

EL NUEVO SUBTIPO ATENUADO DE TERRORISMO DEL ARTÍCULO 579 BIS 4) DEL CÓDIGO PENAL

Por

JAVIER MIRA BENAVENT
Universitat de València

fjmira@uv.es

Revista General de Derecho Penal 36 (2021)

RESUMEN: El presente trabajo aborda el análisis de los requisitos generales de aplicabilidad del nuevo subtipo atenuado previsto en el art. 579 bis 4) del Código penal introducido por la reforma de 2015; es decir: de aquellas exigencias o condiciones que, en el ámbito de los delitos de terrorismo, permitirían afirmar con carácter general que unos hechos delictivos son objetivamente de menor gravedad. Y para ello se propone acudir a los delitos de colaboración y pertenencia a organización terrorista como posible modelo o paradigma de aplicación del nuevo subtipo atenuado.

PALABRAS CLAVE: terrorismo, atenuación de la pena, tipo objetivo, contenido de injusto, delitos de colaboración y pertenencia a organización terrorista.

SUMARIO: I. El artículo 579 bis 4) CP requiere la realización de un juicio de comparación entre conductas delictivas subsumibles en un mismo tipo penal de terrorismo; II. El juicio de comparación previsto en el art. 579 bis 4) CP debe realizarse desde la perspectiva del tipo objetivo y no del tipo subjetivo: 1. El primer círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de autoría; 2. El segundo círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de complicidad; 3. El tercer círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista; 4. El cuarto círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista y las consecuencias penales derivadas de la aplicación jurisprudencial de la teoría del desdoblamiento de ETA.

THE NEW ATTENUATED SUBTYPE OF TERRORISM OF ARTICLE 579 BIS 4) OF THE CRIMINAL CODE

ABSTRACT: The aim of this paper is analyzing the general requirements in order to interpretate the extenuating clause introduced in art. 579 bis 4) of the Criminal Code, by means of the 2015 reform. In this sense, this work is focused in the conditions that, in the field of terrorist offences, lead to affirm that some facts are objectively less serious than others. With this purpose, the crime application of this rule is studied in the specific field of the crime of collaboration and membership to a terrorist organization, as a paradigm where this mitigating circumstance could be applied.

KEYWORDS: Terrorism, mitigation of punishment, objective requirements of crime, crimes of collaboration and belonging to a terrorist organization.

El art. 579 bis 4) CP, introducido por la LO 2/2015, de 30 de marzo, mediante la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de delitos de terrorismo, establece lo siguiente:

«Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

El análisis del contenido normativo del art. 579 bis) 4 CP se debe realizar, en mi opinión, desde una doble perspectiva: en primer lugar (I) analizando los *requisitos generales de aplicabilidad* del nuevo subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP (es decir: las exigencias o condiciones que, en el ámbito de los delitos de terrorismo, permitirían afirmar con carácter general que unos hechos delictivos son objetivamente de menor gravedad; y para ello se podría acudir a los delitos de colaboración y pertenencia a organización terrorista como posible modelo o paradigma de aplicación del nuevo subtipo atenuado); y en segundo lugar (II) analizando los *requisitos especiales de aplicabilidad* de dicho subtipo atenuado (es decir: las exigencias o condiciones que deben concurrir con carácter específico en el *medio empleado* para cometer el hecho delictivo de carácter terrorista o en el *resultado producido* por el mismo y que fundamentarían su menor gravedad objetiva en el marco ya de unos hechos probados concretos; y para ello se podría acudir como modelo o paradigma de posible aplicación del nuevo subtipo atenuado un supuesto determinado de delito de pertenencia a organización terrorista: el caso *Bateragune*).

En el presente trabajo sólo me voy a ocupar de examinar el nuevo subtipo atenuado de terrorismo previsto en el art. 579 bis 4) CP desde la primera de las perspectivas aludidas; es decir: analizaré únicamente los requisitos generales de aplicabilidad que requiere este nuevo precepto, requisitos cuya concurrencia permitiría afirmar que unos hechos delictivos son objetivamente de menor gravedad; y dejaré para otro trabajo futuro el estudio de los requisitos especiales de aplicabilidad que requiere el nuevo subtipo atenuado, y que hacen referencia al medio empleado para cometer el hecho delictivo de carácter terrorista o al resultado producido por el mismo.

Centrado ya el objeto de estudio del presente trabajo en lo que son los requisitos *generales* de aplicabilidad del precepto en cuestión, creo que la aplicación con carácter general del subtipo atenuado de terrorismo contemplado en el art. 579 bis 4) CP debe llevarse a cabo, en mi opinión, de la siguiente manera: mediante la realización, en primer lugar, de un juicio de comparación entre conductas delictivas subsumibles en un mismo

tipo penal de terrorismo (1); juicio de comparación que, en segundo lugar, debe tener un carácter objetivo y no subjetivo, es decir, se debe llevar a cabo comparando el tipo objetivo de los correspondientes hechos delictivos de terrorismo y no el tipo subjetivo (2).

Analizo a continuación de forma separada ambas cuestiones.

I. EL ARTÍCULO 579 BIS 4) CP REQUIERE LA REALIZACIÓN DE UN JUICIO DE COMPARACIÓN ENTRE CONDUCTAS DELICTIVAS SUBSUMIBLES EN UN MISMO TIPO PENAL DE TERRORISMO

El primer paso que dicho precepto impone para su aplicación por jueces y tribunales consiste en la realización de un juicio de comparación entre conductas delictivas subsumibles en el mismo tipo penal de terrorismo; y para fundamentar o justificar semejante afirmación creo que hay que tener en cuenta las siguientes cinco consideraciones:

1. El tenor literal del art. 579 bis 4) CP está sin duda redactado en términos comparativos, al hacer depender el beneficio penológico que contempla de la circunstancia consistente en que el hecho delictivo sea objetivamente de *menor* gravedad. El término *menor* va referido al término *gravedad*, por lo que el legislador lo utiliza en este tenor literal como un adjetivo comparativo de inferioridad que denota comparación entre dos términos o extremos; y lo utiliza además en el contexto de una elipsis, es decir, de una “figura de construcción que consiste en omitir en la oración una o más palabras, necesarias para la recta construcción gramatical, pero no para que resulte claro el sentido”. En consecuencia: el hecho delictivo en cuestión ha de resultar objetivamente de *menor* gravedad que, aunque no se mencionen explícitamente, *otros hechos delictivos*.

Parece, pues, que lo que hay que comparar en el contexto del art. 579 bis 4) CP son dos extremos integrados por dos hechos delictivos: por una parte, el *hecho delictivo* expresamente mencionado en el tenor literal del precepto (y que es aquel al que los jueces y tribunales pueden, una vez declarado probado, rebajarle la pena en uno o dos grados en un concreto procedimiento penal); y por otra, *otros hechos igualmente delictivos* cuya mención expresa omite el tenor literal del precepto (pero a los que se refiere igualmente de forma elíptica el tenor literal de dicho precepto). Y todo ello con una finalidad: aplicar la consecuencia legal más benigna prevista en el art. 579 bis 4) CP si el hecho delictivo que es objeto de enjuiciamiento por los jueces y tribunales resultare finalmente de *menor* gravedad que esos otros hechos delictivos sólo elípticamente referidos. Dicho con otras

palabras: la tarea que hay que abordar a continuación es la de señalar o delimitar cuáles son esos otros hechos delictivos, en principio indeterminados o sólo elípticamente referidos en el tenor literal del precepto, con los que hay que comparar el concreto hecho delictivo que los jueces y tribunales, después de declararlo probado, están juzgando en un procedimiento penal para concluir *motivadamente* si al final, después de realizada la citada comparación, este último hecho delictivo concreto, probado y enjuiciado es, como exige el art. 579 bis 4) CP, *objetivamente de menor gravedad* que aquellos primeros hechos delictivos en principio indeterminados o sólo elípticamente referidos.

2. Para llevar a cabo el juicio de comparación que estamos analizando se debe partir del *hecho delictivo* expresamente mencionado en el tenor literal del precepto, que es aquel al que los jueces y tribunales pueden, una vez declarado probado, rebajarle la pena en uno o dos grados en un concreto procedimiento penal. Dicho hecho delictivo debe estar constituido evidentemente por alguno de los diferentes tipos de terrorismo previstos y penados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal. Y esto es una cuestión que, en cualquier caso, queda fuera de toda duda: lo que literalmente permite el art. 579 bis 4) CP es imponer “la pena inferior en uno o dos grados a la señalada *en este Capítulo* para el delito de que se trate”, lo que implica desde luego que el primero de los términos de la comparación (el consistente en ese delito concretamente probado y enjuiciado por el juez o tribunal que deber resultar objetivamente de menor gravedad después de realizada la comparación y al que, en su caso, se le debería rebajar la pena impuesta) debe estar constituido sin duda por *cualquiera* de los delitos castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II que el Código penal dedica a regular las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo.

Y digo *cualquiera* de esos delitos por lo siguiente: no existe base legal alguna para limitar la aplicación del subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP sólo a *alguno* de los delitos castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal. Por ejemplo: para restringir su ámbito de aplicación sólo a los delitos castigados en la sección 2ª (de los delitos de terrorismo, arts. 573 a 579) de dicho Capítulo VII, con la consiguiente exclusión de la posibilidad de la atenuación de la pena a los delitos castigados en su sección 1ª (de las organizaciones y grupos terroristas, arts. 571 y 572); o para circunscribir su ámbito de aplicación únicamente a aquellos delitos en los que el tipo se refiera de forma expresa a los medios utilizados o los resultados producidos (tipos de resultado y de medios comisivos determinados o tasados), dejando fuera de la atenuación a los tipos de simple actividad; ni tampoco para combinar ambos criterios restrictivos y reducir

todavía más el ámbito de aplicación art. 579 bis 4) CP, confinándolo exclusivamente a los delitos castigados en la sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal y que, además y al mismo tiempo, sean constitutivos de tipos de resultado y medios comisivos determinados.

Considero pertinente hacer referencia a esta cuestión a la vista de la decisión adoptada en un principio por tres autos de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la AN de la misma fecha e idéntico contenido, todos ellos referidos a sujetos ejecutoriamente condenados por delito de pertenencia a organización terrorista que solicitan la revisión retroactiva de sus condenas y la atenuación de las penas impuestas en su momento sobre la base de lo dispuesto en el nuevo art. 579 bis 4) CP. Me refiero a los autos de 4 de febrero de 2016 cuando consideran que es únicamente en la sección 2ª del Capítulo VII del Título XXII "...donde, entre sus diferentes figuras delictivas, se describe(n) conductas de producción de un resultado y en su comisión, el medio empleado. Ello significa que son a tales tipos penales a los que resultaría aplicable el artículo 579 bis. 4, que no a las de la Sección Primera en las que no concurren aquellos presupuestos o elementos del tipo, de medios empleados y resultado, en la acción terrorista..." Y se concluye afirmando que las conductas que tendrían encaje en el art. 579 bis 4) CP serían sólo "...de entre las definidas de forma autónoma, las incluidas en la Sección Segunda (artículos 573 a 579), en que se da entrada a medios empleados y su resultado, en los delitos de terrorismo. Dicho de otro modo, la pertenencia a organización o grupo criminal va por un lado y el resto de conductas de entre los delitos de terrorismo va por otro, siendo a estos a los que alcanza el artículo 579 bis 4 del Código Penal". Por todo lo cual la AN rechaza finalmente la petición de atenuación solicitada por los condenados al haber sido todos ellos condenados única y exclusivamente por un delito de pertenencia a organización terrorista previsto en la sección 1ª del Capítulo VII del Título XXII. Y en sentido similar, rechazando también la aplicación del art. 579 bis 4) CP a sujetos ejecutoriamente condenados, se pronunciaron los autos de la sección 3ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional de 12 de febrero y de 18 de marzo de 2016, al considerar que las condenas impuestas en su momento lo fueron por "...pertenencia a organización terrorista ex artículo 515.2 y 516.2 del CP, como integrante (actualmente artículo 572.2) y tratándose de un delito de actividad resulta inviable ponderar el menor desvalor de la integración por el resultado, al ser contradictorio con su naturaleza".

Entiendo que, por simples razones de legalidad derivadas de algo tan básico como es el tenor literal de la norma, resulta absolutamente rechazable la decisión

de las citadas resoluciones de la AN de no aplicar el subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP al delito de pertenencia a organización terrorista con los sedicentes argumentos de que dicho delito de pertenencia no constituye uno de los delitos de terrorismo de los castigados en la sección 2ª del citado Capítulo VII, o de que el nuevo subtipo atenuado sólo se aplicaría a los delitos de resultado o de medios comisivos determinados castigados en dicha sección 2ª y no a los de simple actividad. El tenor literal del art. 579 bis 4) CP es meridianamente claro y se refiere explícitamente, y sin que quepa margen de interpretación alternativa alguna, a la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados *a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate*, con independencia de que el *delito de que se trate* se encuentre ubicado en la sección 1ª o en la sección 2ª de dicho Capítulo o sea constitutivo de un tipo de resultado o de simple actividad o de medios comisivos determinados. O dicho de otra manera: es algo tan simple y primario como la mera interpretación gramatical del propio texto de la ley (nada obscuro ni complicado en esta ocasión, por otra parte) lo que permite la aplicación del art. 579 bis 4) CP en principio, y sin más condiciones añadidas, a *cualquier hecho delictivo* encuadrable en el citado Capítulo VII y, en consecuencia, también al delito de pertenencia a organización terrorista castigado ahora en el art. 572 CP (y por tanto en la sección 1ª de dicho Capítulo) si concurren sus requisitos; es decir: si en el caso concreto, y después de realizado el juicio de comparación al que me estoy refiriendo, el hecho delictivo en cuestión resulta ser objetivamente de menor gravedad, atendidos el *medio* empleado o el *resultado* producido.

Además de por los argumentos de carácter estrictamente gramatical y sistemático a los que se acaba de aludir, la interpretación restrictiva que hace la AN en las citadas resoluciones al excluir del ámbito de aplicación del subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP al delito de pertenencia a organización terrorista resulta también rechazable si se tiene en cuenta lo siguiente:

-aunque el delito de pertenencia a organización terrorista sea un tipo de simple actividad, nada se opone a que la conducta de pertenencia sea llevada a cabo a través de diversos *medios* de participación en las actividades de la organización o a través de diferentes *medios* de contribución a sus fines, ni tampoco a que de la conducta de pertenencia acabe produciendo unos determinados *resultados*. Nada de ello es incompatible con el carácter de tipo de simple actividad que tiene el delito de pertenencia a organización terrorista. La utilización de determinados *medios* para la consecución de determinados *resultados* no resulta privativa de los tipos de resultado e incongruente o contradictoria con la naturaleza propia de los tipos de simple actividad como afirman los autos ya citados de la sección 3ª de la

Sala de lo Penal de la AN de 12 de febrero y de 18 de marzo de 2016, al menos desde una perspectiva gramatical que atienda al significado de los diversos campos semánticos que pueden poseer los términos típicos utilizados por el legislador; por lo que, frente a lo sostenido en un principio por la AN en las citadas resoluciones, también en el delito de pertenencia a organización terrorista es posible, para valorar en un caso concreto si los hechos delictivos son de menor gravedad objetiva, atender a los *medios* empleados (pues *medio* significa simplemente “acción conveniente para conseguir algo”; por ejemplo: para conseguir los fines perseguidos por la organización terrorista a la que se pertenece, el sujeto perteneciente puede desarrollar única y exclusivamente una mera actividad de carácter logístico de la que no se deriva directamente ningún resultado material), o a los *resultados* producidos (pues *resultado* significa simplemente “efecto o consecuencia de un hecho”; por ejemplo: como efecto o consecuencia del hecho consistente en llevar a cabo una mera y única actividad de carácter logístico por parte del sujeto que pertenece a una organización terrorista, otros miembros activos de la misma pueden posteriormente causar resultados materiales consistentes en muertes o lesiones). Esto, y no otra cosa, es lo que exige el art. 579 bis 4) CP para su aplicación.

-aunque el delito de pertenencia a organización terrorista sea un tipo de simple actividad, y entendamos esto ahora en su estricto sentido dogmático de tipo penal que no requiere para su consumación la producción de un resultado material o de tipo que no requiere como elemento típico la producción de un resultado material, el art. 579 bis 4) CP sólo exige para su aplicación que el juez o tribunal, al valorar la menor gravedad objetiva del hecho delictivo, atienda indistintamente al medio empleado o al resultado producido; por lo que el uso por el precepto de la conjunción disyuntiva o permitiría al juez o tribunal atender alternativamente a los *medios utilizados* (si se tratare en el caso concreto de aplicar el art. 579 bis 4) CP a un tipo de simple actividad, como el delito de pertenencia o de colaboración con organización terrorista o de enaltecimiento del terrorismo) o a los *resultados producidos* (si se tratare en el caso concreto de aplicar el art. 579 bis 4) CP a un tipo de resultado, como el delito de daños materiales, daños informáticos o incendios). Radicalmente distinto sería que el precepto hubiera utilizado la conjunción copulativa y, lo que supondría exigir al juez o tribunal que, para valorar la menor gravedad objetiva del hecho delictivo, atendiera acumulativamente tanto a los *medios empleados* como a los *resultados producidos*, lo que sin duda excluiría a los tipos de simple actividad (como los de pertenencia o colaboración con organización terrorista) del ámbito de aplicación del art. 579 bis 4) CP. Pero

esto, y sí otra cosa, no es lo que exige el art. 579 bis 4) CP para su aplicación.

-aunque el delito de pertenencia a organización terrorista se encuentre sistemáticamente ubicado en la sección 1ª del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, y se aceptara la tesis defendida por los tres autos de 4 de febrero de 2016 de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la AN de restringir el ámbito de aplicación del art. 579 bis 4) CP sólo a los delitos de terrorismo castigados en la sección 2ª de dicho Capítulo, ello no evitaría las graves incongruencias y consecuencias absurdas a las que puede conducir tal conclusión. Pues en efecto: mantener semejante planteamiento conduciría a restringir o confinar la aplicación de la atenuación prevista en el art. 579 bis 4) CP a cualquiera de los graves delitos de terrorismo que se castigan en la sección 2ª del Capítulo (desde asesinatos u homicidios hasta secuestros, lesiones, estragos o incendios) y a excluir, sin embargo, de dicha atenuación al único delito que se encuentra castigado en la sección 1ª del Capítulo (el de pertenencia a organización terrorista, en virtud del cual la jurisprudencia ha venido castigando incluso la conducta de mera pertenencia pasiva y la de quien pertenece a la organización y no comete ningún delito de terrorismo de los de la sección 2ª -pues cuando el miembro llega a cometer tal delito la jurisprudencia acude al concurso de infracciones entre el delito de pertenencia y el de terrorismo que se haya cometido). Es decir: según la AN se podría *ab initio* atenuar la pena de delitos que son muy graves (desde asesinatos u homicidios hasta secuestros, lesiones, estragos o incendios), pero por el contrario ya *ab initio* no se podría atenuar la pena de delitos que sin duda no son tan graves (el de pertenencia a organización terrorista, en el que se castiga a sujetos que no han cometido ni asesinatos ni homicidios ni secuestros ni lesiones ni estragos ni incendios, e incluso también, según la jurisprudencia, al sujeto que pertenece a la organización con el ánimo exclusivo de contribuir mediante una actividad de naturaleza estrictamente política a la consecución de los fines políticos que en última instancia persigue la organización y, por consiguiente, sin la intención de cometer nunca aquellos graves delitos violentos; actividad política desplegada por el entorno político o ideológico de la organización terrorista que, como es sabido, ha sido considerada por la AN constitutiva del delito de pertenencia a organización terrorista gracias a la toma en consideración de la llamada teoría del desdoblamiento o del entorno). Y no acabarían aquí las consecuencias absurdas y las incongruencias derivadas de la posición defendida por los tres autos aquí citados: mientras que el delito de colaboración con organización terrorista se podría beneficiar de la atenuación de la pena prevista en el art. 579 bis 4) CP (por encontrarse ubicado en la sección 2ª

del Capítulo VII), el delito de pertenencia a organización terrorista resultaría sin embargo excluido de la misma (por encontrarse ubicado en la sección 1ª). Y ello a pesar de que la jurisprudencia considera que se trata de dos delitos muy cercanos y semejantes, en los que la conducta típica consistiría básicamente en lo mismo: favorecer, ayudar y contribuir de diversas maneras a las actividades delictivas de la organización terrorista; mientras que la diferencia entre ambas figuras delictivas residiría únicamente en "...el grado de integración o la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración" (SAN 22/2011, de 16 de septiembre, caso *Bateragune*). La identidad estructural o dinámica de ambas conductas (contribución en ambos casos a la actividad delictiva de la organización terrorista), la diferencia sólo de carácter temporal o estática entre las dos (contribución de carácter permanente en un caso y eventual o episódica en otro), la coincidencia -por encima de esa diferencia temporal que no afecta a la clase de actividad desarrollada- en el contenido material de injusto (las dos infracciones constituyen tipos de peligro abstracto) y el hecho de que las penas de prisión que se imponen a los dos delitos sean consecuentemente de similar gravedad (de cinco a diez años al colaborador y de seis a doce años al perteneciente en calidad de miembro), son razones todas ellas suficientes, en mi opinión, para evitar interpretaciones discriminatorias del art. 579 bis 4) CP que acabarían favoreciendo un trato penológico desigual (agravado para el delito de pertenencia y privilegiado para el de colaboración) para dos infracciones muy cercanas entre sí y que cumplen idéntica función político-criminal. El principio de igualdad y el de justicia material aconsejarían, por el contrario, propiciar interpretaciones tendentes a extender a ambas infracciones la atenuación de la pena prevista en el art. 579 bis 4) CP. Esto, y no otra cosa, es lo que exige el art. 579 bis 4) CP para que su aplicación resulte equitativa y no arbitraria o discriminatoria.

-aunque el delito de pertenencia a organización terrorista se encuentra sin duda expuesto a los diferentes peligros derivados de las propuestas de interpretación del art. 579 bis 4) CP que en un principio ensayó la AN y que me he limitado a poner de relieve en los párrafos anteriores, dichos peligros podrían sin embargo ser neutralizados. Pero para ello, la AN se vería obligada a llevar a cabo una segunda limitación o interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del art. 579 bis 4) CP. Pues después de reducir la operatividad del nuevo subtipo atenuado sólo a los delitos castigados en la sección 2ª del Capítulo VII, y para evitar la consecuencia absurda de que ello pudiera acabar beneficiando finalmente a los

autores de los graves delitos de terrorismo que allí se sancionan (desde asesinatos u homicidios hasta secuestros, lesiones, estragos o incendios), la AN tendría que proceder a continuación a realizar otra discriminación dentro ya de las infracciones contenidas en dicha sección 2ª; es decir: tendría que utilizar algún criterio que le permitiera seleccionar aquellas infracciones penales incluidas en la sección 2ª que, por su menor gravedad objetiva, podrían ser objeto de atenuación, pero que al mismo tiempo le permitiera dejar fuera del alcance de las previsiones del art. 579 bis 4) CP aquellos otros delitos también incluidos en la misma sección 2ª que, a su juicio, revistieran sin embargo mayor gravedad (incluido, llegado el caso, el delito colaboración con organización terrorista si se decidiera, en virtud de alguno de esos hipotéticos criterios, dejarlo fuera del alcance del art. 579 bis 4) CP, parificándose así el trato penológico con el delito de pertenencia: ambos delitos acabarían así excluidos, aunque por vías diferentes, del ámbito de aplicación del nuevo subtipo atenuado). Pero lo cierto es que el art. 579 bis 4) CP no hace referencia expresa o tácita a la inclusión en una u otra sección del Capítulo VII de los hechos delictivos sobre los que se aplica, ni mucho menos procede a clasificar los delitos de terrorismo contenidos en la sección 2ª de dicho Capítulo atendiendo su mayor o menor gravedad en función de criterios tales como eventualmente pudieran ser la cuantía de la pena impuesta en cada caso, o el uso o no de violencia para cometer el delito de terrorismo de que se trate, ni la causación de muertes o lesiones, ni el contenido de lesión o peligro, ni ningún otro criterio por el estilo. Ninguno de estos criterios de diferenciación o clasificación se encuentra recogido implícita ni explícitamente en el Código penal, por lo que cualquier decisión judicial de restringir el ámbito de aplicación del art. 579 bis 4) CP sobre la base de los mismos resultaría arbitraria al carecer de la necesaria cobertura legal. El art. 579 bis 4) CP sólo contiene una cláusula que condiciona genéricamente su aplicación a cualquier hecho delictivo castigado en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal que resulte ser objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. Sólo esto, y no otra cosa, es lo que exige el art. 579 bis 4) CP para su aplicación.

En conclusión: la interpretación del subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP realizada por las resoluciones de la AN que se acaban de criticar, o cualesquiera otras interpretaciones restrictivas de similar índole, carece del más mínimo apoyo legal en el tenor literal del precepto. Se trata, por tanto, de decisiones judiciales que resultan carentes de cualquier cobertura legal, que no encuentran apoyo en ningún medio interpretativo dogmáticamente admisible o admitido y que, en consecuencia, adquieren un carácter absolutamente arbitrario. Todo ello, además,

en contra del reo.

Y como no podía ser de otra manera, la interpretación restrictiva aquí criticada ha sido también rechazada por el TS mediante el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016, sobre el alcance jurídico del párrafo 4º del art. 579 bis del CP, al estimar de forma clara y contundente lo siguiente: “Como se establece expresamente en el texto de la misma, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el Capítulo VII, referido a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluidos los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el art. 572”. A partir de este Acuerdo, el art. 579 bis 4) CP se ha aplicado sin problema tanto al delito de pertenencia a organización terrorista (delito ubicado en la Sección 1ª del Capítulo VII; véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2017 y de 1 de febrero de 2017, o la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de marzo de 2018) como al delito de colaboración con organización terrorista (delito de simple actividad; véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017).

Hay que buscar por tanto otros modelos interpretativos alternativos al propuesto hasta ahora por la AN. Y para ello, después de este breve paréntesis motivado por las citadas resoluciones judiciales, debemos seguir ocupándonos del juicio de comparación al que obliga la aplicación del art. 579 bis 4) CP, pero exclusivamente sobre la base de su tenor literal y rehuyendo cualquier otra interpretación creativa o arbitraria.

3. Ya sabemos, por todo lo dicho hasta este momento, que los hechos que ocupan el primero de los extremos del juicio de comparación contenido en el art. 579 bis 4) CP son aquellos hechos delictivos concretamente probados y enjuiciados por el juez o tribunal en el seno de un procedimiento penal seguido por cualquiera de los delitos castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.

En el otro extremo del juicio de comparación deben situarse esos hechos delictivos genéricos o sólo elípticamente referidos en el art. 579 bis 4) CP. La pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿cuáles son esos hechos delictivos genéricos o sólo elípticamente referidos en el art. 579 bis 4) CP?, ¿cualquiera de los hechos delictivos castigados en el Código penal, con independencia de la naturaleza de su injusto?, ¿o sólo los hechos delictivos específicamente constitutivos de delitos de terrorismo?

En mi opinión, tales hechos delictivos genéricos o sólo elípticamente referidos en el art. 579 bis 4) CP deben ser constitutivos de alguno de los delitos de

terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal. El art. 579 bis 4) CP contiene un subtipo atenuado aplicable, como hemos visto, a cualquiera de los delitos de terrorismo castigados en el Código penal, por lo que no tendría sentido que para verificar la menor gravedad objetiva de una conducta constitutiva de un delito de terrorismo procediéramos a compararla con figuras delictivas castigadas en otros lugares del Código penal o con conductas delictivas constitutivas de delitos de diferente naturaleza. La comparación debe realizarse, pues, con otros delitos de terrorismo; es decir: con otros hechos delictivos subsumibles también en alguno de los delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.

Ahora bien: estos hechos delictivos de terrorismo genéricos o sólo elípticamente referidos en el art. 579 bis 4) CP no pueden ser, porque ello sería absurdo, hechos delictivos subsumibles en un tipo penal *diferente* al tipo penal en el que sea subsumible el concreto hecho delictivo de terrorismo del que se parte y al que los jueces y tribunales pueden rebajarle la pena uno o dos grados si resultan ser, después de realizada la comparación, objetivamente de menor gravedad. Por ejemplo: no se podrían comparar los hechos constitutivos de un delito de terrorismo que causa la muerte de una persona con los constitutivos de unas amenazas terroristas, o los hechos integrantes de un delito de lesiones en los que se producen graves daños físicos a personas con los que suponen la realización de un delito de enaltecimiento del terrorismo, para concluir después que los hechos delictivos constitutivos de amenazas terroristas o de enaltecimiento del terrorismo son *objetivamente de menor gravedad* que los constitutivos de asesinato o lesiones terroristas y, en consecuencia, proceder a continuación a rebajar en uno o dos grados la pena tal y como dispone el art. 579 bis 4) CP. Ello, además, conduciría a la consecuencia absurda de tener que aplicar *automáticamente* el subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP *siempre* que los jueces en un caso concreto estimara probada la comisión de un delito de amenazas terroristas o de enaltecimiento del terrorismo, pues estos hechos probados *siempre* resultarán ser objetivamente de menor gravedad comparados con otros tipos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII (como, por ejemplo, los de asesinato o lesiones de carácter terrorista).

En efecto: es evidente que existen hechos delictivos constitutivos de delitos de terrorismo (y de cualquier clase) que son más graves que otros; y que esa diferente gravedad surge de la comparación entre hechos delictivos distintos. Por eso decimos que el delito de asesinato terrorista es un delito más grave que el de amenazas terroristas o que el de enaltecimiento del terrorismo. Pero esa

comparación entre figuras delictivas de distinta naturaleza, y que es la que permite afirmar la diferente gravedad de unas respecto de otras, ya ha sido llevado a cabo y, sin duda, ha sido también tenida en cuenta por el legislador en el ejercicio de su función legislativa ordinaria: ello es lo que explica que en los diversos tipos penales de terrorismo previstos en el Capítulo VII del Título XXII del Código penal (y en cualquier otro Capítulo del mismo) el legislador establezca marcos penales abstractos diferentes en función precisamente de la diferente gravedad de los hechos delictivos de que se trate. Y para llevar a cabo dicha función ordinaria, es decir, para diversificar los marcos penales abstractos que asigna a cada hecho delictivo en función de su mayor o menor gravedad, el legislador presta atención fundamentalmente a criterios pertenecientes al ámbito del *contenido de injusto* de carácter tanto *objetivo* como *subjetivo* de la figura delictiva de que se trate (pues no es frecuente que el legislador utilice, ni en los delitos de terrorismo ni en los delitos comunes, criterios pertenecientes al ámbito de la *culpabilidad* para determinar los marcos penales abstractos de los tipos penales, criterios de culpabilidad tales como, por ejemplo, podrían ser las circunstancias relativas a la imputabilidad del sujeto, el conocimiento que éste posea de la antijuridicidad del hecho y la posibilidad de padecer un error de prohibición o la presencia de causas inexigibilidad de conducta adecuada a derecho). En este sentido, creo que puede afirmarse con carácter general lo siguiente:

-que entre los criterios de injusto utilizados por el legislador para diversificar los marcos penales abstractos en función de la diferente gravedad de los distintos hechos delictivos (es decir: para elegir la clase y la cantidad de pena adecuada y proporcionada en cada figura delictiva, ya se trate de delitos de terrorismo o de delitos comunes) predominan sin duda los criterios de carácter *objetivo*, como, por ejemplo, la diferente entidad del bien jurídico protegido afectado por la conducta típica (vida, salud e integridad física, libertad de movimientos, propiedad...), el contenido material de injusto (lesión o peligro del bien jurídico de que se trate), la forma de ataque utilizada por el autor (violencia física, intimidación, engaño, prevalimiento de una situación de superioridad...), la mayor o menor gravedad de los resultados producidos (duración de la privación de la libertad de movimiento, intensidad con la que se haya menoscabado la integridad física o la salud...), etc.

-que tratándose específicamente de delitos de terrorismo, el legislador también utiliza criterios de contenido de injusto de carácter *subjetivo* para establecer el marco penal abstracto de las figuras delictivas de esta género: me estoy refiriendo fundamentalmente a la necesaria concurrencia en esta clase de hechos delictivos de determinados elementos subjetivos del tipo que se erigen en elementos típicos

de carácter constitutivo del injusto específico de los delitos de terrorismo (elementos subjetivos específicos consistentes hasta la entrada en vigor de la LO 2/2015 en la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública que debía perseguirse con la perpetración del delito de terrorismo, y que después de su entrada en vigor se enumeran y amplían en el nuevo art. 573 CP); mientras que, por el contrario, el injusto genérico de los delitos comunes se construye cuando esos mismos elementos subjetivos están ausentes. Y son precisamente esos elementos subjetivos específicos y de carácter constitutivo del injusto propio de los delitos de terrorismo los que explican el incremento de penas y el mayor rigor procesal y penitenciario que el legislador, aun tratándose de injustos idénticos desde el punto de vista objetivo (mismo bien jurídico protegido, mismos medios comisivos, mismos resultados lesivos producidos...), otorga por ejemplo al asesinato o al secuestro de carácter *terrorista* frente a esos mismos asesinatos o secuestros de carácter *común*;

-por último, también hay que hacer referencia a la presencia de dolo o imprudencia entre los criterios de contenido de injusto de carácter *subjetivo* que el legislador utiliza para establecer la magnitud (cualitativa y cuantitativa) del marco penal abstracto del hecho delictivo de que se trate; criterio este habitual en el ámbito de la configuración del injusto de los delitos comunes, pero poco frecuente en el marco de los delitos de terrorismo precisamente por la exigencia con carácter constitutivo de su injusto específico de esos elementos subjetivos del tipo a los que me acabo de referir (aunque hay que tener en cuenta que los tipos imprudentes ya han hecho su entrada también en la esfera de los delitos de terrorismo de la mano de la LO 2/2015, pues a partir de su entrada en vigor se castigan en los arts. 576.4 CP o en el 577.3 CP algunas modalidades imprudentes; lo que sin duda constituye un síntoma de la progresiva ampliación del injusto típico de los delitos de terrorismo que desde siempre ha acompañado a la evolución legislativa de esta clase de delitos).

4. El juicio de comparación contemplado en el art. 579 bis 4) CP se debe realizar, por tanto, entre hechos delictivos subsumibles *en el mismo tipo penal de terrorismo* de los muchos que están previstos en el Capítulo VII del Título XXII del Código penal; es decir: entre hechos delictivos que comparten todos y cada uno de los elementos tanto objetivos como subjetivos exigidos por la descripción típica del correspondiente tipo penal, y que por esta razón merecen *ab initio* el mismo marco penal abstracto. De tal manera que las disposiciones del art. 579 bis 4) CP resultarán aplicables en aquellos casos en los que, en primer lugar, los jueces y tribunales declaren que, después de valorada la prueba practicada en el

correspondiente procedimiento penal, la conducta enjuiciada es constitutiva de alguno de los tipos de terrorismo previstos en el Código penal por concurrir en ella todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) requeridos por el tipo penal de que se trate en cada caso concreto; pero, en segundo lugar, adviertan a continuación que los hechos así enjuiciados y así calificados, pese a concurrir en ellos todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) requeridos por el precepto aplicable, resultan sin embargo ser *objetivamente de menor gravedad* comparados con otros hechos abstracta y genéricamente subsumibles también en el mismo tipo penal.

La pregunta que surge inmediatamente a continuación es la siguiente: ¿cómo es posible que conductas subsumibles en un mismo tipo penal, y que por tanto comparten unos *mismos y genéricos* elementos típicos objetivos y subjetivos, posean sin embargo una *diferente y concreta* gravedad objetiva de tal forma que resulte que unas sean menos graves que otras?, ¿cómo es posible que conductas que comparten *genéricamente* los mismos rasgos típicos no compartan *concretamente* también el mismo contenido material de injusto? La explicación a semejante fenómeno hay que buscarla, en mi opinión, en dos clases de consideraciones:

-La *primera consideración* es de carácter general, y se refiere a la función político-criminal que cumplen las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y los subtipos atenuados o agravados en orden a graduar la responsabilidad criminal de los responsables de la comisión de un delito. Y es que si bien es cierto que el legislador trata en un primer momento de castigar con las mismas penas conductas que en principio guardan homogeneidad por compartir los mismos elementos típicos objetivos y subjetivos y, por tanto, un mismo contenido material de injusto, sucede que después en la realidad y en la práctica no existen dos comportamientos delictivos iguales o idénticos. Los homicidios, los robos o los allanamientos de morada merecen en abstracto la misma respuesta penal, pero no es fácil encontrar después en los hechos probados de las sentencias dos homicidios, dos robos o dos allanamientos de morada que sean idénticos y que merezcan ser castigados con la misma pena concreta. Por eso, porque lo que acabo de señalar constituye una realidad criminológica incontrovertible, el legislador ha previsto mecanismos penológicos que permiten adecuar la pena abstracta al caso concreto y que, a su vez, permiten satisfacer adecuadamente las exigencias que se derivan de los principios justicia material, de proporcionalidad y de igualdad. Pues resulta evidente que castigar todos y cualesquiera homicidios, robos o allanamientos de morada con idéntica pena

resultaría desproporcionado, discriminatorio e injusto desde el punto material.

Por todo ello, el legislador establece para cada tipo de injusto un marco penal abstracto comprendido entre un límite mínimo y un límite máximo, dentro de los cuales el juez puede después adecuar la pena a imponer a las circunstancias del caso concreto enjuiciado. Ésta, y no otra, es precisamente la función político-criminal que cumplen las circunstancias genéricas atenuantes y agravantes previstas en los arts. 21, 22 y 23 del Código penal: permiten al juez o tribunal atemperar la pena ajustándola a la diferente entidad con la que la conducta delictiva haya afectado en el caso enjuiciado al contenido material de injusto de la figura delictiva de que se trate en cada caso; y así, por ejemplo, se verá obligado a imponer la mitad superior de la pena abstracta si concurren circunstancias agravantes o la mitad inferior si concurren circunstancias atenuantes. Incluso, en algunas ocasiones, el legislador permite u obliga al juez a bajar de grado la pena abstracta con carácter general si cree que ello es necesario por las razones de proporcionalidad, igualdad y justicia material antes aludidas a la vista de la *menor gravedad* que el hecho pudiera revestir por la intensidad de las circunstancias concurrentes (como sucede, por ejemplo, con las atenuantes muy cualificadas, con los casos de concurrencia de dos o más atenuantes en el mismo hecho o con las causas de justificación incompletas); o subir de grado si por las mismas razones el legislador concluye que el hecho reviste una mayor gravedad (como sucede, por ejemplo, con la circunstancia de multirreincidencia). Y el mismo fenómeno podemos encontrar con frecuencia en la parte especial del Código penal, en este caso mediante el juego de cláusulas penológicas que permiten adecuar la pena a la diferente gravedad del hecho concreto a través de la creación por el legislador de subtipos atenuados o agravados que, a la vista de las diversas circunstancias que puedan concurrir, modifican (atenuándola o agravándola) la pena asignada al tipo básico.

No es necesario extenderse más en la explicación de estas cuestiones de carácter elemental. Pero sí de señalar que el nuevo subtipo atenuado contenido en el art. 579 bis 4) CP responde en general a este planteamiento político-criminal: permite respetar las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad adecuando la pena abstracta prevista inicialmente por el legislador a la gravedad del hecho concreto juzgado por los jueces y tribunales (sobre todo a la vista de las elevadas penas con las que se castigan los delitos de terrorismo en el Código penal español); permite asimismo respetar las exigencias derivadas del principio de igualdad (al castigar con diferentes penas hechos concretos de diferente gravedad); y permite, finalmente, alcanzar soluciones penológicas más justas

desde el punto de vista de la justicia material.

-La *segunda consideración* es de carácter específico, y se refiere concretamente al ámbito de los delitos de terrorismo donde despliega sus efectos el subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP. Y es que para entender la razón de ser del nuevo subtipo atenuado hay que tener en cuenta sin duda la urgente e irresistible tentación político-criminal que en ocasiones padece el legislador de endurecer la repuesta penal frente a determinados tipos de delincuencia. Esta tentación es la que le lleva frecuentemente a incrementar de forma constante las penas, pero también a modificar la redacción de los tipos en un doble sentido: por un lado, le lleva a relajar la descripción de los tipos penales mediante la introducción de términos excesivamente laxos y ambiguos para que puedan dar cabida a un número cada vez mayor de conductas; y por otro lado, le lleva también a la introducción de nuevas fórmulas típicas omnicomprendivas de cualquier clase de comportamiento que pudiera favorecer de cualquier modo o que pudiera tener algún tipo de vínculo o relación, por lejano o mínimo que sea, con las conductas delictivas concretas que en última instancia son las que causan la lesión efectiva y material del bien jurídico en cuestión. De esta manera, se construyen tipos penales en los que, bajo la amenaza de un mismo marco penal abstracto, se ven obligadas a cohabitar conductas de muy diferente gravedad por su mayor o menor lejanía o cercanía respecto de la lesión efectiva del bien jurídico protegido y, por tanto, por la mayor o menor peligrosidad que para el mismo representa su ejecución. Dicho de otra forma: la situación descrita conduce castigar con el mismo marco penal abstracto conductas de diferente gravedad por poseer diferente contenido material de injusto, y por tanto a imponer la misma pena a comportamientos de muy diferente entidad o peligrosidad.

La legislación antiterrorista no escapa, como es obvio, a esta criticable manera de legislar dado su carácter de legislación de excepción o de emergencia. Al contrario: es terreno abonado para que prolifere la clase de política criminal a la que me estoy refiriendo por la enorme alarma social que provoca el terrorismo, pero también, y no en menor medida, por los réditos electorales y políticos que suelen reportar las llamadas *políticas de mano dura* contra la actividad de las organizaciones terroristas y sus entornos ideológicos.

No es este el momento ni el lugar adecuados para criticar como se merece el conjunto de cuestiones a las que me acabo de referir; pero sí de analizar la manera en la que esta política criminal de carácter expansivo se ha proyectado especialmente sobre dos de los delitos de terrorismo castigados en el Capítulo VII del Título XXII del Código penal. Me estoy refiriendo en concreto al delito de

colaboración con organización terrorista y al delito de pertenencia organización terrorista. Pues, en mi opinión, el examen de este fenómeno legislativo de carácter expansivo y las consecuencias que ello ha provocado en el ámbito sobre todo de estos dos concretos tipos penales de terrorismo, con la consiguiente criminalización de determinados comportamientos a los que después aludiré, resulta necesario para comprender el ámbito de aplicación y la función que puede llegar a cumplir el nuevo tipo atenuado del art. 579 bis 4) CP en el contexto de los delitos de terrorismo.

5. Pues en efecto. Los delitos de pertenencia y colaboración con organización terrorista responden sin duda, como decía, a la forma de legislar a la que me acabo de referir en el apartado anterior, al utilizarse en su redacción fórmulas típicas omnicomprensivas de cualquier clase de comportamiento que pudiera favorecer de cualquier modo o que pudiera tener algún tipo de vínculo o relación, por lejano o mínimo que sea, con las conductas concretas de terrorismo que en última instancia son las que causan la lesión efectiva y material del bien jurídico. Así, en el delito de pertenencia previsto ahora en el art. 572.2 CP se castiga en calidad de miembro a quienes *participaren activamente* en la organización o grupo terrorista, pero también a *quienes formaren parte de ellos* (fórmula vaga e imprecisa mediante la que el legislador no detalla ni explica en que consiste esa participación activa ni esa conducta de formar parte); mientras que en el delito de colaboración descrito en el art. 577.1 CP, aunque el legislador describe en qué consisten los actos típicos de colaboración que quiere castigar, acaba utilizando una fórmula de cierre lo suficiente amplia e imprecisa como para dar cabida en ella a cualquier tipo de comportamiento: *cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas*. Y lo que es más grave: todos los comportamientos que pudieran resultar abarcados por tan amplias fórmulas típicas se castigan con una única y grave pena de prisión, con independencia de la entidad o gravedad de los concretos supuestos de hecho que finalmente lleven a cabo (prisión de seis a doce años en el caso de la pertenencia y prisión de cinco a diez años en caso de la colaboración, a lo que hay que añadir largas penas de inhabilitación).

Semejantes fórmulas han permitido a la jurisprudencia aplicar los tipos de pertenencia y colaboración a conductas que se encuentran muy alejadas de la efectiva lesión de los bienes jurídicos y de los delitos de terrorismo en sentido estricto. Así, por ejemplo, ambos tipos penales se han aplicado durante los últimos años para reprimir penalmente la actividad política de las diversas organizaciones políticas, culturales y sociales del llamado entorno de ETA sobre la base de

llamada “teoría del desdoblamiento”, al considerarse que toda esa actividad era una forma de pertenecer a ETA (a alguno de sus frentes) o de cooperar a las actividades de dicha organización o a la consecución de sus fines. No hay más que pensar en los casos de *HB/EH/B*, *ANV*, *PCTV*, *EKIN*, etc.

Este fenómeno origina sin duda un problema que ya fue señalado hace años por la STC 136/199, de 20 de julio (caso de la mesa nacional de *Herri Batasuna*), cuando refiriéndose al delito de colaboración (pero exactamente se podría decir del delito de pertenencia) afirmaba lo siguiente: *“De este modo, y en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terrorista, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista.*

Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables.

Tal disyuntiva es precisamente la que caracteriza la configuración del delito de colaboración con banda armada según resulta del art. 174 bis a) C.P. 1973, en el que se combina el carácter omnicompreensivo de las formas de colaboración («cualquier acto de colaboración»), consustancial al tipo de legislación que nos ocupa, con la previsión de una clase de pena privativa de libertad cuyo mínimo resulta particularmente elevado. De este modo, la apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso.

En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la

medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados «actos de colaboración» con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar”.

Hasta aquí lo expresado en su día por la STC 136/199, de 20 de julio (caso de la mesa nacional de *Herri Batasuna*). A lo que sólo cabría añadir dos cosas: de un lado, que desde entonces hasta hoy el legislador español ha hecho caso omiso de la necesidad de diversificar las penas del delito de colaboración pese a la contundente denuncia en este sentido del TC (aunque hubo en el pasado dos iniciativas legislativas en este sentido que, aunque invocaron a su favor las advertencias del TC, acabaron sin embargo fracasando); y de otro, que el nuevo subtipo agravado del art. 579 bis 4) CP podría sin duda llevar esa función de atemperar la pena a la concreta entidad y gravedad de los actos de colaboración o pertenencia a organización terrorista que pudieran ser subsumidos en las laxas y omnicomprensivas fórmulas típicas con la que el legislador ha construido estos tipos penales. El artículo 579 bis 4) CP contiene los mecanismos legales suficientes (la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados) para adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de las conductas de pertenencia o de colaboración con organización terrorista. Es decir: permite imponer a los jueces y tribunales una pena proporcionada a la gravedad y a las circunstancias del caso concreto.

En conclusión: el nuevo subtipo atenuado del art. 579 bis 4) CP vendría a dar la respuesta legislativa a las exigencias de constitucionalidad derivadas del principio de proporcionalidad, y evitaría al mismo tiempo que supuestos de muy diferente gravedad resulten castigados con la misma pena. El nuevo precepto enervaría así los posibles riesgos de inconstitucionalidad denunciados ya hace mucho tiempo por la STC 136/199,

de 20 de julio (caso de la mesa nacional de *Herri Batasuna*), al menos respecto de los delitos de pertenencia o colaboración con organización terrorista.

II. EL JUICIO DE COMPARACIÓN PREVISTO EN EL ART. 579 BIS 4) CP DEBE REALIZARSE DESDE LA PERSPECTIVA DEL TIPO OBJETIVO Y NO DEL TIPO SUBJETIVO

El precepto contiene, por tanto, una cláusula que permite imponer la pena inferior en uno o dos grados para el delito de terrorismo de que se trate *cuando, atendiendo a las circunstancias concretas, el hecho sea objetivamente de menor gravedad*.

A primera vista, esta exigencia legal parece apuntar sin duda a *la menor intensidad* con la que resulta afectado en cada caso el bien jurídico protegido; es decir: la atenuación de la pena parece venir legalmente condicionada por la existencia de hechos o conductas que impliquen una *menor afectación* material para el bien jurídico de que se trate o, según los casos, por el *menor peligro* potencial que el hecho delictivo origine y, por tanto, por la mayor o menor lejanía o cercanía de dicho hecho respecto de la lesión efectiva del bien jurídico de que se trate. El criterio utilizado por el legislador es, en mi opinión, el de hacer depender la rebaja de la pena prevista en el nuevo art. 579 bis 4) CP del contenido del tipo objetivo. O dicho más exactamente: de la menor gravedad del *concreto, particular y objetivo contenido material de injusto* propio de aquellos hechos delictivos que, después de la correspondiente práctica de la prueba en el seno de un procedimiento penal, hayan sido declarados constitutivos de alguno de los delitos de terrorismo penados en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal.

Y en efecto. La utilización del adverbio *objetivamente* referido a la *menor gravedad del hecho* delictivo apunta sin duda en la dirección indicada: al contenido del tipo objetivo o parte objetiva del tipo de injusto y no, por tanto, al contenido del tipo subjetivo o parte subjetiva del tipo de injusto. O dicho de otra forma: la utilización del adverbio *objetivamente* condiciona el sentido del precepto, y obliga a interpretar que la menor gravedad del hecho debe ser de carácter objetivo y no de carácter subjetivo. Por esta razón, por la utilización del adverbio indicado, el precepto no parece tener en cuenta para valorar la menor gravedad del hecho ni el dolo ni otros elementos subjetivos del tipo de injusto; y tampoco parece que la menor gravedad del hecho vaya ligada a supuestos de *subterintencionalidad* o *infraintencionalidad*, que serían aquellos en los que la menor gravedad es consecuencia de la discordancia existente entre el dolo inicial del autor y los resultados finales de su conducta al producirse en la realidad un resultado de menor gravedad que el inicialmente proyectado o perseguido (supuestos que serían los opuestos a los casos de *praeterintencionalidad*, en los que la discordancia entre el dolo

inicial y el resultado finalmente causado se traduce por el contrario en la producción un resultado de mayor gravedad que el inicialmente proyectado o perseguido por el autor).

Y para llevar a cabo ese juicio de comparación de carácter objetivo entre diferentes conductas subsumibles en un mismo injusto creó que puede resultar clarificador exponer la cuestión de forma gráfica; es decir: visualizando gráficamente los diferentes círculos concéntricos o líneas sucesivas de responsabilidad penal que pueden trazarse en función de su mayor o menor cercanía respecto de la lesión efectiva del correspondiente bien jurídico afectado por la comisión del delito de terrorismo de que se trate en cada caso.

La metodología propuesta para analizar el art. 579 bis 4) CP sería entonces la siguiente: si en el ámbito de los delitos de terrorismo tomamos como epicentro o punto de referencia el tipo consumado abstracto de lesión (es decir, los concretos y efectivos asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, etc. causados, que son los resultados que en última instancia el legislador quiere realmente prevenir o evitar), se puede comprobar la existencia de sucesivos círculos o líneas de responsabilidad penal que podemos ir trazando en función de su mayor o menor cercanía respecto de la lesión efectiva del bien jurídico protegido y, por tanto, de su mayor o menor gravedad o peligrosidad objetiva. Desde esta perspectiva, se proyectaría la imagen que a continuación se describe compuesta por hasta cuatro círculos o líneas de responsabilidad criminal:

1. El primer círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de autoría

El *primer círculo o línea de responsabilidad penal* está constituido en el ámbito de los delitos de terrorismo, como en cualquier delito, por la autoría de los concretos y efectivos delitos cometidos; es decir, por la comisión en concepto de autor de los concretos y efectivos asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista. En estos casos de autoría, además de la existencia de un dominio *positivo* del hecho por parte del autor, existe también una relación directa de causalidad y de imputación objetiva (y subjetiva) entre la conducta del autor y el concreto resultado lesivo producido, razón por la que el nuevo art. 573 bis CP establece para los supuestos de autoría las mayores cuotas de responsabilidad penal (aumentadas ya de partida respecto de los mismos delitos *comunes* por tratarse de delitos de terrorismo) y, por tanto, las mayores penas (por ejemplo: con la nueva pena de cadena perpetua si se causare la muerte de una persona, o con la pena de prisión de quince a veinte años si se produjeren determinadas lesiones graves, secuestros, incendios o estragos, o con la pena de prisión de diez a quince años si se causare cualquier otra lesión, amenaza, coacción o detención ilegal).

Hay que tener en cuenta, además, que esta primera línea de responsabilidad penal alcanza no sólo a los supuestos de autoría material o autoría en sentido estricto del daño concretamente causado, en los que el sujeto o sujetos realizan directamente el injusto típico dominando objetiva y positivamente el curso causal (supuestos de autoría única inmediata, coautoría y autoría mediata); también alcanza, en virtud del concepto legal de autor dispuesto en el art. 28 CP, a determinados partícipes que, aún sin realizar directamente actos típicos, incrementan sustancialmente el riesgo de lesión del bien jurídico, bien a través del fuerte y determinante influjo psíquico que ejercen sobre el autor que lesiona materialmente el bien jurídico protegido (supuestos de inducción), bien a través de alguna contribución o aportación al injusto causado por el autor principal que el legislador considera especialmente relevante o importante (supuestos cooperación necesaria, en los que el sujeto puede incluso llegar a ostentar el dominio *negativo* del hecho desde el momento en el que retirando su contribución al injusto tenga en su mano, si su aportación es simultánea a la ejecución del hecho, imposibilitar la comisión del delito).

Pero en cualquier caso: ya se trate de autores en sentido estricto o de partícipes equiparados penológicamente a los autores por la relevancia de su contribución al injusto principal, lo importante es señalar que este primer círculo o línea de responsabilidad criminal alcanza, *con la máxima gravedad de pena a la vista de su indudable mayor gravedad objetiva e inmediatez o proximidad con la lesión del bien jurídico protegido*, a conductas que tienen todas ellas como punto de referencia la comisión de un concreto e individualizado delito de terrorismo, es decir, la ejecución de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc.

2. El segundo círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de complicidad

El *segundo círculo o línea de responsabilidad penal* está constituido en el ámbito de los delitos de terrorismo, como en cualquier delito, por los supuestos de complicidad; es decir: por la conducta de quienes, sin realizar actos típicos propios del delito de terrorismo de que se trate (asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, incendios, etc.), incrementan el riesgo de lesión del bien jurídico protegido mediante algún tipo de aportación o contribución que el legislador considera de carácter no esencial. A los cómplices incluidos en este segundo círculo de responsabilidad penal, el art. 63 CP les impone la pena *inferior en un grado* a la fijada por la ley *para los autores del mismo delito*; es decir, se establece para ellos un marco de responsabilidad penal necesariamente y en todo caso inferior al previsto para los sujetos que se encuentran incluidos en el primer círculo de responsabilidad.

La razón de esta rebaja no puede ser otra que la mayor lejanía de la conducta del cómplice respecto de la lesión del bien jurídico imputada en primer término a los autores (en el sentido legal y no material del término) del delito al no existir en la conducta del cómplice ni siquiera el dominio *negativo* del hecho (pues al contrario de lo que pasa con el cooperador necesario, y al no ser la conducta del cómplice de carácter esencial o necesario, la retirada de su aportación o contribución al injusto del autor no imposibilitaría la comisión del delito por parte del autor principal). Esta circunstancia se traduce inevitablemente en la menor peligrosidad objetiva de la conducta del cómplice en comparación con la conducta del autor principal.

Pero en cualquier caso: lo importante es señalar que este segundo círculo o línea de responsabilidad criminal alcanza, *con una pena necesariamente menor por su menor peligrosidad o gravedad objetiva*, a conductas que tienen también todas ellas como punto de referencia la comisión de un concreto e individualizado delito de terrorismo, es decir, la ejecución de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc.

3. El tercer círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista

El *tercer círculo o línea de responsabilidad penal* está constituido en el ámbito de los delitos de terrorismo por los supuestos de pertenencia y colaboración con organización terrorista; es decir: por la conducta de quienes, al igual que los cómplices situados en el segundo círculo de responsabilidad penal, no realizan actos típicos propios del delito de terrorismo de que se trate (asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, incendios, etc.), pero que sin embargo incrementan también de alguna manera el riesgo de lesión del bien jurídico protegido mediante sus conductas de pertenencia o colaboración con la organización de carácter terrorista en cuyo seno se cometen tales delitos de terrorismo.

Las conductas de los *cómplices* de delitos de terrorismo, de los *miembros pertenecientes* y de los *colaboradores* con una organización terrorista tienen todas ellas una serie de elementos comunes: ninguna de ellas consiste en la realización de actos típicos de un concreto delito de terrorismo y todas ellas son conductas que incrementan el riesgo de lesión del bien jurídico protegido. Pero tienen también importantes diferencias: mientras que la conducta del cómplice de un delito de terrorismo incrementa de forma *concreta* el peligro de lesión del bien jurídico protegido que constituye el objetivo específico de un ya decidido y planificado delito de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista, la conducta del miembro perteneciente o la del colaborador con organización terrorista se limita a incrementar de

forma *abstracta* el peligro de comisión de genéricos delitos de asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista. Eso significa que existe una línea divisoria que establece una importante diferencia entre las conductas de autoría y complicidad integradas en los dos primeros círculos de responsabilidad penal y las conductas de pertenencia y colaboración situadas en este tercer círculo; línea divisoria que estriba en el hecho de que las conductas de pertenencia y colaboración ya no tienen como epicentro o punto de referencia *directo e inmediato* la comisión de un concreto e individualizado delito de terrorismo, es decir, la ejecución de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. que constituyen el *objetivo directo e inmediato* de las conductas de autoría y complicidad. En las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista, por el contrario, esos concretos delitos de asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista aparecen sólo como un *objetivo indirecto o mediato* de los miembros pertenecientes o de los colaboradores. Y esta línea divisoria constituye una importante circunstancia que condiciona sin duda la función político-criminal y, en consecuencia, el contenido material de injusto propio de los delitos de pertenencia y de colaboración con organización terrorista, que es por eso sustancialmente diferente al de las conductas de autoría y complicidad situadas en los dos anteriores círculos de responsabilidad penal. Pues en efecto:

1. Como ya he mantenido en otro lugar (MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, 2011, págs. 152 y ss.), el delito de pertenencia a organización terrorista (castigado antes en el art. 516.2 CP, después en el art. 571.2 CP y actualmente en el art. 572.2 CP) exige la realización de *conductas materiales* que de algún modo contribuyan a la *actividad delictiva* o, al menos, a la *subsistencia o pervivencia de la organización terrorista*; entendiéndolo, por lo que a esto último se refiere, que contribuir a la *subsistencia o pervivencia de la organización* es en realidad una forma de favorecer la continuidad de su *actividad delictiva* en sentido estricto, por lo que en realidad no se está aludiendo a dos cosas distintas: ayudar a que *subsista o perviva* una organización que se dedica a la comisión de atentados terroristas es evidentemente contribuir a la ulterior comisión de estos delitos. Si se hace referencia a esta alternativa de comportamientos en el seno del mismo tipo penal es simplemente para enfatizar que la actividad desplegada por el miembro de una organización terrorista puede ser típica a efectos del delito de pertenencia a organización terrorista aunque no esté inmediata y directamente conectada con la perpetración de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. La tipicidad de la

simple conducta de pertenencia concurrirá siempre que la actividad del miembro suponga objetivamente una contribución útil y eficaz a la continuidad de la actividad delictiva de la organización terrorista a la que pertenece, como sería el caso, por ejemplo, de quien se dedica a captar nuevos miembros para la organización terrorista sin saber ni tener poder de decisión respecto de las funciones concretas que éstos desempeñarán en la misma, ni tampoco sobre los futuros y todavía no planificados ni individualizados delitos de terrorismo que los nuevos miembros captados pudieran cometer llegado el momento y que constituyen el objetivo directo e inmediato de la organización terrorista. Por ello, no es necesario (y así lo han subrayado reiteradamente y con razón doctrina y jurisprudencia) que todos y cada uno de los miembros de la organización terrorista participen de forma directa y material en la comisión de concretos e individualizados delitos de terrorismo, aunque si lo hacen obviamente se les castigará como autores o como cómplices del correspondiente, concreto e individualizado delito de terrorismo cometido. El delito de pertenencia a organización terrorista recoge precisamente la conducta de quienes, no interviniendo de forma material y directa (ni como autores ni tampoco como cómplices) en la comisión de dichos concretos e individualizados delitos de terrorismo, coadyuvan no obstante de forma mediata o indirecta a la realización de los mismos con su pertenencia a la organización. Y para que la pertenencia implique esta contribución es preciso que se materialice en la realización de alguna aportación útil y eficaz para el desarrollo de la *actividad delictiva* de la organización (en sentido amplio: facilitar armas, explosivos, locales, medios de transporte, infraestructura en general, dinero, información relevante, etc.), o bien en el desempeño de algún servicio esencial para la *subsistencia o pervivencia de la organización* (reclutamiento de nuevos miembros, adiestramiento en el manejo de armas, gestión de los recursos económicos, etc.).

2. Como ya he mantenido en otro lugar (MARTÍNEZ GARAY/MIRA BENAVENT, *cit.*, 2011, págs. 177 y ss.), el delito de colaboración con organización terrorista (castigado antes en el art. 576 CP y actualmente en el art. 577 CP) exige también, al igual que el de pertenencia, la realización de *conductas materiales* que de algún modo contribuyan a la *actividad delictiva* o, al menos, a la *subsistencia o pervivencia de la organización terrorista*. Es más: la propia redacción del tipo de colaboración, realizada por el legislador con mayor detalle que la del tipo de pertenencia, enumera ya a título de ejemplo qué clase de conductas pueden considerarse de colaboración con organización terrorista; y todas las que se citan en el tenor literal del precepto suponen algún tipo de facilitación de medios de

actuación o de contribución o de ayuda útil, eficaz o efectiva a la actividad exclusivamente delictiva de la organización (si bien no hace falta que dicha ayuda sea *material* en sentido estricto, ya que incluye también por ejemplo el hecho de proporcionar información). Incluso la cláusula abierta con la que termina la enumeración del tipo de colaboración exige que la ayuda, cooperación o mediación sea “equivalente” a las actividades previamente listadas, razón por la que, como han señalado en reiteradas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia, el delito de colaboración castiga el favorecimiento material (en el sentido antes indicado) a las actividades exclusivamente delictivas de la organización terrorista.

3. Visto lo anterior, la diferencia entre la conducta del miembro perteneciente y la del colaborador no hay que buscarla, pues, en la clase, en la naturaleza, en la entidad o en la trascendencia de sus respectivas contribuciones a la actividad delictiva de la organización terrorista, sino más bien el carácter estable o episódico de tales contribuciones. Como la propia SAN 22/2011, de 16 de septiembre (caso *Bateragune*), establece apoyándose en abundante jurisprudencia “la diferencia entre ambas figuras delictivas no puede ser otra que el grado de integración o la conexión o relación existente con la organización terrorista, así que constituye el delito de pertenencia a banda armada la incorporación permanente, más o menos prolongada en el tiempo, frente a la episódica o eventual colaboración. No importa, por consiguiente, que los actos definidos en el segundo párrafo del artículo 576 como de colaboración con banda armada u organización terrorista sean ejecutados por activistas de la organización integrados en la misma, pues si existe el vínculo de pertenencia a la organización debe aplicarse el artículo 516 (actual artículo 571), en virtud del llamado principio de alternatividad (art. 8.4)”. E insiste en la misma idea: “...la pertenencia supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervención episódica...”, por lo que “...tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico...”; de tal manera que “...aquellas personas no integradas en la organización que realizan esporádicamente actos de colaboración definidos en el artículo 576 del Código penal son autores de un delito de dicha clase, pero los que perteneciendo a la organización, como miembros de la misma realizan tales acciones, deben ser sancionados conforme al artículo 516 del Código penal (actual artículo 571)” (todos los anteriores entrecomillados son de la SAN 22/2011, de 16 de septiembre, FJ primero A).

4. Llegados a este punto, y ello es lo que en estos momentos quiero resaltar, la diferencia entre las conductas de autoría y complicidad situadas en los dos

primeros niveles de responsabilidad penal y las conductas de pertenencia y colaboración situadas en este tercer nivel de responsabilidad penal hay que buscarla en la existencia en aquellas primeras de un concreto e individualizado delito de terrorismo al que van referidas o dirigidas las citadas conductas de autoría y complicidad; mientras que estas segundas conductas de pertenencia o colaboración van referidas a inconcretos, indeterminados, genéricos y todavía no particularizados, singularizados o especificados delitos de terrorismo. Lo que quiero decir es que las conductas de autoría y complicidad tienen como objetivo directo la comisión de un concreto delito de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc., que después puede quedar por diversas circunstancias en grado de consumación, de tentativa o de acto preparatorio punible; pero que en todo caso se trata de conductas cuyo *iter criminis* va todo él dirigido en todas sus fases a la comisión de un concreto e individualizado delito de terrorismo. Las conductas de pertenencia o colaboración con organización terrorista, por el contrario, tienen como objetivo proporcionar a la organización terrorista la infraestructura o los medios necesarios para que esta pueda seguir desarrollando su actividad delictiva, es decir, para que pueda seguir cometiendo concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc.; se trata, por tanto, de conductas que podríamos calificar en sentido estricto, y si se me permite el símil, de *logística* (entendido el término como aquel conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, en este caso empresas o servicios de carácter terrorista) o de *abastecimiento* (entendido el término como la acción de proveer a alguien de cosas necesarias, en este caso necesarias para cometer concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista). En definitiva: el *iter criminis* de las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista no va dirigido a la comisión de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista, sino que se agota en el mero hecho de proporcionar a la organización terrorista los medios y los instrumentos de todo tipo (materiales, personales...) necesarios para la comisión de inconcretos, indeterminados, genéricos y todavía no particularizados, singularizados o especificados delito de terrorismo (por ej.: robar armas o explosivos de un arsenal y ponerlos a disposición de la organización terrorista para que esta pueda continuar llevando a cabo su actividad violenta; acondicionar lugares y ponerlos a disposición de la organización terrorista para que, llegado el momento, se pueda ocultar en ellos a una persona secuestrada, etc.).

5. Las anteriores consideraciones permiten concluir que las conductas de pertenencia y colaboración situadas en este tercer círculo de responsabilidad penal están más alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico protegido que las de autoría y complicidad situadas en los dos primeros círculos; y lo que es más importante: que por esta razón las primeras revisten objetivamente una *gravedad o peligrosidad menor* que las segundas. Y desde luego: se podría incluso llegar a afirmar en algunos casos la posible existencia de una *relación de causalidad* entre las previas conductas de pertenencia y colaboración y la posterior comisión de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista; relación de causalidad que, como acabo de señalar, no tiene por qué existir siempre (por ej.: las armas o los explosivos proporcionados por los miembros o por los colaboradores a la organización terrorista no llegan a ser utilizados posteriormente en la comisión de ningún delito; el lugar secreto acondicionado por los miembros o por los colaboradores para encerrar a una persona secuestrada no llega a ser utilizado nunca por la organización terrorista), y que solo existirá en los supuestos en los que estos concretos e individualizados delitos se cometan precisamente con los medios o instrumentos que, en su momento, aportaron a la organización terrorista los colaboradores o los miembros pertenecientes a la misma en la ejecución de las tareas de logística o de abastecimiento que conforman la conducta típica de los tipos penales de pertenencia o colaboración (por ej.: con una de las muchas armas robadas de un arsenal por los miembros o colaboradores se comete después un delito de asesinato; en uno de los varios lugares ocultos acondicionados por los miembros o colaboradores se mantiene finalmente secuestrada a una persona). Pero es que entre las conductas de autoría y complicidad que integran los dos primeros círculos de responsabilidad penal y los concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. cometidos por dichos autores y cómplices existe siempre, además de una relación de causalidad (necesaria en todo caso), una *relación de imputación objetiva*; pues es precisamente la conducta de los autores y de los cómplices de esos concretos y ya individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista la que (1) en primer lugar, origina -o contribuye a originar en el caso de los partícipes necesarios o no- un peligro concreto para el bien jurídico protegido (primer escalón de imputación objetiva; por ej.: el autor elabora e instala un artefacto con los explosivos que le proporciona el cooperador necesario y que detonará mediante una llamada al teléfono móvil pre-pago que le facilita el cómplice y que éste ha

adquirido sin problema en cualquier tienda de telefonía móvil); peligro que (2) en segundo lugar, se realiza en el resultado que lesiona dicho bien jurídico (segundo escalón de imputación objetiva; por ej.: el artefacto en cuestión al que me acabo de referir explosiona y causa muertes, lesiones y daños materiales).

6. Conforme a lo expuesto, es la necesaria *presencia* en todo caso de una previa relación de causalidad y de una posterior relación de imputación objetiva en las conductas de autoría y complicidad y su *ausencia* en las conductas de pertenencia y colaboración (en las que, sólo en algunas hipótesis, podría estar presente únicamente y como mucho una relación de causalidad) lo que les confiere un diferente contenido material de injusto; y por ello una *distinta peligrosidad o gravedad objetiva*, mayor en las conductas de autoría y complicidad y menor en las de pertenencia y colaboración. En efecto:

-el *tipo consumado abstracto* de los concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista cuya comisión se imputa a los autores y a los cómplices de los mismos requiere la *lesión efectiva* de los correspondientes bienes jurídicos protegidos; y también, por tanto, la necesaria y correspondiente relación de causalidad y de imputación objetiva que debe existir entre la conducta de los autores y de los cómplices y los resultados lesivos producidos. *El contenido material del injusto objetivo de tales comportamientos es, pues, de lesión* (aunque ello no se opone obviamente a que el correspondiente tipo de lesión pueda quedar en algunos casos en grado de imperfecta ejecución). O dicho de otra forma: los concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista son *tipos de lesión*, en los que a los *autores* de los mismos se les castiga por realizar un injusto consistente en el daño o menoscabo efectivo del bien jurídico protegido y a los *partícipes* se les castiga por contribuir a la realización de ese injusto (bien mediante el influjo psíquico que despliegan sobre el autor -inductores-, bien mediante la cooperación necesaria -cooperadores necesarios- o no necesaria -cómplices- que aportan a la realización del injusto por parte del autor).

-el *tipo consumado abstracto* de las conductas de pertenencia y de colaboración con organización terrorista requiere sólo, como se acaba de ver, que el miembro o el colaborador realice alguna aportación útil o eficaz para el desarrollo o para la subsistencia o pervivencia de la actividad delictiva de la organización terrorista; es decir: la conducta propia de los delitos de pertenencia y de colaboración se agota en el mero hecho de proporcionar a la organización terrorista los medios y los instrumentos de todo tipo necesarios para la comisión

de inconcretos, indeterminados, genéricos y todavía no particularizados, singularizados o especificados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista. *El contenido material del injusto objetivo de tales comportamientos es, pues, de peligro*, tal y como admiten de forma generalizada y sin demasiados problemas la doctrina y la jurisprudencia (peligro que es calificado en ocasiones por la jurisprudencia de *abstracto*); contenido de injusto que se opone obviamente a la posibilidad de apreciar las formas de imperfecta ejecución en el ámbito de estos delitos, que por ello aparecen configurados, además de como delitos de peligro (*abstracto* para la jurisprudencia), también como tipos de *simple actividad*. O dicho de otra forma: los delitos de pertenencia o de colaboración con organización terrorista son *tipos de peligro*, en los que a los *autores* de los mismos se les castiga sólo por la peligrosidad objetiva que es inherente a las conductas que respectivamente llevan a cabo, lo que no ocurre con los delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista. Pues mientras que en los delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista el *iter criminis* constituye un proceso de progresiva aproximación a una concreta lesión del bien jurídico protegido en cada caso (vida, integridad física, patrimonio...) vertebrado en todo momento por la existencia de una relación de imputación objetiva, que es la que permite atribuir al autor el delito correspondiente en fase de tentativa (si se llega al primer escalón de imputación objetiva) o de consumación (si se llega al segundo escalón de imputación objetiva), en los delitos de pertenencia y colaboración con organización terrorista el *iter criminis* se agota con la realización de una conducta que se demuestra peligrosa por sí misma y sin que se requiera para su consumación la existencia de la proximidad de una concreta lesión del bien jurídico. Esta clase de *tipos de peligro* (clase en la que se incluyen los de pertenencia y colaboración) constituyen infracciones de simple actividad que se consuman con la sola realización de una conducta que la experiencia ha demostrado que es en sí misma peligrosa, por lo que no hace falta relación de imputación objetiva de ninguna clase. Basta, pues, con poder imputar al autor la simple realización de una conducta que la experiencia demuestra que es peligrosa (por ej. y por lo que se refiere a los tipos de pertenencia y colaboración de los que venimos hablando: la experiencia demuestra que poner a disposición de una organización terrorista medios o instrumentos de cualquier clase -armas, explosivos, personas, información, instrucción, lugares ocultos...- constituye una conducta generalmente peligrosa en la medida en la que incrementa el riesgo de la continuidad de la actividad delictiva que es propia de la

organización terrorista).

7. En cualquier caso y para concluir ya este punto: lo importante es que este tercer círculo de responsabilidad criminal alcanza, *con una pena generalmente menor por su menor peligrosidad o gravedad objetiva*, a conductas que, a diferencia de las situadas en los dos primeros círculos de responsabilidad criminal, no tienen como punto de referencia la comisión de un concreto e individualizado delito de terrorismo, es decir, la ejecución de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. Se trata, pues de conductas delictivas, más alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico y poseedoras por esta razón de una menor peligrosidad objetiva que las conductas situadas en los dos primeros círculos de responsabilidad penal. El menor contenido material del injusto objetivo de las conductas de pertenencia y colaboración situadas en este tercer círculo o nivel de responsabilidad derivado de su naturaleza de tipos de peligro y de su desconexión a nivel de imputación objetiva con la posterior comisión de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista determina un tratamiento típico y penológico propio y diferente de las conductas de autoría y participación situadas en los dos primeros círculos de responsabilidad criminal. Pues, precisamente por estas razones, las conductas de pertenencia y de colaboración se encuentran previstas en tipos penales autónomos e independientes de los tipos de terrorismo propiamente dichos (asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista) y provistas, además, de sus propios marcos penales abstractos.

En definitiva: las conductas de pertenencia y de colaboración que encontramos en el tercer círculo de responsabilidad criminal son conductas de *menor gravedad objetiva* que las conductas de autoría y participación en la comisión de concretos e individualizados delitos de asesinato, secuestro, lesiones, daños materiales, estragos, etc. de carácter terrorista situadas en los dos primeros círculos de responsabilidad criminal.

4. El cuarto círculo o línea de responsabilidad penal: las conductas de pertenencia y colaboración con organización terrorista y las consecuencias penales derivadas de la aplicación jurisprudencial de la teoría del desdoblamiento de ETA

El *cuarto y último círculo o línea de responsabilidad penal* está constituido en el marco de los delitos de terrorismo por determinadas conductas que la jurisprudencia considera subsumibles en los delitos de organización o pertenencia, pero que son llevadas a cabo en el ámbito del llamado *entorno político o ideológico de una*

organización terrorista; fenómeno jurisprudencial que por lo que a continuación se dirá es especialmente visible en el entorno político o ideológico de la organización terrorista ETA como consecuencia de la decidida y por ahora irreversible adopción por parte de la AN y del TS de la llamada teoría del desdoblamiento o de la división funcional de la actividad de ETA en diversos frentes tácticos u operativos. Y es importante resaltar tal circunstancia porque es la que, a su vez, permite explicar y comprender el *ciclo de la criminalización* de la actividad política e ideológica de muchos de los dirigentes *históricos* de la Izquierda Abertzale, al menos hasta el momento de la legalización de las estructuras políticas organizativas que giran actualmente alrededor de *Bildu* y de *Sortu*. Pues una vez superado el *ciclo de ilegalización* derivado de la aplicación de la LO 6/2002, de partidos políticos, a las distintas organizaciones de la Izquierda Abertzale, todavía se mantuvieron durante mucho tiempo (y en ocasiones llegan incluso hasta hoy a través en algunos casos de las penas de inhabilitación impuestas en su momento) las consecuencias penales del *ciclo de criminalización* derivadas de la aplicación a los dirigentes *históricos* de esas mismas organizaciones de la teoría del desdoblamiento, aplicación que se ha llevado a cabo de la mano de la AN y del TS (aunque se ha de matizar que el *ciclo de criminalización* de la actividad política e ideológica de los *nuevos* dirigentes de la Izquierda Abertzale se mantiene vivo todavía hoy en ocasiones a través de otros cauces o instrumentos penales de menor intensidad que la aplicación de los delitos de pertenencia y colaboración, principalmente a través de la vía del delito de enaltecimiento y humillación del art. 578 CP, pero también a veces de otra vías más insólitas e inusuales -como es la del delito de injurias y amenazas a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del art. 504.2 CP en el caso de *Hasier Arraiz*, expresidente de *Sortu*).

Para comprender mejor lo que quiero decir sobre la incidencia de la teoría del desdoblamiento en este ámbito es conveniente tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Cuando en estos momentos hago alusión al tratamiento jurídico-penal que a través de los delitos de pertenencia y colaboración ha recibido la *actividad política o ideológica* de los dirigentes *históricos* de la Izquierda Abertzale me estoy refiriendo exactamente a eso: a la *actividad política e ideológica* en sentido estricto, y no a las conductas típicas que, como se ha indicado más arriba, son propias y genuinas de estos dos delitos y que hayan podido llevar a cabo eventualmente y a título individual algunos dirigentes de la Izquierda Abertzale (en sentido amplio: conductas consistentes en facilitar armas, explosivos, locales, medios de transporte, infraestructura en general, dinero, información relevante, reclutamiento de nuevos miembros, adiestramiento en el manejo de armas,

gestión de los recursos económicos, etc.). Las conductas a las que ahora y en este punto me quiero referir constituyen, en definitiva, actividades de naturaleza estrictamente política llevadas a cabo en el seno de las diversas organizaciones de todo tipo que han venido configurando el movimiento cultural, social y político de la Izquierda Abertzale, como por ejemplo son las siguientes actividades: convocar y asistir a reuniones con contenido político de todo tipo, elaborar documentos y propuestas de índole social o política, convocar ruedas de prensa para la presentación de propuestas o estrategias de naturaleza social o política o para mostrar su desacuerdo con las políticas llevadas a cabo por los Estados español o francés o por otras fuerzas políticas, reivindicar el fin de la política de dispersión de presos de ETA practicada por el Estado español o exigir la excarcelación de los presos enfermos, solicitar en su momento el fin de la doctrina Parot, manifestar su opinión acerca del carácter político de los presos de ETA y de la Izquierda Abertzale, tratar de ofrecer públicamente su versión y su relato sobre el origen político del uso de la violencia para resolver el conflicto que se ha vivido en *Euskal Herria* en los últimos cincuenta años, promover todo tipo de iniciativas electorales nuevas después de iniciado el ciclo de ilegalización como consecuencia de la entrada en vigor la LO 6/2002, de partidos políticos, etc. Son exclusivamente actividades y conductas de esta naturaleza las que llenan las páginas de los *Hechos Probados* de las diversas sentencias que han venido condenando por los delitos de colaboración o pertenencia a organización terrorista a los dirigentes *históricos* de la Izquierda Abertzale a través de sucesivos procedimientos penales; y son hechos de esta naturaleza los que, por ejemplo, llevaron a cabo los acusados en los casos *Herri Batasuna/Euskal Herriarrok/Batasuna* o *Bateragune* y por los que fueron finalmente condenados.

Las preguntas que se plantean a continuación son las siguientes: ¿cómo ha llegado la *actividad política e ideológica* de la Izquierda Abertzale al ámbito incriminatorio principalmente del delito de pertenencia a organización terrorista, pero también en ocasiones al del delito de colaboración con organización terrorista?, ¿cómo es posible que la *actividad exclusivamente política o ideológica* de los dirigentes *históricos* de la Izquierda Abertzale acabe siendo considerada constitutiva de un delito de pertenencia a la organización terrorista ETA o, en su caso, de colaboración con la misma si las conductas delictivas propias de estos delitos consisten, como acabamos de ver, en la realización de *conductas materiales* que de algún modo faciliten o contribuyan o a la *actividad estrictamente delictiva* o, al menos, a la *subsistencia*, a la *pervivencia* o a la *continuidad de su actividad delictiva en sentido estricto*?

La respuesta a estas preguntas hay que buscarlas, como se ha indicado más arriba, en la proyección y aplicación a los delitos de pertenencia y de colaboración de la teoría del desdoblamiento o de la división funcional de la actividad de ETA en diversos frentes tácticos u operativos, lo que en la práctica conduce a considerar, como normalmente se dice, que *todo es ETA*. La entonces hipótesis del desdoblamiento se ensaya en la instrucción y fallo del sumario 18/98, y su aplicación se acaba consolidando y estandarizando como doctrina jurisprudencial en la resolución de otros casos posteriores que han afectado a numerosos dirigentes *históricos* de la Izquierda Abertzale. En efecto: más arriba se ha indicado que la teoría del desdoblamiento es la que permite explicar los hechos probados de la SAN 22/2011, de 16 de septiembre (caso *Bateragune*), que acaba condenando por delito de pertenencia a organización terrorista a los cinco acusados (resolución confirmada por la STS 351/2012, de 7 de mayo). Es lo mismo que también hace, entre otras muchas y por citar sólo las resoluciones más relevantes, la SAN 16/2014, de 24 junio (caso *HB-EH-B y Herriko Tabernas*), en el que se condena a ocho de los acusados por delito de pertenencia a organización terrorista y a otros doce por un delito de colaboración con organización terrorista (resolución confirmada en este extremo por la STS 338/2015, de 2 de junio); o es lo que ha sucedido, por poner un último ejemplo, con la SAN 1/2016, de 20 de enero (caso ANV-PCTV), en la que se condena a los treinta y cinco acusados como autores todos ellos de un delito de pertenencia a organización terrorista.

2. La versión más elaborada y acabada de la teoría del desdoblamiento la podemos encontrar, en mi opinión, en la SAN 16/2014, de 24 junio (caso *HB-EH-B y Herriko Tabernas*), resolución en la que al igual que en otras muchas se comienza afirmando solemnemente que en este tipo de procedimientos “no se enjuicia, por lo tanto, una actividad política, sino que, *sin negar que esa actividad política exista*, lo que se enjuicia es si ha habido una extralimitación en su ejercicio, que haya traspasado los márgenes que el ordenamiento permitía, *por haber sido puesta al servicio de una organización terrorista...*” (FJ Preliminar, I. El Frente Institucional, Primero.- Naturaleza y circunstancias de este juicio, 1.- *No estamos ante un juicio político*. Subrayados añadidos: nótese la significativa forma de denominar la parte final del título de este FJ). Y a continuación, después de realizada esta especie de bienintencionada declaración de propósitos, se pasa a explicar detenidamente esa especial transmutación, esa peculiar transformación, esa llamativa transubstanciación de la *actividad política* propia de la Izquierda Abertzale en *actividad delictiva* propia de los tipos penales de colaboración y pertenencia; explicación que se realiza sobre la base de la siguiente

argumentación desarrollada toda ella a partir de la teoría del desdoblamiento:

- "...es posible ver, dentro del complejo delictivo que se describe, la ubicación que en él tienen las distintas formaciones y acusados; y es que la organización terrorista ETA, aunque, como banda armada, se identifique con su frente militar, dedicado a la lucha armada desde la clandestinidad, en la medida que llegó a comprender que, exclusivamente, con esta actividad no sería capaz de conseguir los fines subversivos que perseguía, tuvo que idear unos mecanismos para infiltrarse en las instituciones y cubrir parte de su actividad de una *apariencia de legalidad*, actuando, con ello, no de manera distinta a como es habitual que se comporte cualquier *organización criminal de corte mafioso*. Tal forma de articular su modo de actuación no deja de responder a la estrategia de lo que se conoce como *empresa criminal común*, en la que, de acuerdo con unos determinados fines delictivos, diversos individuos crean una estructura, o se suman a ella, y, según el *reparto de papeles* que cada uno asume, unos desarrollan desde la clandestinidad una *actividad sin duda delictiva*, mientras que otros, mediante una *apariencia de legalidad*, lo que tratan de encubrir es la ilicitud de su actuar, que es contrario a la norma, con lo que *contribuyen a los mismos fines delictivos que se propuso todo el entramado*, para la consecución del plan común"; por lo que "la realidad es que existe una interconexión o relación entre una parte y otra de ese grupo, *que no deja de ser el mismo*, en cuanto que está configurado e ideado, en su unidad, *para una finalidad delictiva*, y lo que sucede es que se incide en la actividad legal, para dar esa *apariencia de legalidad* con la que ocultar o encubrir la ilegalidad de su actuar" (FJ Preliminar, I. El Frente Institucional, Primero.- Naturaleza y circunstancias de este juicio, 1.- *No estamos ante un juicio político*. Todos los subrayados son añadidos);

-la misma SAN 16/2014, de 24 junio (caso *HB-EH-B y Herriko Tabernas*), cuando trata de buscar ya más en concreto posibles fórmulas o mecanismos a través de los que poder subsumir la actividad política de estas organizaciones en las conductas típicas de colaboración o integración en organización terrorista, trae a colación conocidos pasajes que toma prestados de la STS 608/2013, de 17 de julio (FJ 3º. 1), de la STS 290/2010, de 31 de marzo, y de la STS 480/2009, de 22 de mayo (caso *KAS-EKIN-XAKI*), al considerar como válido y jurisprudencialmente asentado que "...el terrorismo no es, ni puede ser, un fenómeno estático sino que se amplía y diversifica de manera paulatina y constante, en un amplio abanico de actividades, por lo que *el legislador penal democrático en la respuesta obligada a este fenómeno complejo ha de ir ampliando también el espacio penal de los comportamientos* que objetivamente han de ser considerados terroristas y la

propia jurisprudencia ha de seguir esta evolución y acomodarse a su interpretación a esta realidad social del tiempo en que aquellos preceptos penales han de ser aplicados"; razones por las que se ha de tener presente, se sigue argumentando, que "una organización terrorista que persigue *finés pseudo-políticos (sic)* puede intentar alcanzarlos no solo mediante actos terroristas, sino también a través de *actuaciones que en sí mismas consideradas no podrían ser consideradas como actos terroristas* (movilizaciones populares no violentas, actos de propaganda política no violenta, concienciación popular de la importancia de los fines, etc.). También es posible que haya organizaciones no terroristas cuyos fines políticos *coincidan en todo o en mayor o menor medida con los que pretende alcanzar la organización terrorista*. Y que incluso no se manifiesten en contra del uso de la violencia para la obtención de esos fines, aunque no la utilicen directamente. Ello no las convierte en organizaciones terroristas. Pero cuando lo que aparentemente son organizaciones políticas independientes en realidad *funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista* y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y además le sirven como apoyo y complemento para la consecución de aquellos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que aquellas forman parte de esta última, e integran por lo tanto, una organización terrorista, *aunque sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento*. O bien que constituyen una organización terrorista separada, pero dependiente de la anterior..." (FJ I. El Frente Institucional, Segundo.- Herri Batasuna, Euskal Herritarrok, Batasuna, como instrumento de ETA e integradas en su estructura. Todos los subrayados son añadidos);

-en definitiva: "...lo que se aprecia es la existencia de una organización terrorista que ha llegado a adquirir una gran complejidad, que utiliza para la consecución de sus fines, no solo la violencia y el terror encomendados a grupos que, aunque clandestinos, son bien identificados en su naturaleza y características, sino también otros medios, que son puestos en práctica *a través de grupos, asociaciones o similares que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo obedecen la consignas y funcionan bajo su dirección*. Es pues, la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte integrante de aquella, *contribuyen de otras variadas formas* a la consecución de sus fines bajo su misma dirección..." (FJ I. El Frente Institucional, Segundo.- *Herri Batasuna, Euskal Herritarrok, Batasuna* como instrumento de ETA e integradas en su estructura. Todos los subrayados son añadidos).

3. Podríamos continuar trayendo a colación pasajes similares de la misma sentencia y de otras resoluciones judiciales, todos ellos coincidentes en el mismo sentido. Pero basta retener aquí y ahora la idea nuclear que subyace a la teoría del desdoblamiento: que la actividad de la Izquierda Abertzale es llevada a cabo a través de *diversos grupos y asociaciones que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo forman parte de ETA porque obedecen sus consignas y funcionan bajo su dirección*. La actividad política de la Izquierda Abertzale es en principio y aparentemente legítima, pero se convierte en ilegítima y, aún más, en delictiva porque es llevada a cabo y desarrollada por orden de ETA y puesta a su servicio para cumplir sus designios y objetivos últimos. Y el acomodo que a esta nueva actividad delictiva así generada le encuentra la jurisprudencia de la AN y del TS en el Código penal es generalmente el tipo de pertenencia a organización terrorista (aunque también a veces el de colaboración), tal y como se acaba de poner de relieve con los ejemplos de los procedimientos penales que he mencionado (casos *HB-EH-Batasuna* y *Herriko Tabernas*, *KAS-EKIN-XAKI*, *ANV-PCTV*, *Bateragune*).

4. Llegados a este punto, es preciso reconocer algo obvio: que la actividad política a la que me acabo de referir constituye el ejercicio legítimo de diversos derechos fundamentales de participación política reconocidos en la Constitución de 1978; y que, por formar parte del contenido esencial de dichos derechos fundamentales, su ejercicio no puede ser a la vez constitutivo de un tipo penal. Como ha venido manteniendo reiteradamente el TC desde hace mucho tiempo, una misma conducta no puede ser al mismo tiempo constitutiva del ejercicio de un derecho constitucional y de un delito.

Pero aun admitiendo a efectos polémicos la inasumible doctrina de la AN y del TS, lo que está claro es que extender la responsabilidad penal por los delitos de pertenencia o colaboración con organización terrorista al ejercicio de derechos fundamentales de participación política vulnera, sin duda, el principio de prohibición de exceso y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al castigar con las mismas penas conductas que no revisten la misma gravedad objetiva desde el punto de vista de su afectación al bien jurídico protegido. Y además, por ello mismo, la citada extensión de la responsabilidad penal a estos supuestos supone un efecto de desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales aludidos.

En efecto: aun admitiendo, lo que aquí no se hace, que dichas conductas fueran delictivas por llevarse a cabo en el seno o por orden de una organización terrorista, lo cierto es que las conductas consistentes en el ejercicio de derechos

fundamentales de participación política nunca podrían compartir el mismo contenido objetivo de injusto que el que es propio de las conductas de pertenencia o colaboración con organización terrorista. Pues en ellas ni siquiera es posible apreciar el peligro abstracto de comisión de *genéricos e indeterminados* delitos de terrorismo que, como he tratado de demostrar al analizar el *tercer círculo o línea de responsabilidad penal*, es propio del contenido de injusto de los delitos de pertenencia u organización con organización terrorista: se produce en estos casos una desconexión absoluta de la relación de imputación objetiva que debería existir entre la citada actividad política y la comisión de *concretos y determinados* delitos de terrorismo.

O dicho de otra forma desde el planteamiento metodológico que se ha seguido en la realización de este trabajo:

-mientras que las conductas de autoría y complicidad subsumibles en lo que he denominado *primer y segundo círculo de responsabilidad penal* giran alrededor de la comisión de *concretos y determinados* delitos de terrorismo, las conductas de pertenencia o colaboración con organización terrorista que integran el *tercer círculo o línea de responsabilidad penal* giran por el contrario alrededor de la comisión de *genéricos y todavía indeterminados* delitos de terrorismo. Por esta razón, su contenido de injusto es diferente, no revisten la misma gravedad objetiva y resultan castigadas con marcos penales de diferente gravedad.

-mientras que las conductas situadas en los tres primeros círculos o líneas de responsabilidad penal giran alrededor de, según los casos, determinados o indeterminados delitos de terrorismo (en definitiva: alrededor de una actividad *delictiva*), las conductas a las que en este momento me estoy refiriendo giran alrededor del ejercicio de determinados derechos constitucionales de participación política (en definitiva: alrededor de una actividad *política*). Por eso las he situado en un *cuarto círculo o línea de responsabilidad penal*, en la medida en que se trata de conductas que, respecto de las situadas en círculos o líneas anteriores, se hallan sin duda más alejadas del tipo consumado abstracto de lesión (es decir, de los concretos y efectivos asesinatos, secuestros, lesiones, daños materiales, estragos, etc. causados, que son los resultados que en última instancia el legislador quiere realmente prevenir o evitar) y que he tomado como epicentro o punto de referencia para analizar la función que debe cumplir la cláusula de atenuación contenida en el art. 579 bis 4) CP.

En conclusión: castigar con la misma pena conductas situadas en el tercer y cuarto círculo de responsabilidad penal vulneraría el principio de proporcionalidad en sentido

estricto. La actividad política (ejercicio de derechos fundamentales de participación política) de diversos representantes de la Izquierda Abertzale fue en su momento convertida en delictiva por la AN y por el TS a través de la hipótesis del desdoblamiento de ETA, y considerada una forma o modalidad comisiva de los delitos de pertenencia o de colaboración con organización terrorista. Pero de admitirse esta más que discutible doctrina, nos encontraríamos sin duda ante *hechos delictivos objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*; es decir: nos encontraríamos ante la hipótesis descrita en el art. 579 bis 4) CP y que permite imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito de que se trate. Esas conductas de naturaleza exclusivamente política serían entonces el *medio* mediante los que los condenados habrían cometido el delito que se les imputa; es decir: serían el *medio* mediante los que los condenados habrían cometido el delito de pertenencia a organización terrorista del que se les acusaba. La jurisprudencia en ocasiones ha aplicado esta atenuación a la actividad política a la que me refiero (véase, por ejemplo, la STS 338/2015, de 2 de junio, caso *HB-EH-Batasuna* y *Herriko Tabernas*, FJ centésimo trigésimo quinto, dedicado íntegramente a esta cuestión); pero en otras ocasiones ha rechazado su aplicación (véase, por ejemplo, la STS 527/2017, de 11 de julio, caso *Bateragune/Díez Usabiaga*; no obstante, esta sentencia contiene un contundente y bien fundamentado voto particular en el que se defiende la aplicación del art. 579 bis 4) CP).

Los argumentos por los que considero que la cláusula de atenuación contenida en el art. 579 bis 4) CP es aplicable a estos casos los expondré más adelante, en un próximo y futuro trabajo sobre los requisitos *especiales* de aplicabilidad del nuevo subtipo atenuado de terrorismo del art. 579 bis 4) del Código penal.