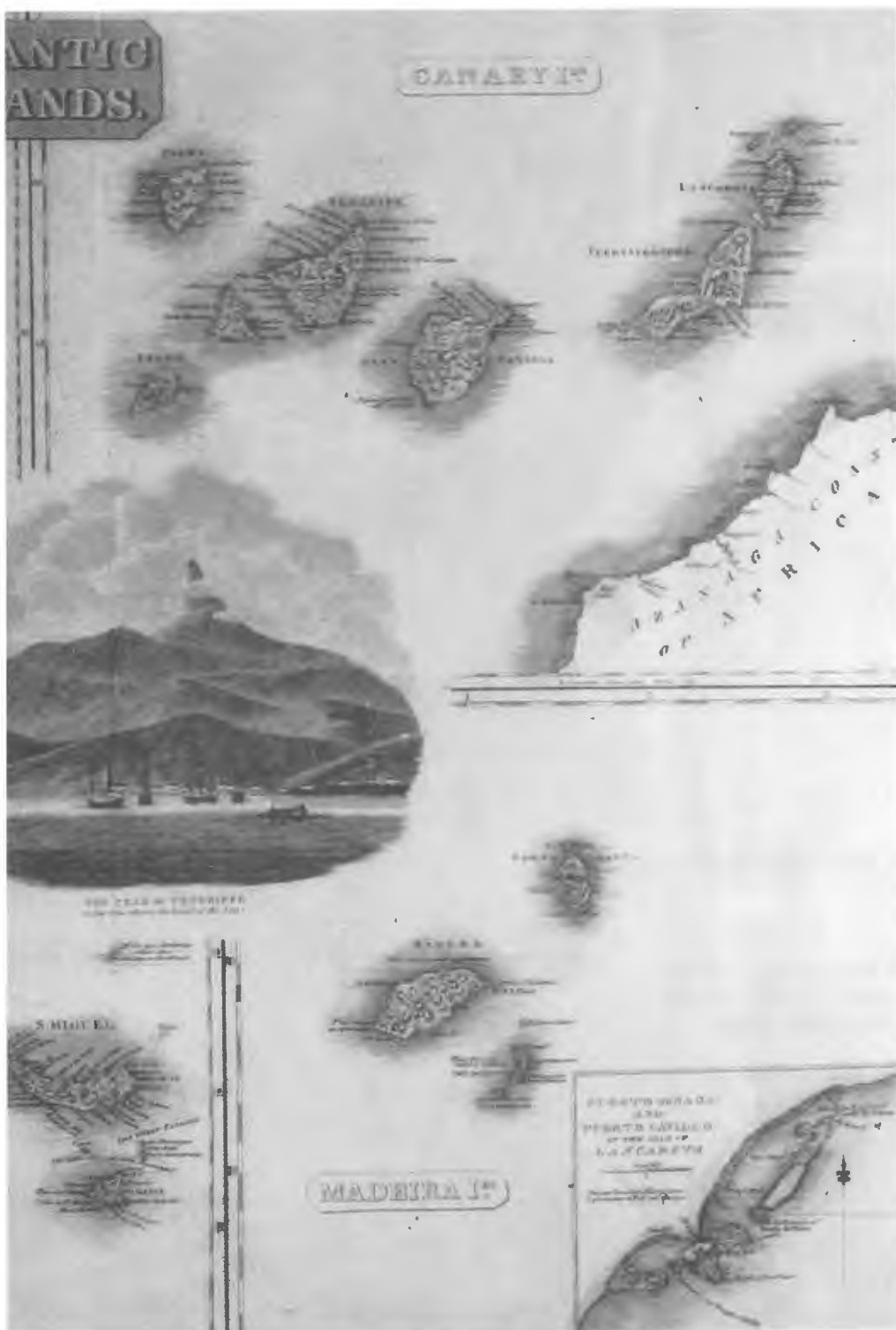


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA: 1977-1992

LUIS ARROYO ZAPATERO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

SUMARIO

1. FASE DE LA EMERGENCIA REAL Y DE LA ESPERANZA EN LA TEMPORALIDAD. DE 1977 HASTA EL 23-F Y LA L.O. 2/1981.
2. LA LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE. NOVEDADES QUE INCORPORA.
3. PERÍODO DE LA MADUREZ CONSTITUCIONAL. EJECUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LAS LEYES ORGÁNICAS DE 1988.
4. DERECHO PENAL SUSTANTIVO DEL TERRORISMO EN LA LEY DE 1988 Y SU COMPARACIÓN CON EL PROYECTO DE 1992.

Revisar la legislación penal desde el año de las primeras elecciones democráticas hasta los albores de 1993, con un proyecto de CP sobre la mesa es una idea y una ocasión excelente por las que deseo felicitar a la Universidad y al Colegio de Abogados. Quince años son además de muchos años, los que definen para Ortega el alumbramiento de una nueva generación. En el tiempo de una generación, en 15 años, no sólo nos encontramos ante una cohorte de jóvenes que ya han nacido en la libertad. Han pasado tiempo y cosas que han hecho madurar y envejecer a los que protagonizaron la lucha por esa libertad. Política y Derecho penal han estado siempre en íntima relación, como pusiera de manifiesto mi maestro Marino Barbero, hace ya más de 15 años, pero no tan sólo en una relación material de contenidos reales de la política y del Derecho penal. La mediación entre Política y Derecho penal se realizaba también en nuestras conciencias: nuestra experiencia y la concepción del mundo que nos proporcionó esa experiencia formaba parte también de esa relación entre política y Derecho penal, “conformaba” esa relación.

El cambio de nuestra concepción del mundo, de nuestra comprensión de los problemas y las cosas es también un cambio en el Derecho penal. Aun cuando la ley en su literal se mantenga en iguales términos que las del pasado, la ley no es necesariamente la misma, ni sus problemas los mismos, cuando se abordan sus problemas desde nuestra actual conciencia de la historia y del presente. Y me permito esta reflexión teórica porque reflexionar sobre los problemas penales que me han sido encomendados es, a la vez, una reflexión sobre mis propios escritos durante estos 15 años, sobre todo en materia de terrorismo y de seguridad ciudadana.

Me voy a permitir citar una frase, para operar luego con ella, del autor de “La forja de un rebelde”, Arturo Barea, en sus escritos periodísticos desde el exilio londinense en el que murió y refiriéndose a España y a los españoles: “*Nuestra Patria se siente como un dolor agudo al que uno no llega a acostumbrarse*”. Los penalistas de mi generación, al menos los que han sido compañeros del mismo viaje a la libertad, han elaborado sus conceptos, criterios y valores desde ese sentir nuestra Patria como un dolor agudo.

Yo personalmente he sentido, incluso físicamente ese dolor agudo, como estudiante, al ver la cobardía de un compañero o de un profesor ante la arbitrariedad de la Dictadura, en una prisión, en un cine, o al presenciar fuera de España en 1975, la primera manifestación autorizada, lógicamente, curiosamente, también lógicamente, contra el gobierno de nuestro país. Muchas veces, y la última vez que experimenté ese dolor agudo fue el 23 de febrero de 1981, es decir, hace ya más de 10 años.

Nuestro reto es hoy, precisamente, el de acostumbrarnos a no tener que sentir dolor alguno ante el presente de nuestro Estado y Sociedad, acostumbrarnos a no sentir la angustia de la diferencia, de la inestabilidad, del miedo al retroceso, o la contravuelta, acostumbrarnos a la condición de “normal” de nuestro sistema de gobierno, de nuestra prensa, de nuestra policía, incluso de nuestros terroristas.

* * *

Pero examinemos ahora el tema que nos ocupa: El tratamiento penal del terrorismo desde 1977 a la actualidad.

Si el “espíritu de las leyes” y las condiciones sociales y políticas en las que éstas se aplican son en buena medida constitutivas del contenido de las leyes, no resulta procedente hacer referencia a una política jurídica antiterrorista anterior a la amnistía y elecciones generales de 1977. La política jurídica sobre el terrorismo en el período democrático se prepara precisamente en 1977 con los Reales Decretos-Ley números 1, 2 y 3, de 4 de enero de 1977, por los cuales se crea la Audiencia Nacional, se suprime el Tribunal de Orden Público, se atribuye a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de terrorismo, y se introducen como “Anexo” en el Código penal las tres figuras de terrorismo que venían incluidas en el Código de Justicia Militar (294 bis a, b y c), con lo que estos tres delitos pasan a acompañar a los “delitos de terrorismo y de tenencia de explosivos” de los arts. 260-264 del Código penal. A modo de síntesis puede decirse que se mantienen los delitos de terrorismo con *nomen iuris* propio, pero su conocimiento se atribuye a la Audiencia Nacional, desapareciendo la competencia de la Jurisdicción Militar. No hay reforma del Derecho penal sustantivo en la materia.

Tras las reformas de 1977 se pueden distinguir varias fases. La primera puede denominarse la de la emergencia real del terrorismo en la inestabilidad propia de la transición política y, a la vez, de la esperanza en la temporalidad de ambos fenómenos. Este período alcanza hasta el 23-F y la subsiguiente Ley 2/1981. La segunda merecería llamarse de la exasperación de las medidas y de la frustración de la esperanza en la temporalidad del terrorismo, fase que se cierra con el reproche de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional en 1984. La tercera y última es la de la madurez constitucional, protagonizada por las dos Leyes Orgánicas 3 y 4 de 1984. Ahora nos encontramos en esta última y a la espera de un Proyecto de Código penal que prevé algunas modificaciones.

1. FASE DE LA EMERGENCIA REAL Y DE LA ESPERANZA EN LA TEMPORALIDAD. DE 1977 HASTA EL 23-F Y LA L.O. 2/1981

Pueden distinguirse tres subfasas dentro de ésta, la primera hasta la aprobación de la Constitución, esta misma y desde 1979 hasta la L.O. de 1981.

1.^a Hasta la aprobación de la Constitución.

Real Decreto-Ley 21/1978, de 30 de junio, o Decreto-Ley antiterrorista, intitulado “de medidas en relación con los delitos cometidos por grupos y bandas armadas”, que con algunas modificaciones es convertido en Ley 56/1978, de 4 de diciembre, con la misma intitulación que el anterior, y denominada vulgarmente Primera Ley antiterrorista. Esta Ley, de contenido eminentemente procesal, y de carácter temporal (1 año) se complementa con una reforma del Derecho penal sustantivo: Ley 82/1978, de 28 de diciembre. Por la misma se hacen desaparecer las figuras delictivas con *nomen iuris* propio del terrorismo (es decir, los arts. 260-262 y los tres del Anexo creado en 1977), a su vez, se crean nuevas figuras delictivas referidas a modos de actuar específico de las bandas armadas, bien *ex novo* (avisos falsos de bomba, 249 bis, omisión de denunciar determinados delitos, 338 bis, II), bien creando tipos cualificados (detenciones ilegales y “cárceles de pueblo”, 481 y 482 bis, amenazas o coacciones atemorizantes de población, 496 bis). Lo esencial desde el plano estrictamente penal es que con la supresión del término terrorismo y la objetivización del fenómeno en la categoría de “grupos y bandas armadas” se pretende prescindir de los “motivos” de la comisión de los delitos.

2.^a El texto constitucional.

La Constitución contiene dos cláusulas que afectan al tratamiento jurídico del terrorismo. Por una parte, el art. 13.3, por el que se establece que “quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”, y, por otra, el art. 55.2, por el que se autoriza a suspender, mediante Ley Orgánica, determinados derechos fundamentales “para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos de excepción permanente “*intuitu personae*”, que legitima en principio las excepcionales leyes procesales.

Debe hacerse notar que en los dos artículos citados hay una cierta corrección frente a la orientación de las leyes de 1978 citadas (antiterrorista y de

modificación del Código penal) pues, si bien incorpora el criterio objetivista de las bandas armadas, no renuncia al término terrorismo. Lo que sí es manifiesto es que la Constitución autoriza la excepcionalidad tan sólo frente a las bandas armadas o elementos terroristas y no frente a conductas delictivas de otra especie, que son, sin embargo, las que van a quedar abarcadas por la inmediata legislación de “seguridad ciudadana”.

3.^a Del Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana de 1979 hasta la Ley Orgánica de 1981.

Tras la entrada en vigor de la Constitución se continúa la acción legislativa antiterrorista, en un período que se abre con el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, y que podemos considerar que se cierra con la Ley Orgánica inicialmente denominada de defensa de la Constitución, de 4 de mayo de 1981: Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero sobre protección de la Seguridad Ciudadana; Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre y sistema de comunicaciones con los abogados en casos de terrorismo (art. 51.2); Real Decreto-Ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la vigencia de la Ley Antiterrorista de 1978 y ampliación de competencias de la Audiencia Nacional; Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre prisión provisional; Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución sobre suspensión de derechos en la investigación de delitos de bandas armadas; Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo (de defensa de la Constitución), que modifica el Código penal y del Código de Justicia Militar en materia de *terrorismo y rebelión* y es producto específico del 23-F.

2. LA LEY ORGÁNICA 9/1984, DE 26 DE DICIEMBRE. NOVEDADES QUE INCORPORA

En 1984, bien entrada la legislatura socialista, toda legislación anterior se refunde y amplía en un texto único, la Ley Orgánica contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, de 26 de diciembre de 1984.

La nueva Ley sirve como finalidad a refundir toda la materia normativa sustantiva y procesal en un *corpus* único, si bien dejó subsistentes algunos delitos relacionados con el terrorismo introducidos en el Código penal por la Ley 82/1978. Con todo, la Ley introduce algunas novedades respecto de la legislación

anterior, de las cuales unas lo son *in totum* y otras son modificaciones de instituciones ya existentes: 1º. Se modifica el ámbito de aplicación de la excepcionalidad derivada del 55.2 de la Constitución, abarcando ahora no sólo al terrorismo sino también a la rebelión o, en términos coloquiales, al “golpismo”; 2º. Se hace excepción en la materia del principio de territorialidad de la Ley penal extendiendo la conjetura de los Tribunales españoles a los delitos cometidos por españoles o extranjeros cuando los responsables estén integrados en bandas armadas rebeldes o terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con éstas. Se establece la reincidencia internacional; 3º. Se prevé la disolución y clausura de asociaciones cuando los miembros activos de las mismas hubieren cometido delitos de los comprendidos en la ley, alcanzando a la suspensión cautelar durante el procesamiento; 4º. Introdujo la medida *cautelar* de suspensión de cargo público como consecuencia *automática* del auto de procesamiento; 5º. El sistema de responsabilidad de los delitos cometidos por medio de la prensa de los arts. 13 y 15 del Código penal queda excluido para los delitos de apología y provocación del terrorismo; 6º. Se da nueva redacción a la atenuación en los supuestos de disociación y de delación; 7º. Se incrementan las penas de todas las figuras delictivas, determinando la aplicación de los grados máximos, castigando la frustración con la pena del delito consumado; se establece una pena mínima de prisión mayor en grado máximo cuando se hubieren utilizado armas o explosivos con independencia del resultado producido; mantiene la figura de la colaboración y la pena *ad hoc*; tipifica una apología que desborda sus límites tradicionales.

Por su parte, en materia de restricción de garantías procesales, la Ley de 1984 reproduce de modo sustancialmente idéntico el régimen procesal y de suspensión de derechos fundamentales anterior de modo más sistemático, añadiendo la suspensión cautelar de asociaciones y de cargos públicos y, en positivo, judicializó la medida de clausura provisional de medios de difusión, aunque la mantiene, y mantiene también la prórroga de la detención gubernativa hasta 10 días con incomunicación y sus consecuencias, así como la exclusión del Juez de lugar en todo, incluido el *habeas corpus*, salvo por delegación de los Jueces centrales. Por último, la Ley de 1984 sometió su vigencia a un plazo temporal de dos años.

La Ley en su conjunto representa una exasperación de las penas y del sistema de restricción de derechos, un intento de responder a la violencia terrorista incrementando la conminación penal para forzar el abandono de la lucha armada en un corto plazo representado en el término de los 2 años. El efecto

real es el incremento de las penas en todo lo demás. El efecto pretendido y logrado es puramente simbólico. Su coste específico fue las sentencias del Tribunal Constitucional.

Las sentencias del T.C. 199/87, 16 de diciembre; 196/87, 11 de diciembre, sobre los recursos de inconstitucionalidad del País Vasco y Cataluña sobre la Ley Orgánica y la cuestión de inconstitucionalidad sobre la asistencia letrada al detenido regulada en el artículo 527 de la LECrim. dieron ocasión a la elaboración constitucional de buena parte de la política criminal antiterrorista, no sobre todo ello, pues al haber perdido la Ley su vigencia temporal el Tribunal no se pudo pronunciar sobre la declaración de ilicitud, disolución de asociaciones, definitiva y suspensiva, sobre la prisión y la libertad provisional y la suspensión cautelar de cargos públicos. En lo demás pueden destacarse los pronunciamientos siguientes:

1º. Constitucionalidad de la proyección de la excepcionalidad sobre rebeldes. 2º. Inconstitucionalidad de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales. 3º. Inconstitucionalidad de la aplicación del régimen excepcional a los apologistas del terrorismo. 4º. Reclamación del principio de concordancia práctica entre efectiva tutela e intervención judicial y suspensión de derechos, por lo que declara inconstitucional: a) Que la prolongación de la detención gubernativa pueda iniciarse sin previa y expresa autorización del órgano judicial; b) la excesiva duración de la prolongación de la detención hasta 10 días; c) la práctica de registro policial de domicilio sin previa autorización judicial no determinada en el caso concreto por la urgente excepcional e imprescindible necesidad; d) que el sistema de determinación gubernativa de la situación procesal de la comunicación no sea provisional y acompañado al tiempo de la solicitud de autorización judicial. 5º. Por último, declara inconstitucional la cláusula del cierre provisional de medios de comunicación como consecuencia de la admisión de querellas del Ministerio Público.

3. PERÍODO DE LA MADUREZ CONSTITUCIONAL. EJECUCIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LAS LEYES ORGÁNICAS DE 1988

Las L.O. 3 y 4 1988 afectan respectivamente al régimen sustantivo y procesal de la disciplina antiterrorista. Veamos primero la procesal para analizar

la sustantiva de modo más autónomo, en comparación con el texto del Proyecto de Código penal.

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo depura el régimen de suspensión de garantías en materia de enjuiciamiento del terrorismo de acuerdo con las sentencias del TC y lo introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del mismo puede destacarse lo siguiente: Mantiene la *suspensión automática del cargo público* como consecuencia del auto de prisión y mientras dure esta situación (348 bis). Mantiene asimismo la *suspensión de excarcelación* de presos preventivos por efecto de recurso del Ministerio Fiscal y durante 1 mes (504 bis). Modifica sustancialmente el sistema y tiempo de *prórroga de la detención y de la incomunicación*. El máximo es ahora de 3 más 2, condicionada la prórroga a si se solicita al Juez motivadamente en las 48 primeras horas y en las 24 siguientes el Juez la autoriza, es decir, la prórroga de la detención en por 2 días y en virtud de resolución judicial (520 bis 1).

La incomunicación y la consecuente privación de la libre *designación de abogado* se determina provisionalmente por la autoridad gubernativa si al tiempo lo solicita el Juez, quien debe pronunciarse en 24 horas, lo que judicializa plenamente su régimen y su control sin perjuicio de su efectividad material inmediata a la detención (520 bis 2). La incomunicación no excluye en su contenido el control judicial, directa o por delegación (520 bis 3).

Se autoriza la detención y *entrada en domicilio* por iniciativa policial en casos de excepcional o urgente necesidad (frente a la “excepcional urgencia y necesidad” de la STC), con inmediata dación de cuenta sobre causas, circunstancias y resultados al Juez (533).

Se mantiene la intervención de las *comunicaciones* en caso de urgencia por iniciativa policial, con inmediata comunicación al Juez, quien debe resolver en 72 horas (art. 579).

Se mantiene, por último, la competencia de la Audiencia Nacional y de los Juzgados Centrales (Disposición transitoria).

Del conjunto de este régimen procesal se puede hacer la siguiente valoración: Introduce, frente al anterior régimen, una aceptable judicialización, limitando la autonomía policial al momento de iniciativa de la intervención. La prórroga de la detención resulta aceptable por su limitación temporal y su control judicial. La Audiencia Nacional queda constitucionalmente normalizada, lo que se produce cuando dicha Audiencia y Juzgados se han acreditado

ampliamente en la vida española contemporánea, bien lejos de su mácula de origen. La incorporación de todo este régimen al articulado de la ordinaria Ley de Enjuiciamiento representa la asunción de la excepcionalidad como normalidad penal y procesal mientras el terrorismo sea, también, normal.

4. DERECHO PENAL SUSTANTIVO DEL TERRORISMO EN LA LEY DE 1988 Y SU COMPARACIÓN CON EL PROYECTO DE 1992

Los elementos más destacables de la regulación son los siguientes:

1. Introduce en el art. 10, 15º la *reincidencia internacional* en términos aceptables. La extraterritorialidad de los delitos de terrorismo y rebeldes quedó consagrada en la Ley Orgánica del Poder Judicial art. 23.4. En el Proyecto 92 se equiparan a estos efectos las sentencias extranjeras a las nacionales en el art. 66.2.

2. Salva de la Ley anterior la cláusula de *agravación de la pena*, determinando la aplicación en su grado máximo en todos los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, salvo que la circunstancia sea elemento constitutivo del tipo. Prescinde de la equiparación anterior del delito frustrado al consumado, duramente criticada. La agravación puede considerarse justificada como consecuencia del mayor grado de injusto que presenta sobre el delito en general la conexión con bandas armadas como peligro, además, para el sistema democrático. Cabe estimar que resultaría más adecuada una agravación facultativa. Omite la referencia a rebeldes.

Todo ello se mantiene en el Proyecto 92 en el art. 66.1, determinante de la pena superior en grado, que lo será en su mitad superior si resultare muerte o lesiones.

3. Remoja la redacción, ahora en los arts. 57 bis b y 98 bis, de la atenuación de la *disociación silenciosa* y de la atenuación y remisión en la *delación*, tanto en la determinación de la pena como a efectos de libertad condicional.

A pesar de la crítica que estos preceptos han merecido en su variante de *premio a la delación*, así como la no menos relevante crítica de su débil aplicación práctica en la escena terrorista española, frente a lo acontecido, por ejemplo, en Italia, debe aprobarse su mantenimiento por valor político criminal que

tiene como un instrumento más en la política de reinserción. Por ello debería ampliarse el beneficio de la libertad condicional a los supuestos del art. 57 *bis b y a*, es decir, los supuestos de la disociación silenciosa, posteriores a la condena.

El Proyecto 92 mantiene la cláusula para la determinación de la pena (art. 67), sin hacer referencia a no computar la agravación del art. 66. En su regulación de la libertad condicional no mantiene la cláusula del actual 98 bis, por la que en los supuestos de disociación y delación prescinde de todos los requisitos salvo del cumplimiento de 1/3 de la pena.

Por último, el art. 94 proyecta el conjunto del tiempo de cumplimiento de la pena, ahora 3/4, sobre el total de las penas impuestas, lo que virtualmente excluye la libertad condicional en los casos de acumulación de condenas, es decir, prácticamente en todos los casos salvo en el de condena única por colaboración.

4. La tipificación de la *asociación terrorista* pasa de la Ley especial al Código penal en su lugar sistemático, el art. 174, incorporando a éste un número 3, por el que a los dirigentes de bandas y sus grupos se les castiga con prisión mayor en grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 y a los meros integrantes a prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000. Por cierto, que de estas multas y su elevación a 500.000 a 2.500.000 ptas. se olvidó la Ley 3/89. Responde al sistema de pena mínima de prisión mayor, en toda su extensión o grado máximo.

En el Proyecto 92 se mantiene este sistema de incriminaciones en el art. 530, con penas de prisión de 8 a 14 y de 6 a 12, más inhabilitación de hasta 15 y 14 años(!), penas que para las asociaciones ilícitas comunes son en el caso de los dirigentes de 2 a 4 años de prisión, más multa, y en el de los meros integrantes de 1 a 3 años y multa.

5. En el 174 bis a, reintroduce el tipo de la *colaboración*, conminada con prisión mayor y multa (de 500.000 a 2.500.000 ptas.) con un catálogo *ad exemplum* de formas de colaboración más depurado que el anterior.

Proyecto 92 lo mantiene en el art. 532 con pena de prisión de 5 a 10 años y multa. La novedad radica aquí en que frente a la reprochable equiparación punitiva actual (prisión mayor) entre integrante de la organización y colaborador, ahora para los primeros la prisión es de 6 a 12 y para los segundos de 5 a 10, con lo que se salva el reproche que en su día dirigí al precepto. Se mantiene no obstante la absurda formulación actual que define la colaboración como “facilitarla” y no como “prestarla”.

Debe recordarse que la figura de la colaboración responde tanto al grado de desvalor añadido de la colaboración con el terrorismo, consistente en la prestación sistemática de actos preparatorios ciegos, como a la función práctica de captar con pena elevada supuestos de difícil encaje probatorio en la ejecución o conductas de favorecimiento de delitos no ejecutados, no por ello equiparables a los leves actos preparatorios genéricos.

6. En el 174 bis b, incluye lo que la Ley de 1984 calificaba normalmente de “*delito de terrorismo*”: el que integrante o colaborador de banda armada realice cualquier delito que contribuya a la acción terrorista o rebelde usando armas de fuego o medios explosivos o incendiarios, con independencia de cuál sea el resultado producido. La pena prevista es de prisión mayor en grado máximo, y para los promotores, organizadores o dirigentes del hecho la reclusión menor. La función de este precepto consiste en resolver el problema enojoso de determinar la condición de miembro de banda armada. Así, entre miembro y colaborador sitúa al individuo que, probándose en todo caso que colabora, usa armas y comete otros delitos; no es ni el mero colaborador ni el mero integrante de la banda sorprendido “sin nada”, es el terrorista en acción, el terrorista *tout court*, y para éste se dispone la pena más grave, prisión mayor en su grado máximo, que será reclusión menor en el mismo grado si se trata de dirigente.

Este tipo y su referencia a la irrelevancia del resultado producido fue interpretado por el autor de estas líneas en su día y ha sido aceptado en general en el sentido de que no era irrelevante el grado de ejecución, sino irrelevante tan sólo cual fuera el delito efectivamente consumado, muerte, lesiones, daños, etc. Se trataba así de evitar el despropósito de castigar con reclusión menor a quien es sorprendido dirigiendo la preparación de unas amenazas condicionales lucrativas. Pero para que no haya duda de que tan correcta interpretación no es la deseada por el legislador, el Proyecto 92 lo aclara expresamente en el art. 531.

7. El art. 233, párrafo tercero, contiene la cláusula de *atentado*, un tipo agravado por el que se dispone la pena de reclusión mayor en su grado máximo para terroristas o colaboradores que atenten contra miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Civiles de Seguridad, si resultare muerte o lesiones y con reclusión mayor en los demás casos. El Proyecto 92 no reproduce esta cláusula, pues el resultado agravatorio se consigue ya con el art. 501.

Hasta aquí el sistema sustantivo de represión del terrorismo en el Código penal vigente producto de la Ley de 1988 y sus variantes en el Proyecto 92. Sobre

todo ello el Proyecto 92 incorpora novedades generales que tienen trascendencia directa para los delitos de terrorismo: 1º) En el artículo 77, equivalente al actual 70,2º, es decir, en los supuestos de *concurso real* de delitos castigados con pena de hasta 20 años (así, atentados contra miembros de Fuerzas de Seguridad, funcionarios o cargos públicos del 501, asesinato común del 145) el *máximo de cumplimiento de pena* no será de 20 años (equivalente a los 30 del derecho vigente), sino de 25 años, si fueran condenados por dos o más delitos de los anteriores, y de 30 años cuando alguno de ellos estuviere castigado por la Ley con más de 20 años (es decir, atentado con resultado de muerte). 2º) El art. 78.4, que representa un añadido al art. 71 actual, dispone que en los supuestos de concurso ideal —un solo hecho constituye 2 o más delitos— se sancionará en todo caso por separado cuando con una sola acción u omisión se originen dolosamente varias muertes o lesiones. Así, si una sola bomba causa 2 muertos corresponderán 2 penas de 20 años, al menos. En síntesis, el Proyecto comporta como novedades en este punto: a) Tanto en concurso real como ideal se acumulan las penas y se cumplen hasta los límites máximos de 25 a 30 años (77 y 78); y, b) los cómputos de tiempo de cumplimiento para libertad condicional y demás beneficios en los delitos llamados de terrorismo se referirán siempre a la totalidad de las penas impuestas en las correspondientes sentencias y no sobre el máximo ordinario de cumplimiento lo que en la práctica viene a excluir a los autores de los delitos terroristas más graves de la libertad condicional y de los demás beneficios automáticos.

En definitiva, el cuadro de tratamiento penal del terrorismo en el Proyecto de Código Penal de 1992 se caracteriza por los siguientes elementos: a) Exclusión de toda referencia a los rebeldes. b) Imposición de la pena superior en grado en todo delito relacionado con la actualidad de grupos terroristas que llega a la mitad superior de ésta si resulta muerte o lesiones (art. 66). c) Atenuación para la disociación y la delación, pero sin efectos para la libertad condicional (art. 67). d) Tipificación de la asociación terrorista (529 y 530) con pena doble respecto de las de asociación común, equivalente a la prisión mayor actual para los miembros y en su grado máximo para los dirigentes. e) Tipificación del delito de colaboración (art. 532) con la pena equivalente a prisión mayor, “reducida” respecto de la del mero miembro de banda. f) Tipificación del delito “de terrorismo” (art. 531) o delito cometido por integrante o colaborador de banda armada usando arma de fuego o explosivos con independencia del resultado, castigándolo con prisión de 6 a 14 años y, si es dirigente, de 10 a 15, es decir, equivalente a las actuales de prisión menor o reclusión menor. g) Aplicabilidad genérica de la agravación en el atentado (art. 501) con pena

de 20 a 25 años si resulta muerte y de 15 a 20 si lesiones. h) En los supuestos de concurso ideal, si los delitos que se producen son dos o más de lesiones u homicidio dolosos, se penan por separado y se cumplen sucesivamente (art. 78.4). i) La acumulación de penas determina en los delitos más graves una elevación del máximo de cumplimiento ordinario de 20 años a 25 y 30, según los casos (art. 77). j) La libertad condicional se proyecta sobre un cómputo de cumplimiento de 3/4 de la suma del tiempo total acumulado de las condenas (art. 94).

* * *

Y ahora, para concluir sobre el conjunto de la legislación penal vigente y sus modificaciones previstas en el Proyecto en relación al régimen de tratamiento del terrorismo derivado de la Ley de 1988, creo que se puede manifestar lo siguiente: En primer lugar, resulta aceptable desde el punto de vista de los derechos fundamentales, pues ha corregido los excesos en que se incurría en el sistema anterior, judicializando todo el sistema, salvo en el momento concreto de la iniciativa de la adopción de la medida, limitando la prórroga de la detención a un tiempo razonable, no peligroso para los derechos más fundamentales del detenido y con control judicial. En segundo lugar, el sistema de tipificación de delitos y penas mantiene un grado de represión muy elevado, aunque necesario, y sin tratamientos desproporcionados. Todo ello se adecúa a las transformaciones que ha experimentado en España el terrorismo, el sistema judicial y policial y las relaciones entre terrorismo y sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Me ocupé por primera vez del terrorismo en **La reforma de los delitos de rebelión y terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo**, en *Cuadernos de Política Criminal* n° 15, 1981, págs. 379 y ss., y, más tarde, en **Terrorismo y sistema penal**, en *Reforma Política y Derecho*, dir. por Clemente Auger, Ministerio de Justicia, 1985, págs. 153 y ss. Para todo lo posterior, incluidas las referencias bibliográficas, v. TERRADILLOS BASOCO, **Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal**, Madrid, Tecnos, 1988.