave.

- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- Que se fije como domicilio a efectos de notificaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

La finalidad de todas las medidas que prevé la Ley es la de evitar la identificación del sujeto protegido, pero siempre tiene que quedar a salvo el derecho de contradicción que asiste a la defensa del procesado. Ello es así no solo en aplicación del **Artículo 24 CE** sino también de conformidad a la regulación que el **Artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos** hace del derecho de defensa.

Es frecuente la utilización de medidas de protección de la visualización física de los Agentes de Policía que comparecen a declarar en las vistas orales y también de determinados testigos civiles para evitar posibles represalias ante los testimonios ofrecidos en la vista oral.