

LA EXCARCELACION TENIA UN PRECIO: EL TRIBUNAL ENMIENDA LA PLANA AL LEGISLADOR

(Comentario de la STC 136/1999,
en el caso de la Mesa Nacional de HB)

JUAN MARIA BILBAO UBILLOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL.—III. EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.—IV. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS.—V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.—VI. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR: A) *El principio de legalidad penal.* B) *La proporcionalidad de la pena.*

I. INTRODUCCION

He de comenzar advirtiéndole que voy a analizar la polémica Sentencia desde un punto de vista jurídico, a calibrar su rigor o calidad técnica, con arreglo a las exigencias de la lógica jurídica. No podía ser de otra manera. A nadie se le oculta, sin embargo, y sería una hipocresía por mi parte ignorar esa evidencia, que esta decisión se adoptó en un determinado contexto político marcado por la tregua indefinida anunciada por ETA en el mes de septiembre de 1998. Puede que sea una especulación sin demasiado fundamento, pero tengo la impresión de que, en ese concreto escenario (muy distinto al existente cuando se dictó la resolución impugnada), lo políticamente conveniente o aconsejable, era poner en la calle a los componentes de la antigua Mesa Nacional de Herri Batasuna (HB). A ser posible sin desautorizar al Tribunal Supremo (TS), un órgano de susceptibilidad acreditada.

Creo que los Magistrados del Tribunal Constitucional (TC) eran conscientes de las consecuencias políticas de su decisión, de ese clima favorable a la excarcelación, y las expectativas creadas en el plano político pesaron, en mayor o menor medida, en su ánimo. Una circunstancia que no tiene por qué escandalizar a nadie. Los Magistrados son seres de este mundo, de carne y hueso, que

procesan toda esa información y tienen en cuenta muchas variables a la hora de tomar una decisión. Ahí termina mi disgresión preliminar en clave política, una licencia que me he tomado porque estoy convencido de que ese trasfondo ayuda a explicar algunas cosas, como el rechazo de la primera ponencia del Magistrado Jiménez de Parga, presentada para su discusión por el Pleno del Tribunal a finales del mes de mayo de 1999. Como es sabido, al quedar en minoría la posición defendida por el primer Ponente, se encarga una nueva ponencia a C. Viver, Vicepresidente del TC.

Entrando ya en el análisis que me corresponde, no tengo inconveniente en enseñar mis cartas desde el principio y adelantar que, en mi opinión, el recurso de amparo debió estimarse pero no por las razones expuestas en la sentencia (previsión de una pena desproporcionada en el precepto aplicado) sino por la vulneración de la presunción de inocencia de los demandantes, como sostiene en su Voto Particular el Magistrado C. Viver.

Los 23 demandantes de amparo, miembros de la Mesa Nacional de HB en el momento en que tienen lugar los hechos (febrero de 1996), fueron condenados por la Sala Segunda del TS, mediante Sentencia dictada el 29 de noviembre de 1997 en la causa especial 840/1996, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 ptas. con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo, como autores de un delito de colaboración con banda armada.

Conviene recordar que fueron absueltos de los delitos de pertenencia a banda armada y de apología del terrorismo, en relación esta última con los comunicados rebosantes de cinismo emitidos por la oficina de prensa de HB con motivo de los asesinatos de Fernando Múgica y Francisco Tomás y Valiente, dos acusaciones sostenidas por la Asociación de Víctimas del Terrorismo personada en el procedimiento como acusación particular (1). El fallo absolutorio

(1) A raíz del asesinato de F. Múgica, destacado dirigente del PSE-PSOE y hermano del ex ministro de Justicia E. Múgica, HB difundió una nota de prensa en la que afirmaba que dicha acción «debe analizarse en el contexto de agudización de la dominación y represión española contra Euskal Herria». De confirmarse la autoría de ETA, continuaba el comunicado, «nos hallaríamos ante una nueva acción de contestación a la estrategia española de liquidación del pueblo vasco, dirigida contra una persona directamente relacionada con la trastienda del aparato del Estado español». Superando las habituales cotas de desvergüenza, los dirigentes de HB hacen la siguiente reflexión: «De sobra saben quienes ahora se rasgan las vestiduras que ETA jamás ha actuado contra nadie por sus ideas o creencias políticas... Para HB... esta acción se situaría como una respuesta más a la implicación y responsabilidad de determinadas personas en la trama negra del Estado Español en Euskal Herria». La nota concluye advirtiendo al Gobierno de Madrid que «si opta por endurecer la represión no va a lograr sino una mayor contundencia en la respuesta de la sociedad vasca».

respecto del delito de apología del terrorismo, que se justifica por el hecho de que los comunicados no suponen una manifestación pública de solidaridad con una actividad delictiva tendente a y capaz de provocar su perpetración, responde a una discutible pero firme orientación jurisprudencial que viene interpretando de forma restrictiva este tipo penal (2).

Con motivo del asesinato, una semana después, del profesor Tomás y Valiente, la Oficina de Prensa de HB hizo pública otra nota en la que se señalaba que «quienes se niegan a buscar soluciones son los únicos responsables de que siga la espiral de acciones violentas por ambas partes». Estos hechos, se lee en el comunicado, «son consecuencia directa de la intransigencia y cerrazón tanto del Gobierno como de las fuerzas políticas comprometidas con la estrategia de liquidación de Euskal Herria como nación». Si el Estado no puede acabar con ETA es porque esta organización es «una expresión de una sociedad insatisfecha que desea ser la dueña de su destino». La nota se cierra con un llamamiento a «la cordura y el pragmatismo» («nos preguntamos qué más necesita el Estado para comprender que ha perdido su batalla contra el pueblo vasco») y una defensa de la Alternativa Democrática como única propuesta de paz que hay sobre la mesa. El lenguaje sirve una vez más para manipular burdamente la realidad.

(2) La Sentencia impugnada recuerda la doctrina sentada por esa misma Sala en otras decisiones anteriores. Así, en la STS de 4 de julio de 1994, ya había precisado que este delito «requiere que el autor apologice bien sea hechos delictivos determinados, bien a sus responsables, presentando de esta manera los delitos realmente cometidos como una alternativa legítima al orden penal establecido por el Estado». En consecuencia, «el delito no se comete cuando las manifestaciones de aprobación no se refieren a acciones típicas, antijurídicas y amenazadas con penas concretamente ejecutadas, sino a la ideología general de personas que en los fines últimos puedan coincidir con la finalidad perseguida por ciertos delincuentes». Porque una cosa es la «motivación ideológica» y otra la «ejecución delictiva de la misma» o la «realización desviada de los fines postulados por la ideología». El delito de apología, concluía el TS en aquella ocasión, «no pretende prohibir manifestaciones ideológicas, pues tal caso sería contrario al artículo 20 CE, sino la aprobación de comportamientos delictivos». En la STS de 9 de mayo de 1996, se insiste de nuevo en que el delito del artículo 268 CP requiere que «el comportamiento delictivo sea propuesto como modelo de comportamiento aprobable». No es punible, pues, la «simple expresión pública de coincidencia con un programa político o ideológico».

La Sala *a quo* entiende que la norma aplicable a este caso es la prevista en el nuevo CP (art. 18), puesto que contiene una definición más restrictiva del delito, que resulta más favorable a los acusados. Por ello, «es exigible que la concreta manifestación apologética no sólo se dirija a defender la actividad delictiva ya realizada y a sus autores, sino que, además, ha de ser apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido con la actividad delictiva que se ensalza, de forma que pueda ser considerada un peligro potencial para tales bienes jurídicos en la medida en que pueda determinar a otros a la perpetración del delito». Aplicando esta doctrina a la conducta enjuiciada, la Sala reconoce que los comunicados pretenden explicar los asesinatos en el contexto de un supuesto conflicto político, presentando los crímenes como una respuesta a la represión ejercida por el Estado español y tratando de desplazar la responsabilidad de los asesinatos hacia el Gobierno. Pero tales manifestaciones, por más repulsa social que merezcan, «no expresan sino opiniones y creencias, especialmente rechazables por el momento en que son formuladas, que tienen cabida en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y que no pueden verse coartadas por la acción penal ejercitada, en la medida en que no suponen, expresamente, la manifestación pública

De acuerdo con esta interpretación, que ha encontrado acogida en el nuevo CP (3), se castiga la apología de hechos delictivos determinados, la provoca-

de solidaridad con una actividad delictiva que se dirija y sea apta o capaz de provocar su perpetración». Para cruzar la frontera que separa lo lícito de lo ilícito, el comunicado debería contener algo más: un llamamiento explícito a la colaboración con las actividades delictivas, por ejemplo.

(3) En el nuevo CP no se sanciona específicamente la apología del terrorismo. El artículo 18 tipifica con carácter general la provocación y la apología del delito: «1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». A este precepto hay que añadir, en materia de terrorismo, el artículo 578: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

Parece que se ha abrazado la doctrina del «Clear and Present Danger», que vienen aplicando los tribunales norteamericanos desde 1937 (*Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242). De acuerdo con este criterio, sólo pueden sancionarse penalmente «aquellas formas de expresión que conllevan un riesgo claro e inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión o debate». La jurisprudencia distingue, pues, entre la simple persuasión y la incitación a una concreta acción ilegal («incitement to imminent lawless action»). Abogar en favor de ideologías que promueven en abstracto el recurso a acciones violentas no sería una conducta punible, salvo que se incite directamente a la realización de una acción ilegal inmediata (P. Salvador Coderch, *El mercado de las ideas*, CEC, 1990, págs. 32-34).

Curiosamente, en el actual CP se ha mantenido la incriminación de la apología genérica (no ligada a un móvil de provocación) en el caso de la apología del genocidio. El artículo 607.2, aplicado en 1998 a un librero de Barcelona, castiga con una pena de prisión de uno a dos años «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos». ¿La amenaza terrorista no justificaría una fórmula similar a la recogida en este precepto? ¿No habría incluso más razones que en el caso del genocidio para acoger *de lege ferenda* esta solución? Con el nuevo Código en la mano, la defensa de la lucha armada, la asunción o reivindicación de la estrategia terrorista, no es ya una conducta punible. Se opta por el desarme frente a esas manifestaciones de solidaridad con los verdugos. ¿Es que el elogio del crimen no incrementa el peligro de que se vuelva a cometer el delito? Creo que es un problema de ultracorrección, como ocurre con el lenguaje. Pesa todavía el complejo de demócratas recién llegados al club que tienen que demostrar su talante liberal y hacerse perdonar un pasado autoritario.

La sensación de impunidad era tal que la LO 2/1998, de 15 de junio, que modificó el CP para proteger mejor los derechos y libertades de los ciudadanos amenazados por la violencia callejera, introdujo un segundo apartado en el artículo 170 en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de grupos terroristas: «serán castigados con la pena de arresto... o multa... los que... reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

ción o incitación a cometer delitos específicos, no la justificación, aprobación, elogio o exaltación de las acciones violentas en general o de la estrategia terrorista y mucho menos la ausencia de reprobación o censura (4).

La condena por colaboración con banda armada se basaba en los siguientes hechos probados. Un mes antes de la celebración de las últimas elecciones generales de marzo de 1996, la organización terrorista ETA hizo llegar a la cúpula de la formación política HB dos videocintas en las que miembros de la citada organización encapuchados defendían la llamada «Alternativa Democrática», una propuesta formulada por primera vez en abril de 1995. En su reunión del día 5 de febrero de 1996, la Mesa Nacional de HB acordó asumir el contenido de las cintas, proceder a su difusión, y ceder a ETA los espacios electorales gratuitos que le correspondían a dicha asociación política en los medios de comunicación de titularidad pública.

El órgano de dirección de HB encargó al Area de Comunicación la tarea de hacer copias del vídeo de 20 minutos de duración para proyectarlo en actos públicos previamente programados y preparar una maqueta y copias de una segunda videocinta de unos dos minutos de duración (el vídeo «corto») para ser emitida por las televisiones públicas del País Vasco y Navarra como spot electoral. En cumplimiento de ese acuerdo, se confeccionó asimismo una cinta magnetofónica, de dos minutos de duración, que fue remitida a RNE para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral.

Mediante Auto dictado el 16 de febrero por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, se prohibió la difusión de los vídeos y las cintas, por lo que no llegaron a emitirse. Como respuesta a esa prohibición judicial, la dirección de HB decidió enviar el vídeo de 20 minutos a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno español y remitir a TVE un nuevo spot elec-

(4) En la jurisprudencia constitucional podemos encontrar declaraciones que apuntan en esa dirección: «No cabe duda de que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho» (STC 159/1986, de 12 de diciembre, en relación con la publicación en un periódico de unos comunicados emitidos por una organización terrorista). El Tribunal vuelve sobre el asunto en la STC 199/1987, de 16 de diciembre: «la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos —actividades terroristas—».

total, en el que, tras una breve introducción en *off*, aparece la palabra «censurado» ocupando la pantalla.

El recurso de amparo, cuyo conocimiento recabó para sí el Pleno en febrero de 1999, se dirige principalmente contra la citada Sentencia del TS, aunque también se impugnan los dos Autos dictados en el incidente de recusación del presidente de la Sala Segunda del TS, D. José Augusto de Vega. El TC se ocupa, en primer lugar, de la queja relativa a estos Autos, que determinaron el rechazo *a limine* del incidente de recusación (5), y llega a la conclusión de que las infracciones procesales cometidas (6) carecen de relevancia constitucional, porque de ellas no se deriva una efectiva indefensión material. En este caso, la recusación, basada en el hecho de que una hija del Magistrado recusado trabajaba como auxiliar administrativo en el Ministerio del Interior, no hubiera podido prosperar nunca por tratarse de una pretensión manifiestamente infundada (7).

Aclarado este punto, voy a centrarme a partir de ahora en las infracciones de derechos fundamentales que se imputan a la STS 2/1997, de 29 de noviembre. Y en la respuesta que dan a las distintas vulneraciones denunciadas la Sentencia del TC (respaldada por una mayoría de 9 magistrados) y los Votos Particulares. Comenzaré con las infracciones de garantías de índole procesal, de menor entidad, para continuar seguidamente con las de derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, dejando para el final las de mayor calado: las su-

(5) El incidente se formuló en la primera sesión del juicio oral, el 6 de octubre de 1997, y, una vez acordada la suspensión del juicio por Auto de la Sala Segunda, fue rechazado a trámite el mismo día, mediante Auto dictado por la Sala Especial prevista en el artículo 61 de la LOPJ. En este último Auto, se rechazaba la tramitación del incidente por dos razones. De una parte, porque la recusación se había propuesto extemporáneamente y no tan pronto como se tuvo conocimiento extraprocesal de las causas en que se fundaba (art. 223.1 LOPJ). De otra, porque «ni uno sólo de los hechos en que los recusantes dicen fundar su pretensión coinciden y guardan la menor analogía con la causa de abstención invocada».

(6) El Tribunal admite que no se cumplieron algunos de los trámites legalmente previstos en la fase de instrucción. Las normas que regulan el incidente de recusación (arts. 224 y 225 LOPJ y 60-64 LECr) establecen, en efecto, una fase preliminar de admisión a trámite y otra de instrucción, que se desarrollan ambas ante un órgano distinto de aquél al que corresponde resolver el incidente. En este caso, el Auto de la Sala Segunda acordó tener por formulado el incidente, pero no se pronunció expresamente sobre su admisión a trámite y lo remitió directamente a la Sala que debía resolverlo, privando a los recurrentes del trámite de instrucción (con una fase de alegaciones y otra de prueba) previsto por la ley. Y de la posibilidad de recurrir el citado Auto de la Sala Segunda, dada la celeridad con la que se sustanció el incidente.

(7) De ese dato (el vínculo paterno-filial) los acusados deducían en el escrito de recusación la existencia de una relación personal del recusado con las autoridades del Ministerio del Interior, que quebraba la necesaria apariencia de imparcialidad, dado el interés del citado departamento en una sentencia condenatoria.

puestas violaciones de la presunción de inocencia y del principio de legalidad penal.

II. EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA EN MATERIA PENAL

En el último motivo de la demanda se invoca la violación del derecho a la doble instancia en materia penal, que se estima comprendido dentro del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. La violación vendría determinada por la imposibilidad de interponer recurso, dentro de la jurisdicción ordinaria, contra la Sentencia del TS, que fue dictada en primera y única instancia en razón del aforamiento de siete de los encausados, que eran miembros de los Parlamentos vasco y navarro.

La Sentencia se limita a reiterar la doctrina establecida en numerosas resoluciones anteriores, y que se resume en la idea de que la garantía que implica la instrucción y el enjuiciamiento de la causa por el más alto Tribunal en el orden penal, en virtud del fuero privilegiado de los parlamentarios, suple con creces la garantía que reclaman los recurrentes, esto es, la posibilidad de un recurso ante un órgano superior, que pueda dar lugar a una revisión de la decisión (8). Lo uno por lo otro. El privilegio objetivo que supone la atribución al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria, el más cualificado, de la competencia para conocer de todas las causas abiertas contra parlamentarios (art. 71.3 CE) tiene como contrapartida la imposibilidad de apelar la sentencia si son condenados, porque la Sala de lo Penal conoce en primera y única instancia, una circunstancia que les favorece lógicamente si resultan absueltos. El problema radica en que el fuero especial atrae a todos los encausados en un mismo sumario.

III. EL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

Dentro de este apartado de irregularidades procesales, los recurrentes denuncian también, al amparo de lo establecido en el artículo 24 CE, que consagra el derecho a un proceso con todas las garantías y a no padecer indefensión, la conculcación del derecho a un proceso justo ante un tribunal imparcial,

(8) Esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 7 del CEDH, aprobado en 1984, firmado por España en 1985 y pendiente de ratificación, que prevé que el principio general de la doble instancia penal «podrá ser objeto de excepciones [...] cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la jurisdicción más alta».

como consecuencia de las presiones ejercidas sobre el tribunal sentenciador por instancias políticas y mediáticas (9). Por un lado, las declaraciones efectuadas por responsables políticos y destacados miembros del Gobierno en relación con el proceso. Según los recurrentes, la prensa se hizo eco en diversas ocasiones de la campaña orquestada por el Gobierno en favor de una condena ejemplar, como una pieza más de la estrategia antiterrorista. Por otro, los rumores, impresiones e informaciones recogidas en diversos medios de comunicación en torno a la decisión que supuestamente adoptarían algunos de los Magistrados de la Sala Segunda al enjuiciar la causa. Estas manifestaciones vertidas a lo largo de la tramitación del proceso habrían generado un clima que, según los recurrentes, incidió en la capacidad del Tribunal para resolver con imparcialidad (10).

(9) El punto de partida de la argumentación de los recurrentes es la independencia de jueces y tribunales como garantía inherente a un sistema democrático basado en la división de poderes. En el ejercicio de su jurisdicción, los jueces están sometidos únicamente a la ley y no pueden verse afectados por las interferencias del poder ejecutivo. Si en un proceso penal el Estado es acusación por medio de la fiscalía y a su vez trata de influir en un sentido determinado sobre los jueces, el acusado se encontrará en una situación de desventaja, con la consiguiente privación de su derecho a un juicio con todas las garantías. Y se cita, en este sentido, la afirmación contenida en la STEDH de 17 de noviembre de 1970 en el asunto Delcourt: «no sólo debe hacerse justicia sino parecer que se hace».

(10) Este motivo, el segundo de la demanda, se sustenta en una prolija relación de manifestaciones concretas del poder ejecutivo y pronunciamientos de los medios de comunicación, un poder social con una enorme capacidad de presión, que se habría encargado en este caso de preparar el estado de ánimo favorable a la condena, mediante el correspondiente juicio paralelo.

Entre las declaraciones formuladas por miembros del Ejecutivo sobre el procedimiento judicial en curso se considera ilustrativa la efectuada por el Presidente del Gobierno el 22 de julio de 1997 recordando la responsabilidad de todos (policía, jueces, fiscales...) en la lucha contra el terrorismo, expresando su confianza en que «se determinen en derecho las consecuencias legales que de la acción de la justicia esperamos todos los españoles» y reconociendo que a la estrategia de su Gobierno contra el terrorismo «contribuiría una sentencia ejemplar» contra la Mesa Nacional de HB. Algunas semanas antes, el 8 de mayo concretamente, el Ministro del Interior había afirmado que tenía «la certeza moral de que los cabecillas de HB merecen estar más de ocho años entre rejas». Por otra parte, el diario *El Mundo*, en su edición del 17 de septiembre, incluía la siguiente información: «Fuentes del ejecutivo consideran más que probable que los dirigentes de HB sean condenados a una pena entre cinco y seis años. Según algunas fuentes, dos de los Magistrados que presidirían la vista podrían ser supuestamente proclives a la condena, mientras que otro mantiene sus dudas». Poco después, la revista *Tiempo* recogía en su número del 6 de octubre esta noticia: «El Gobierno quiere una condena de cinco años para los integrantes de la Mesa Nacional de HB». Se indicaba a continuación que «los mensajes lanzados desde el Gobierno al tribunal forman parte de esa estrategia» y que «este mismo mensaje ha sido reiterado en público, e incluso en privado, por altos cargos de Interior a miembros de la judicatura... que han reclamado que no se presione al tribunal». Finalmente, se aventuraba el sentido del voto de dos de los magistrados: «Las fuentes ju-

De hecho, la defensa de los acusados planteó esta cuestión al inicio de la vista y solicitó su aplazamiento hasta que se dieran las circunstancias de normalidad que permitiesen un juicio justo. La Sala denegó esa petición mediante Auto de 18 de octubre de 1997, una resolución en la que, saliendo al paso de las insinuaciones de los recurrentes, quiso dejar claro que no se había sentido inquietada ni perturbada en su independencia en el curso del proceso y no había perdido en ningún momento la serenidad de ánimo necesaria para poder juzgar con la debida ecuanimidad.

La Sentencia reproduce algunas afirmaciones contenidas en el ATC 195/1991, de 26 de junio, que es prácticamente el único precedente que puede invocarse en esta materia. La Constitución, dijo entonces el Tribunal, «brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal», prejuzgando el fallo y perjudicando a quienes se presenta como presuntos culpables. Se trata de conjurar así el riesgo de que «la función de los tribunales pueda verse usurpada si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de sentencia o si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación». La protección frente a este tipo de declaraciones y juicios paralelos no responde únicamente a la necesidad de salvaguardar el prestigio de los tribunales, su respetabilidad, sino también al hecho de que esas declaraciones y juicios sobre procesos en curso, especialmente cuando proceden de los titulares de otros poderes públicos, pueden llegar a menoscabar la apariencia de imparcialidad de los jueces y tribunales, una garantía esencial porque «sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional» (STC 60/1995, de 13 de febrero).

No cabe duda de que esas presiones o la simple publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden mediatizar la decisión de los jueces. Y si nos atenemos a la jurisprudencia del TEDH no hace falta probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa para estimar infringido el derecho a un proceso con todas las garantías. Basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar. Dicho de otro modo, no se trata de probar que el juez efectivamente ha dejado de ser imparcial, sino de examinar si la información divulgada ha podido provocar, objetivamente, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado en el ánimo del juez (11).

diciales consultadas sostienen que dos de los miembros del tribunal (y se cita expresamente a los Sres. De Vega y Montero)... se inclinan por la condena tras un estudio detallado de la causa».

(11) Es verdad que el TEDH ha justificado determinadas restricciones en el ejercicio de la libertad de expresión para salvaguardar la autoridad e imparcialidad del poder judicial, en

En este caso, explica la Sentencia, nos encontramos con declaraciones realizadas por determinadas autoridades que no van más allá de la expresión de una opinión o un deseo en relación con el fallo y algunas especulaciones y predicciones acerca del sentido del voto de los magistrados. Son manifestaciones aisladas e inocuas, oportunamente contestadas desde otros sectores, que no llegan a menoscabar la imparcialidad subjetiva y objetiva de la Sala Segunda del TS ni son capaces de propiciar un clamor popular en favor de la condena o la absolución de los encausados, que pudiera poner en entredicho la necesaria seriedad del TS o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores. El proceso despertó lógicamente un gran interés en la opinión pública, pero no hubo juicio paralelo, sino un debate desarrollado con la debida moderación.

IV. LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y EL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS

Dentro del capítulo de presuntas vulneraciones de derechos sustantivos, los recurrentes alegan que el comportamiento sancionado penalmente está amparado por las libertades de expresión e información, por la libertad ideológica y por el derecho a participar en los asuntos públicos, que habrían sido infringidos por la Sentencia condenatoria. Como bien se sabe, el ejercicio lícito de estos derechos operaría como causa de justificación, excluyendo la existencia de responsabilidad penal.

a) Los recurrentes denuncian, en primer lugar, que han sido condenados por su decisión de difundir durante la campaña electoral una información veraz sobre un hecho de indudable interés general, como es la propuesta de la organi-

aquellos supuestos en los que las informaciones y declaraciones intenten llevar al público a la conclusión de que los acusados son culpables, sobre todo cuando se emiten en términos tan absolutos que apenas dejan margen para una posible absolución. Pero esa protección frente a los juicios paralelos encuentra un contrapeso o límite externo en las libertades de expresión e información. La garantía de una opinión pública libre debe operar también en el ámbito de la Administración de Justicia. Los tribunales no operan en el vacío, actúan en un determinado contexto. Como es natural, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal pueden dar lugar a comentarios o debates en los medios de comunicación. Más aún, el público tiene derecho, *ex artículo 20.1.d) CE*, a recibir información sobre los procesos judiciales, en especial cuando conciernen a personas públicas (como los dirigentes de una formación política), y a formarse su propia opinión al respecto. No se pueden sustraer del debate público los asuntos pendientes ante los tribunales.

zación ETA para lograr el final de la violencia en el País Vasco (12). Afirman que, en su condición de dirigentes políticos, se han limitado a transmitir a los ciudadanos la llamada Alternativa Democrática, a informar sobre lo que otros dicen o proponen, contribuyendo así a la formación de una opinión pública libre (13).

Lo que los recurrentes pretenden es buscar cobijo en la doctrina jurisprudencial del «reportaje neutral», que ampara como información veraz la fiel reproducción, sin manipulaciones, de las manifestaciones realizadas por un tercero, siempre que el medio de comunicación mantenga las distancias y no las asuma como propias. Aun admitiendo que esta doctrina, elaborada con el propósito de eximir de responsabilidad a los profesionales de los medios de comunicación, sea aplicable fuera de ese círculo, es evidente que los dirigentes condenados no se han limitado a dar traslado, a transmitir asépticamente una información que, por cierto, no era novedosa.

Como se dice en la Sentencia, la difusión del mensaje deja de ser neutral cuando quien lo trasmite lo utiliza para pedir el voto, para captar sufragios, o para recabar, al menos, la adhesión de los ciudadanos a ese mensaje. En este caso, el trasmite hace suyo el contenido del mensaje y se esfuerza por propagarlo. No actúa movido por el afán de prestar un servicio desinteresado a la sociedad vasca, transmitiendo opiniones ajenas para enriquecer el debate político (*animus informandi*). Los mensajes de HB y ETA se mezclan, se confun-

(12) Los demandantes de amparo entienden que se les ha condenado por ejercer las libertades de expresión e información (se invocan las dos) dentro de los parámetros constitucionales. Recuerdan el valor preferente de estas libertades que prevalecen incluso sobre bienes o intereses penalmente protegidos. Y apelan además al derecho de los ciudadanos a recibir información [artículo 20.1.d) CE], «a contar con una amplia y adecuada información, en cuanto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos» (STC 159/1986). En este caso, explican los recurrentes, el acuerdo de difundir el video en los espacios electorales de las televisiones públicas recae sobre un asunto de interés general: existe dentro del Estado español una situación de confrontación violenta y en el debate político sobre la vía eficaz para lograr el final de dicha violencia se defienden diferentes soluciones: la solución policial, la solución política (la vía de la negociación, con o sin condiciones previas) y la mixta, que combina las dos anteriores. En la propia demanda se reconoce que «cada una de estas posiciones, con diversas matizaciones, se halla respaldada por determinados partidos, organizaciones cívicas o sociales y personalidades, que las defienden, dentro de la más absoluta legalidad, en controversia pública, abierta y plural». El ciudadano tiene derecho a conocer el punto de vista de todas las partes para formarse así una opinión fundada.

(13) Según los recurrentes, el acto enjuiciado, de haberse consumado, habría consistido en informar sobre un hecho: la propuesta de ETA para poner fin a su actividad violenta. La información cumple el requisito de veracidad porque no hace otra cosa que poner al alcance de la opinión pública esa propuesta. Y se preguntan si hay cesión de un espacio a ETA cuando se entrevista a un representante de esta organización o se publica uno de sus comunicados.

den en los vídeos y en la cinta. Así, en el spot electoral, HB no sólo no se distancia o desvincula del contenido del mensaje en la breve presentación del vídeo, sino que inserta en la parte inferior de la pantalla, durante los dos minutos, un cartel que dice «vota HB».

En su extenso Voto Particular, el Magistrado Jiménez de Parga examina más a fondo la actitud adoptada por los recurrentes en relación con el mensaje que dicen transmitir. El objetivo de esa indagación es comprobar si su actuación, considerada en su conjunto, propiciaba objetivamente la propagación de ideas u opiniones favorables a la causa terrorista, revistiéndola de legitimidad, o si, por el contrario, su intento de informar estaba presidido por la buena fe. Para este Magistrado, mientras que un periodista está en condiciones de desmarcarse de aquello que difunde (una entrevista con los portavoces de un grupo terrorista, por ejemplo), esa neutralidad es inconcebible en los dirigentes de una formación política cuando transmiten lo que otros dicen en un espacio electoral y, en ese mensaje, esos «otros» piden el voto para dicha agrupación. La complicidad política es evidente.

Los condenados, añade Jiménez de Parga, podían haberse desvinculado al menos del ingrediente conminatorio del mensaje de ETA, pero en ningún momento marcan la debida distancia respecto de ese contenido intimidatorio. En la introducción al spot electoral tuvieron la oportunidad de hacerlo, pero hicieron justamente lo contrario. Después de afirmar que HB cede la palabra a los que realmente ofrecen una alternativa de paz, la voz en off define las actuaciones terroristas como «manifestaciones violentas» de un conflicto político, como si fuesen emanaciones naturales e inevitables del supuesto conflicto de fondo. Se asumen íntegramente, sin reservas, los postulados del grupo armado (y toda su parafernalia de capuchas y anagramas) y el contexto en el que tienen lugar los hechos no hace sino confirmar esa impresión.

b) Despejada la incógnita de una posible exculpación en virtud de la doctrina del «reportaje neutral», la sentencia aborda el análisis del contenido del mensaje. Los demandantes niegan el carácter intimidatorio o coactivo del mensaje difundido, que consideran netamente político. Y consideran irrazonable, en particular, el significado atribuido a la ostensible presencia de armas en los vídeos. La sentencia recurrida puso un especial énfasis en la amenaza de violencia que latía en el mensaje «visual», en las imágenes (tres pistolas encima de la mesa, en el spot, y armas en la cintura de dos de los encapuchados, en el vídeo largo), minusvalorando, a mi modo de ver, la formulación explícitamente conminatoria del propio texto (14). Las armas refuerzan sin duda ese as-

(14) La Sala da a entender que el contenido de la propuesta de ETA no es punible. Es la forma de presentar esa propuesta, el «sobreañadido que las imágenes comportan», la presencia de

pecto (su presencia no es inocua ni accidental, como afirman los recurrentes), pero nada habría cambiado, creo yo, si se hubiesen ocultado las armas: con ellas o sin ellas, la amenaza para los «insumisos» se desprende del texto y de la nefasta trayectoria de la organización.

Para la Sala 2.^a del TS, la deliberada exhibición de armas dejaba bien claro un mensaje «alternativo»: o se aceptan nuestras propuestas o aquí están nuestros instrumentos de presión, de confrontación y negociación, nuestros «contendientes argumentos», para imponer nuestros designios por la fuerza. Esa es la alternativa a la Alternativa. No se trata, en realidad, de una propuesta de paz (¿es una propuesta de paz el ultimátum de una organización que establece sus condiciones para liberar a la persona que tiene secuestrada?). Todo lo contrario, en lugar de renunciar de forma definitiva e incondicional a la violencia, se insiste desde una posición de prepotencia en el discurso de siempre, intrínsecamente antidemocrático: la lucha armada (y la consiguiente socialización del dolor, eufemismo que han empleado a veces) sólo cesará en el momento en que se cumplan nuestras condiciones. La trampa estriba en que los mismos que prenden el fuego se ofrecen para apagarlo.

Mediante la cesión de los espacios electorales, que se ponen al servicio de la propaganda de ETA, se han traspasado las fronteras del debate político, porque en ese gesto hay algo más que una simple coincidencia con determinadas reivindicaciones políticas. Lo que se asume y se promueve, sin reserva alguna, inequívocamente, es la metodología terrorista, su *modus operandi*, el recurso a la violencia como medio para alcanzar objetivos políticos, que son perfectamente legítimos. Los acusados, se lee en la sentencia impugnada, «cedieron a ETA mucho más que la voz y la palabra». Prestaron su incondicional apoyo a una organización criminal que se propone dominar por el terror a la sociedad. Con la cesión de los espacios electorales y su efecto propagandístico, se busca y se consigue favorecer las actividades del grupo terrorista. El TS llegó, pues, a la conclusión de que la conducta enjuiciada no estaba amparada por la libertad de expresión e información y podía ser objeto, por tanto, de una sanción penal (15).

las armas como elemento definidor de la estrategia coactiva propia de la organización, el factor que se considera relevante en orden a la incriminación de la conducta. La inclusión premeditada de las armas dentro del mensaje supone la aceptación por el emisor de la dinámica operativa de la banda, de los métodos terroristas como medio para arrancar concesiones políticas. ETA recuerda a todos que es una organización armada, y no una simple organización política que somete al veredicto de las urnas un determinado proyecto o programa.

(15) Lo que se castiga no es tanto la difusión del contenido de la propuesta de ETA (HB ya tomó en mayo de 1995 la decisión de difundir de manera activa ese contenido y desarrolló

Y a esa misma conclusión llegan la STC 136/1999 y los Votos Particulares. Dejando a un lado la reflexión de la mayoría sobre la dudosa eficacia de las amenazas en el ámbito de los procesos electorales (16), la Sentencia valora la virtualidad amenazante de los mensajes contenidos en la cinta magnetofónica y en los dos vídeos y aprecia elementos intimidatorios en todos ellos, aunque en diferente grado.

En la cinta, se informa, antes de pedir el voto, de la voluntad de ETA de cesar en su actividad armada cuando se consigan y garanticen los objetivos fijados en la Alternativa Democrática mediante un acuerdo político, y ese anuncio puede producir claros efectos intimidatorios sobre los electores, porque se intenta llevar al ánimo de éstos la idea de que el fin de la lucha armada depende indirectamente del voto a HB. En cuanto al spot electoral, es evidente que de la conjunción del mensaje oral y el visual se desprende una amenaza dirigida a los poderes públicos y a los ciudadanos para que acepten los planteamientos de la propuesta si no quieren seguir sufriendo las consecuencias de la violencia terrorista. Es una amenaza difusa, pero creíble, que afecta bienes tan importantes como la vida o la integridad física o la libertad para expresarse públicamente. A las condiciones impuestas para dejar de matar hay que añadir la «impactante» presencia de las armas, que ratifica el significado conminatorio. Finalmente, en la videocinta larga, las armas tienen menor protagonismo y el mensaje no se dirige a los electores en general, pero su estructura es prácticamente idéntica: se ofrece un alto en fuego si se aceptan sus propuestas (17).

múltiples actividades en aplicación de ese acuerdo, que no se ha considerado delictivo) como el gesto de complicidad y connivencia que supone la cesión de los espacios electorales. La diferencia es sutil (demasiado tal vez). En todo caso, el objetivo de la difusión de la AD se habría podido conseguir sin necesidad de ceder la palabra a ETA: para HB «era perfectamente posible y legal proponer en dicho espacio y por sí misma tal planteamiento como fórmula política o como parte de su programa electoral» (FD 18.º de la Sentencia impugnada). La idea de que con la sentencia se intentaba criminalizar el discurso político nacionalista o independentista es sencillamente ridícula. Lo que se castiga no es la defensa (por la propia HB incluso) de una ideología o un proyecto político, por muy radical que sea, sino la pretensión de imponer ese proyecto por la fuerza.

(16) Se dice en la sentencia que sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio. El problema puede plantearse, sin embargo, en las próximas convocatorias electorales, a raíz del llamamiento a la abstención de EH de cara a las elecciones generales que se celebrarán el 12 de marzo de 2000.

(17) Esta interpretación contrasta con la mantenida por los recurrentes en su demanda de amparo. Para éstos, cuando se ofrece la paz no se puede considerar que se está amenazando, por-

c) Complementariamente, los recurrentes sostienen en su demanda que la libertad de expresión e información que la Constitución les reconoce habría sido conculcada también al sancionarse su ejercicio mediante la imposición de una condena que no estaba prevista por la ley con la necesaria certeza y previsibilidad, que no constituía una medida necesaria en una sociedad democrática y que resultaba desproporcionada o excesiva en relación con los fines perseguidos por dicha medida.

Esta alegación se funda directamente en el tenor literal del artículo 10.2 del CEDH, que admite la posibilidad de que el ejercicio de la libertad de expresión se someta a ciertas condiciones, restricciones o sanciones «previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito...». Pues bien, la respuesta a esta triple denuncia se subsume prácticamente en la argumentación que el TC utiliza para rebatir otras imputaciones, como la supuesta vulneración del principio de legalidad penal.

No me resisto a transcribir un párrafo del Voto Particular de Viver en el que se da cumplida y rotunda réplica a la tesis de la innecesariedad de la sanción penal en una sociedad democrática: «La protección de bienes tan relevantes como la vida, la integridad de las personas y del propio modelo de convivencia que la sociedad se ha dado frente a comportamientos de peculiar agresividad y peligrosidad, como son los terroristas, puede legitimar la opción del legislador de recurrir a tipos penales de mera actividad como el aquí enjuiciado...».

d) En cuanto a la pretendida violación de la libertad ideológica y el derecho a participar en los asuntos públicos, la Sentencia constata que, en este caso, la alegación relativa a la libertad ideológica carece de una fundamentación autónoma, diferente de la desplegada para sostener la infracción de las libertades consagradas en el artículo 20 CE. Y por las mismas razones, se impone la conclusión de que la conducta sancionada no era, en rigor, una manifestación lícita

que la situación de violencia es ya algo real y preexistente. Lo único que se añade, sobre la violencia que ya existe, es una posibilidad de que desaparezca. ETA desea transmitir directamente su opinión, sus reflexiones, a la sociedad vasca. No existe base probatoria para deducir, como hace la Sentencia, que, de no aceptarse la propuesta de ETA, esta organización seguirá matando. No hay, por tanto, incompatibilidad alguna con una propuesta de paz. Si esto es delictivo, prosigue la demanda, «lo será cualquier propuesta que busque el final de la violencia, por vía de negociación, en cualquier lugar del mundo, salvo en un sólo supuesto, cuando en esa alternativa se plantee la renuncia previa e incondicional a las armas». Este es justamente el meollo del problema: ETA estaría dispuesta a dejar las armas, pero se arroga una legitimidad que no tiene para exigir a cambio determinadas contrapartidas políticas. Los responsables de la violencia se presentan como constructores de la paz.

de la libertad ideológica, que nuestra Constitución garantiza con la mayor amplitud. En contra de lo que afirman los recurrentes, la Sentencia impugnada, al castigar una conducta de colaboración con banda armada, no excluye ninguna opción política del debate público. Se reprimen comportamientos delictivos, no ideas.

Por otra parte, es evidente la interrelación entre el derecho reconocido en el artículo 23.1 CE y las libertades de expresión e información, que alcanzan en el marco de la controversia política, y más aún en el contexto de una campaña electoral, su máximo nivel exculpatario y una especial resistencia o inmunidad a las restricciones. Pero una cosa es que su función como instrumento de los derechos de participación política potencie al máximo el valor preferente de la libertad de expresión, de modo que los actores políticos tengan la posibilidad de ofrecer a los ciudadanos, sin interferencias, los análisis de la realidad y las propuestas para transformarla que consideren oportunas, y otra muy distinta pensar que la campaña electoral otorga una suerte de patente de corso a los dirigentes políticos para romper incluso las reglas del juego propias de una democracia pluralista. Los mensajes que incorporan amenazas o intimidaciones con el objetivo de desmovilizar a quienes no aceptan los dictados de ETA no contribuyen precisamente a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre. Inhiben más bien la participación política.

Es verdad que el TEDH viene exigiendo un control muy estricto de las injerencias en la libertad de expresión de los miembros y dirigentes de los partidos políticos de la oposición. Y que en los procesos electorales o de adopción de decisiones políticas debe garantizarse la máxima libertad para que los individuos y los grupos puedan hacer llegar a los electores todo tipo de opiniones e informaciones, para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos. Pero, por esa misma razón, hay que mantener una especial cautela respecto de todo aquello que pueda limitar la libertad de opción de los ciudadanos.

V. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El siguiente bloque de alegaciones gira en torno a la presunta infracción del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia, en conexión con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). En la demanda, que reprocha a la resolución impugnada la inclusión en el relato fáctico de afirmaciones sin el más mínimo soporte proba-

torio (18), se sostiene que no hay pruebas que determinen más allá de toda duda la autoría del delito por los 23 condenados y que el silencio del acusado sólo puede ser considerado como un indicio inculpatario cuando ya existe una prueba objetiva de cargo, una evidencia en su contra. En este caso, denuncian los recurrentes, el tribunal *a quo* consideró los silencios y las declaraciones de los acusados como indicios suficientes para fundar su condena, a pesar de la ausencia de evidencias objetivas.

De la falta de credibilidad de tales declaraciones se podrá deducir, admiten los demandantes, que la decisión de ceder los espacios electorales no fue tomada por el Sr. San Pedro, responsable entonces del Area de Comunicación de HB, pero no la participación de todos los miembros de la Mesa Nacional en la reunión de 5 de febrero de 1996 y mucho menos el sentido de su voto (19). De las normas estatutarias que atribuyen las competencias ejecutivas dentro de HB a un órgano colegiado, la Mesa Nacional, no se puede extraer tampoco la conclusión de que todos sus componentes intervienen en todos y cada uno de los acuerdos que adopta. En todo caso, aun aceptando la existencia de algunos indicios, de ellos no se podía inferir, en los términos exigidos por la jurisprudencia del TC, que los 23 acusados asistieron y participaron en la adopción de la decisión que se reputa delictiva. El TS ni siquiera explicita el hilo conductor, el razonamiento lógico que siguió para llegar a esa conclusión.

(18) Según los recurrentes, no es cierto que ETA hiciera llegar unos vídeos a HB ante la proximidad de las elecciones generales. ETA remitió las cintas por correo para su utilización y difusión en la forma que HB tuviera por conveniente, sin hacer referencia alguna a la inminente campaña electoral y sin recabar su colaboración. No hubo contactos previos y HB no intervino de ninguna forma en su elaboración. Es más, ETA facilitó también esos vídeos a otros agentes sociales del País Vasco y muchas de estas organizaciones no concurrían a las elecciones. No es cierto que la Mesa Nacional acordase ceder los espacios electorales de las televisiones públicas a ETA, ordenando a tal efecto la emisión del vídeo corto como spot electoral. Lo que decidió la Mesa Nacional en su reunión del 5 de febrero de 1996 fue ofrecer los vídeos en las presentaciones de la Alternativa Democrática que iban a realizarse en los próximos días, y ese es el acuerdo que se recoge en el comunicado que se hizo público el mismo día. Y no se ajusta tampoco a la verdad la imputación de que esta cesión se realizó ante la imposibilidad de que ETA pudiera disponer de espacios electorales. No se ha practicado ninguna prueba, ni directa ni indiciaria o circunstancial, que permita sostener estas y otras suposiciones.

(19) En el apartado B) de los hechos probados se incluye la frase «en una reunión a la que todos asistieron», pero, en opinión de los recurrentes, esa afirmación de la Sala Segunda del TS no se sustenta en prueba alguna. Tampoco se ha probado la existencia de un acuerdo de la Mesa Nacional en relación con la utilización, el diseño o el contenido de los spots electorales. La demanda recuerda que «es comportamiento normal del Area de Comunicación elaborar las cuñas televisivas y radiofónicas, y esto se hace dentro de los parámetros políticos fijados para la campaña, y con la propia autonomía de un área técnica».

En su Sentencia, el TC, que otorga el amparo por infracción del artículo 25.1 CE, no entra a examinar la consistencia de esta alegación, pero los Votos Particulares de C. Viver y M. Jiménez de Parga sí abordan esta cuestión y lo hacen además de forma diametralmente opuesta.

En el Voto concurrente que formula Viver y al que se adhieren otros cuatro Magistrados, se afirma que la Sentencia debería haber estimado el recurso por este motivo, por la vulneración de la presunción de inocencia, y se defiende esa tesis de una forma que resulta, a mi juicio, convincente. Viver comienza recordando la abundante y consolidada doctrina del TC en esta materia, que responde a la idea de que para condenar a una persona no basta la íntima convicción del juez, sino que se requiere la existencia de pruebas de cargo concluyentes que sustenten y avalen esa convicción. Dicho de otro modo, la presunción de inocencia, como premisa de la que es necesario partir inexcusablemente, significa que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por las pruebas aportadas por la acusación. La culpabilidad ha de quedar establecida más allá de toda duda razonable tras un proceso celebrado con todas las garantías.

En este caso, los recurrentes no impugnan las pruebas practicadas por su ilicitud o la ausencia de garantías, sino que centran su denuncia en la insuficiencia del acervo probatorio para fundamentar algunos aspectos esenciales del relato fáctico. La acusación está obligada a aportar elementos de incriminación respecto de la existencia del hecho punible y respecto de la participación en él del acusado, sobre el que no recae en ningún caso la carga de probar su inocencia. Esta suficiencia habrá de ser racionalmente apreciada por el órgano judicial y explicada en la sentencia.

El problema se plantea cuando en un proceso penal la convicción judicial se forma sobre la base de una prueba de indicios, que no pretende probar un hecho directamente (a veces resulta imposible), sino de forma indirecta, a partir de otros hechos o datos plenamente acreditados (y no de simples probabilidades). En este tipo de prueba, que bajo ciertas condiciones es capaz de enervar la presunción de inocencia, el nexo o engarce entre el hecho base, demostrado mediante prueba directa, y el hecho consecuencia ha de ser coherente, lógico y racional. El hecho constitutivo de delito debe deducirse de esos indicios previamente probados a través de un proceso mental razonado, que se tiene que explicitar en la sentencia condenatoria (20). La inferencia no será razonable

(20) La jurisprudencia viene exigiendo «un riguroso examen del verdadero significado de cada hecho básico, evitando que las simples conjeturas o sospechas puedan elevarse indebidamente a verdaderos indicios» (STS de 14 de junio de 1996).

cuando el indicio excluye el hecho que del mismo se hace derivar, cuando no conduce a él, o cuando conduce a él, pero de un modo no concluyente, por excesivamente abierto o indeterminado. No es concluyente, por ejemplo, la inferencia que conduce a atribuir a una persona la participación en un hecho punible a partir únicamente de la constatación de que tuvo ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión (21). Y tampoco lo es la inferencia que admite diversas conclusiones o interpretaciones alternativas, igualmente válidas o persuasivas (22).

(21) No hay en estos casos una base suficientemente firme para inferir la culpabilidad del acusado. En este aspecto, es bien ilustrativa la doctrina establecida en la STC 45/1997, de 11 de marzo, que estimó el recurso interpuesto contra la Sentencia que había considerado correcta la sanción pecuniaria impuesta por la Consellería de Pesca de la Xunta de Galicia al demandante de amparo por extraer percebes con equipo autónomo de submarinismo en las islas Cíes, una infracción grave tipificada en el artículo 6 de la Ley autonómica 6/1991. El recurrente alegaba que tal imputación se fundaba únicamente en el testimonio de los denunciantes, miembros de una Comisión de seguimiento de la Cofradía de Cangas, que habían localizado la embarcación de su propiedad en las citadas islas con una mujer a bordo y dos submarinistas en el fondo del mar cogiendo percebes. El citado testimonio era insuficiente, a su juicio, para destruir su derecho a la presunción de inocencia, puesto que no se había acreditado la realidad del hecho imputado (la captura de percebes), ni se había probado fehacientemente su participación. En la resolución judicial impugnada se afirmaba literalmente que «si la embarcación pertenece al recurrente y no ha dicho aún, ni en el expediente, ni en este proceso, que el día y hora de autos la estuviese usando persona distinta a él, la deducción que se impone no es contraria a la presunción de inocencia». La inferencia de responsabilidad se basaba, pues, en la confluencia de dos elementos: la propiedad de la embarcación y la negativa del sancionado a aportar dato alguno acerca de su no participación. Para el TC, que aplica su doctrina sobre la prueba indiciaria a este caso, «el testimonio de cargo de los denunciantes, identificando la embarcación, resulta insuficiente a los efectos de acreditar la autoría del hecho constitutivo de la infracción». Dicha autoría, ni se había demostrado mediante prueba directa (no hay constancia de la posible actividad probatoria desplegada por la Administración sancionadora en orden a la identificación del responsable de la infracción), ni podía deducirse lógicamente del único hecho probado, la titularidad de la embarcación, que no es aquí «el instrumento directo de la comisión del ilícito, como ocurre, por ejemplo, con los vehículos a motor en las infracciones del tráfico vial» (la infracción se realiza desde la embarcación, pero no con ella).

(22) En la STC 157/1998, de 13 de julio, por ejemplo, el Tribunal otorgó el amparo solicitado por una persona que había sido condenada como autor de un delito contra la salud pública y otro de contrabando sin otra base probatoria que su presencia en el aeropuerto acompañando a una de las coimputadas, a la que esperaba fuera. Las otras dos personas condenadas no le implicaron en ningún momento en sus declaraciones y no se aportaron otras pruebas que acreditaran directamente su participación en la operación o el conocimiento, al menos, de la misma. Sin embargo, las sentencias recurridas consideraron desvirtuada la presunción de inocencia por una prueba de cargo suficiente basada en los indicios que se acaban de señalar. El TC reconoce la legitimidad de la prueba de indicios o presunciones, pero recuerda que ha de reunir ciertos requisitos para que pueda considerarse prueba de cargo. En este caso, no se podía deducir de tales indicios la participación del recurrente en los hechos. No existía un enlace lógico, preciso y directo entre el dato de su pre-

Viver admite que el control de la fundamentación de las inferencias o deducciones efectuadas por los tribunales ordinarios debe ser muy cauteloso, y siempre desde una perspectiva limitada y externa, porque son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo del contenido de la actividad probatoria, que incluye factores derivados de la inmediatez, inaccesibles para el TC. A este no le corresponde, pues, la función de valorar la prueba y cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, pero sí puede y debe verificar que los indicios de los que se parte estén plenamente probados y que el razonamiento que conduce de esos hechos base a los constitutivos de delito no sea irrazonable, manifiestamente arbitrario o excesivamente abierto.

En el caso que nos ocupa, la actividad probatoria del tribunal *a quo* presenta un flanco vulnerable: la individualización de la participación de las personas inculpadas. Porque el que haya podido probarse que la actividad delictiva partió de la Mesa Nacional de HB no implica que haya quedado probada la responsabilidad penal (que es siempre personal e intransferible) de todos y cada uno de los condenados. Otra cosa es la responsabilidad política. La Sala Segunda del TS, después de rebatir la inverosímil versión alternativa proporcionada por la defensa y consistente en que la decisión de elaborar y remitir el material de propaganda electoral correspondía exclusivamente al responsable del Área de Comunicación, fallecido antes del juicio oral, llegó razonablemente a la conclusión de que la conducta punible era imputable genéricamente al órgano ejecutivo de HB (23). Pero no aportó pruebas de cargo suficientes para condenar a todos y cada uno de los recurrentes.

sencia en el aeropuerto y la certeza de su intervención. De ahí que estimase el recurso y declarase la nulidad parcial de las resoluciones judiciales por vulneración de la presunción de inocencia.

Sin embargo, la STS de 30 de mayo de 1998 consideró que los indicios aportados conducían razonablemente a la convicción de que el acusado intervino en el hecho delictivo (tráfico de drogas). Los indicios que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora fueron los siguientes: el hallazgo en poder del recurrente de 13.000 pesetas, una suma insólita e injustificada para un recluso, el hecho de que en un registro practicado el día anterior no se le hubiera ocupado cantidad alguna, su reacción durante el posterior registro de su celda, al comprobar que habían descubierto el lugar donde ocultaba la droga (dos gramos de heroína, una cantidad suficiente para elaborar varias dosis y distribuir las en papelinas) y la circunstancia de que el acusado no es drogodependiente o consumidor. De estos indicios dedujo el tribunal *a quo* que el dinero procedía de la venta de droga y que la heroína encontrada estaba destinada al tráfico. Pues bien, el TS entendió que no había motivos para poner en duda la valoración efectuada por el tribunal de instancia: el proceso lógico-deductivo tiene su origen en varios indicios coincidentes, perfectamente acreditados por prueba directa y de naturaleza netamente inculpatoria.

(23) Se basó para ello en las propias videocintas, en los comunicados y notas emitidas por la Mesa Nacional, en las declaraciones de los recurrentes y en los estatutos de HB, una formación

En este sentido, lo primero que debe advertirse es que la Sala sentenciadora fundamentó la culpabilidad de los 23 recurrentes en la asistencia de todos ellos a la reunión ordinaria antes citada en la que se adoptaron los acuerdos objeto de sanción. Siendo así, resulta obligado comprobar si en dicha sentencia existen elementos probatorios suficientes de la presencia en esa reunión de cada uno de los miembros de la Mesa.

Pues bien, la lectura de la Sentencia impugnada revela que el paso de la atribución colectiva del hecho a la Mesa Nacional a la atribución individual se da como resultado de la valoración conjunta de 4 hechos que la Sala considera indicios suficientes de su asistencia. Aunque, en mi opinión, que coincide con la expresada en este VP, ninguno de ellos, global o aisladamente considerados, permite probar esa presencia. La inferencia descrita en la Sentencia no es absurda o descabellada, pero resulta excesivamente abierta puesto que admite con facilidad conclusiones distintas (contrapuestas incluso). No cabe descartar, al menos, una interpretación alternativa (exculpatoria, en este caso).

Veamos con un poco más de detenimiento cuáles son estos hechos. En primer lugar, su condición de miembros de la Mesa Nacional. No hace falta esforzarse mucho para demostrar que el hecho de ser miembro de un órgano colegiado no es indicio suficiente para acreditar la presencia en todas las reuniones que celebre dicho órgano o deducir el voto favorable a todos los acuerdos. Esa presunción de asistencia carece de fundamento. La experiencia nos enseña que en la actualidad lo habitual es que a una reunión a la que deben acudir 25 personas falten algunas de ellas y los acuerdos que adopte un colectivo tan amplio sean por mayoría y no por unanimidad. Inferir de la pertenencia a un órgano la participación efectiva en todas sus reuniones y decisiones y atribuir sin más a todos sus miembros la responsabilidad penal derivada de las decisiones adoptadas por ese órgano equivale, en rigor, a incriminar a los miembros de un colectivo por el mero hecho de serlo. Viver recuerda que en el ámbito penal (a diferencia de lo que sucede en otros sectores del ordenamiento) no caben responsabilidades colectivas (de carácter objetivo) ni inversiones de la carga de la prueba. El principio de culpabilidad exige que la imposición a alguien de una pena venga precedida por una imputación personal de la conducta tipificada como delito.

En segundo lugar, el contenido del comunicado emitido el 20 de febrero, cuando las diligencias judiciales ya se habían iniciado, en cuya virtud la Mesa

política que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los partidos, no cuenta con un secretario o coordinador general, sino que encomienda las funciones directivas y ejecutivas a un órgano colegiado, la Mesa Nacional.

Nacional asume de modo colectivo todas las consecuencias represivas, penales o policiales, derivadas de los acuerdos en cuestión. Si bien se mira, este documento está lejos de ser una confesión de culpabilidad. Se habla de asumir las consecuencias, no de reconocer la participación en los hechos imputados. Y además de un modo colectivo o solidario, no individualizado. Estamos más bien ante una forma de protesta o reivindicación bien conocida que consiste en oponerse a la criminalización de ciertos comportamientos mediante la «autoinculpación» en solidaridad con quienes aparecen como imputados en un procedimiento penal. Estas manifestaciones de apoyo no generan por sí mismas responsabilidad penal por el delito autoatribuido (excepto si se incurre en apología del delito).

El tercer dato en que se apoya el TS es el contenido de las declaraciones de los recurrentes. Se destaca el hecho de que ninguno de los acusados negó su presencia en la reunión. Todos ellos se limitaron a afirmar que a esa reunión «faltaron cinco» de los miembros de la Mesa, sin especificar quiénes fueron los ausentes. Para la Sala sentenciadora era suficiente: «de la respuesta lineal y uniforme («faltaron cinco») manifestada por todos los inculpados puede deducirse que todos los que la han utilizado estaban presentes en la reunión..., pues si no fuera así alguno hubiera dicho «faltamos cinco», para evidenciar que entre los ausentes estaba el declarante» (24). En cuanto al respaldo que obtuvo el acuerdo, pese a la afirmación del Sr. Araiz de que se llevaba un libro de actas de las reuniones de la Mesa, no hubo la menor acreditación sobre la existencia de votos disidentes. No hay constancia, pues, del resultado de la votación (si es que la hubo) (25).

La Sentencia impugnada insiste en la falta de credibilidad y verosimilitud de las declaraciones, sospechosamente coincidentes, de los acusados, que respondían sin duda a una estrategia defensiva previamente diseñada. El objetivo de esta estrategia pactada era evitar la autoincriminación o la incriminación de los compañeros. De ahí que no puedan extraerse consecuencias de unas declaraciones tan ambiguas y arbitrarias. Este argumento no parece muy sólido. Ni la «concisa unanimidad monosilábica», ni la imprecisión en las respuestas o la existencia de una estrategia defensiva son elementos que tengan por sí mismos, objetivamente, un alcance incriminador.

(24) La demanda puntualiza que, de acuerdo con el acta de la vista oral, las respuestas coinciden en la no presencia de todos los miembros, pero no hay unanimidad a la hora de cuantificar en cinco los ausentes. En todo caso, la deducción de la Sala «roza el terreno del absurdo». ¿Qué hubiera ocurrido si todos hubieran dicho «faltamos cinco»?

(25) Los acusados manifestaron que la decisión relativa a los vídeos no fue unánime y se adoptó por mayoría, pero no se tiene constancia de este extremo ni del número o la identidad de los miembros que votaron afirmativamente.

Finalmente, la resolución recurrida en amparo atribuía también al silencio de los acusados, a su falta de respuesta a las preguntas de la acusación, el valor de indicio de su participación en los hechos. Pero esa valoración no casa con un correcto entendimiento de la presunción de inocencia. Este derecho, recuerda Viver, reclama que la carga de la prueba no se desplace al acusado. Este no está obligado a aportar elementos de prueba contra sí mismo y su silencio no puede interpretarse como una prueba de culpabilidad. La falta de prueba de descargo (respecto de su presencia en la reunión y el sentido de su voto, en este caso) no equivale a una prueba de cargo. El órgano judicial puede tener en cuenta esa falta de descargo del acusado, pero no basta para condenar.

Hay que distinguir, por tanto, entre la lícita y necesaria valoración del silencio, cuando éste corrobora lo que ya está probado, y su ilícita utilización como único elemento de prueba. En la primera hipótesis, lo que cabe esperar del acusado es una explicación exculpatoria a la vista de las pruebas de cargo aportadas, de modo que su ausencia puede interpretarse como un reconocimiento de culpabilidad (26). En la segunda, se vulneran los derechos a la presunción de inocencia, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, enunciados expresamente en el artículo 24.2 CE como garantías instrumentales del derecho de defensa, en su dimensión pasiva.

Como ha precisado el propio TC, en un sistema penal no inquisitivo, basado en el principio acusatorio, el inculpado no tiene por qué demostrar su inocencia ni el hecho de que su versión de los hechos no sea convincente o creíble debe servir para considerarlo culpable (27). El imputado «puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses» (STC 197/1995, de 21 de diciembre). Por eso, no está obligado a decir la verdad, si ésta le perjudica, cuando presta declaración. Sería tanto como exigirle que facilitase o contribuyese a su propia incriminación.

La Sala sentenciadora comparte, como es natural, estas últimas reflexiones. Y en la propia Sentencia encontramos afirmaciones de ese mismo tenor, como la que recuerda que los acusados pueden guardar silencio, siendo suficiente «la mera negativa o pasividad» frente a la actividad probatoria de la acu-

(26) Cuando ya existe una prueba objetiva contra el inculpado, «su silencio, omitiendo dar convincentes explicaciones de su comportamiento, puede privar al tribunal de los elementos precisos para reinstaurar la presunción de inocencia que había desaparecido» (STS de 21 de junio de 1985).

(27) Véanse, entre otras, las SSTC 229/1988, de 1 de diciembre; y 24/1997, de 11 de febrero. El Tribunal ha recordado en diversas ocasiones que «la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible una *probatio diabolica* de los hechos negativos» (STC 123/1997, de 1 de julio).

sación (28). Pero se dice a renglón seguido que cuando existen evidencias objetivas contra ellos, que demandan claramente una explicación por su parte, el silencio o la omisión de explicaciones convincentes refuerza el peso de la acusación.

Esta es, en realidad, la cuestión a dilucidar: si la evidencia aducida por la acusación es lo suficientemente sólida como para requerir una respuesta. La Sentencia da por sentado que existían elementos probatorios de cargo que el silencio contribuía a corroborar. Y es en este punto en el que el Voto Particular de Viver se desmarca claramente de la Sentencia del TS. Para Viver no hay en este caso evidencias que permitan calificar el silencio de los acusados como la ratificación de su culpabilidad, como una *ficta confesio*. No hay prueba de cargo, ni directa ni indiciaria, en lo que concierne al menos a la participación individual de cada uno de los recurrentes en la adopción de la decisión de colaborar con ETA. Por esa razón, el TC debía haber otorgado el amparo por violación de la presunción de inocencia.

No puedo sino suscribir la conclusión a la que llega Viver. A lo largo del proceso, no se ha propuesto ni practicado prueba alguna tendente a demostrar de forma directa e irrefutable la presencia en la reunión de todos los integrantes de la Mesa Nacional. Tampoco se han aportado indicios sólidos que permitan deducir con claridad esa presencia. Y no existiendo evidencias incriminadoras cuya vehemencia o rotundidad justifique la exoneración de la obligación de probar la culpabilidad, la falta de explicaciones por parte de los acusados o la endeblez de sus coartadas no pueden considerarse «contraindicios» y no constituyen, por tanto, fundamento suficiente para condenar. El silencio no es una prueba de cargo, aunque la presunción de inocencia de los acusados se

(28) Recientemente, el Magistrado E. Bacigalupo abordaba en su Voto Particular a la STS (Penal) de 22 de junio de 1998 este problema. Y lo hacía en estos términos: «de la misma manera que no es posible deducir del silencio del acusado nada en su contra, la falta de verosimilitud de su versión exculpatoria no aporta absolutamente nada a la prueba de los hechos». Estos «deben resultar probados independientemente de la verosimilitud de la coartada del acusado». Dicho de otro modo, «la falta de prueba de la coartada o su inverosimilitud no constituyen la prueba del hecho negado, ni tampoco un supuesto «contraindicio», que pueda ser considerado junto con otros indicios positivos, cubriendo los vacíos lógicos o empíricos que presente la prueba indiciaria». Esta conclusión se funda en la comprobación de que «no toda coartada inverosímil significa por sí misma que el hecho alegado por la acusación sea real: la mentira del que se defiende no es en modo alguno prueba de la verdad de la acusación». De lo contrario, «se estaría reprimiendo procesalmente la elección errónea de una estrategia de defensa». En el caso de autos (robo con violencia de una tarjeta de crédito), «existían otras alternativas más favorables al acusado que se han descartado simplemente porque el acusado se negó y no ofreció explicación alguna acerca del motivo de la tenencia».

haya debilitado por la existencia de algunos indicios o sospechas (que determinaron en su día su procesamiento).

Es cierto que el relato fáctico de la sentencia impugnada es verosímil y que los acusados tenían a su alcance medios de acreditación documental contundentes para disipar cualquier duda como la aportación del libro de actas de las sesiones de la Mesa Nacional o la declaración del secretario. Pero no estaban obligados a probar su inasistencia a la reunión. Ni siquiera estaban obligados a declarar para eludir la responsabilidad penal. Y mucho menos a declarar contra sí mismos y confesar la autoría de los hechos imputados. A decir verdad, a ningún imputado se le puede reprochar jurídicamente que en sus declaraciones falte a la verdad. Tampoco se les podía exigir, con arreglo al principio acusatorio, que demostrasen su inocencia inculcando a sus propios compañeros (29). Era la acusación (pública o particular) la que, en lugar de confiar en la autoincriminación de los inculcados, tenía que haberse preocupado de aportar pruebas de cargo o de solicitar su práctica (30), para acreditar de forma concluyente la

(29) Sobre la posibilidad de imponer, con carácter excepcional, un deber de colaboración para el descubrimiento de la verdad, véanse las SSTC 103/1985, de 4 de octubre y 161/1997, de 2 de octubre, en relación con la obligación impuesta a los conductores de someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas. Y también el Voto Particular formulado a esta última Sentencia por el Magistrado Ruiz Vadillo, que insiste en la idea de que la presunción de inocencia «libera precisamente al acusado de probar su propia inocencia y, por tanto, le permite mantener una posición de pasividad».

Respecto de la obligación del titular del vehículo de comunicar a la Administración quién lo conducía al tiempo de producirse una supuesta infracción de tráfico, si no hubiera sido posible su identificación en el momento de formularse la denuncia, la STC 197/1995, de 21 de diciembre, llegó a la conclusión de que no resultaba excesiva, porque sin esa colaboración en la identificación del conductor, la intervención de los poderes públicos en el mantenimiento de la seguridad del tráfico se vería notablemente dificultada. Además, no cabe confundir el cumplimiento de esta obligación legal con «la obligación de autoconfesar conductas sancionables, ya que con tal requerimiento no se compele al propietario del vehículo a emitir una declaración admitiendo su culpabilidad ni presumiendo responsabilidades ajenas». En ausencia de esa dimensión autoincriminatoria, la pretendida vulneración del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo carece de consistencia.

(30) Podía haber reclamado el libro de actas, por ejemplo. La Sentencia del TS reconoce que la simple exhibición del citado libro hubiera podido acreditar la existencia de votos disidentes, pero señala —no alcanzo a comprender por qué razón— que esa exhibición es «sólo posible por voluntad de los acusados». La garantía de la presunción de inocencia no comprende la facultad de sustraerse a las diligencias de prueba que proponga la acusación. De todos modos, la identificación de los responsables corresponde ineludiblemente a la parte acusadora. La STC 45/1997, antes citada, descartó la existencia en estos casos de un deber de cooperación por parte de los inculcados: «tampoco la conducta del recurrente, negándose a colaborar con la Administración en la identificación del piloto de su barco en el momento de ocurrir los hechos... es suficiente para destruir la presunción de inocencia». No se puede hacer recaer sobre el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.

participación de cada uno de ellos en los hechos. Porque no basta con la convicción moral. Creo que en este punto se podía haber actuado con más diligencia.

La infracción de la presunción de inocencia alegada por los recurrentes y reconocida por los cinco Magistrados que suscribieron el Voto que se acaba de examinar, fue descartada por Jiménez de Parga en su correspondiente Voto Particular. Para este Magistrado, la determinación de la culpabilidad individual arranca de un indicio totalmente acreditado: que el delito existió y es imputable a la Mesa Nacional, de la que formaban parte todos los acusados. Lo que hace la Sentencia impugnada es corroborar ese indicio sobre la base del contraindicio que suponen las respuestas evasivas e inverosímiles de los acusados y la valoración de sus silencios, de la falta de explicaciones convincentes que por su posición debían dar ante la gravedad de las imputaciones y la intensidad de la prueba de cargo.

En su opinión, la Sala Segunda del TS razonó debidamente la participación de los recurrentes en la conducta delictiva, porque dedujo de los indicios unas consecuencias que no pueden calificarse de arbitrarias, irracionales o absurdas, respetando en todo momento los requisitos y límites de la prueba indiciaria. Y fundó su convicción en una valoración conjunta del acervo probatorio (31). En este caso, existían evidencias incriminatorias directas. No se puede decir, por tanto, que la condena se haya fundado exclusiva o sustancialmente en el silencio de los acusados o en su negativa a declarar, con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba. La condena trae causa de una prueba de cargo suficiente y valorada de forma coherente, sin inferencias débiles, indeterminadas o excesivamente abiertas. En consecuencia, la Sentencia recurrida no vulnera la presunción de inocencia y tampoco los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que los acusados no se han visto compelidos a prestar declaración en ningún momento (32).

(31) Este es un dato que no hay que perder de vista, según Jiménez de Parga. Porque la tarea del TC no es desmenuzar cada elemento probatorio, aislándolo de los demás, ni fragmentar el resultado de las pruebas practicadas. En el proceso penal, la prueba debe ser objeto de una valoración global por parte del órgano judicial, y esta apreciación, que compete exclusivamente al juzgador, no puede ser sustituida por la del TC.

(32) En esta misma línea, pero con más rotundidad si cabe, se ha manifestado el Magistrado R. Mendizábal («Epílogo para españoles», *Actualidad Administrativa*, Suplemento Especial, 1999, págs. 1.079-1.083). En su opinión, la atenta lectura de la STS, «cuyo contenido extenso, exhaustivo y minucioso no deja nada en el tintero, pone de manifiesto que la convicción acerca de la probanza de lo acaecido fue obtenida por la conjunción de una serie de circunstancias como elementos de juicio coherentemente trabados por un proceso lógico». Mendizábal recuerda que la Constitución «da la última palabra, en el plano de la legalidad, a los Jueces y Tribunales». Son éstos los que, en el ejercicio de la función privativa de juzgar, tienen que valorar «el acervo proba-

VI. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

A) *El principio de legalidad penal*

Vamos a analizar, por último, la alegación desarrollada en el motivo quinto de la demanda en torno al supuesto incumplimiento de las exigencias propias del principio de legalidad penal, que dará pie a la estimación del recurso de amparo.

En realidad, lo que aducen los recurrentes es que la Sala *a quo* efectuó una aplicación extensiva *in malam partem* del artículo 174 bis *a*) del Código Penal de 1973, vigente en el momento de ocurrir los hechos, con la consiguiente vulneración de la garantía *nullum crimen sine lege*. No cuestionan directamente la formulación del tipo sino su aplicación por el TS. En concreto, reprochan al órgano judicial haber realizado una incorrecta subsunción de los hechos en el tipo penal, basada en una interpretación que extiende indebidamente ese tipo a conductas no comprendidas en él. Esa interpretación extensiva, que se aparta del tenor literal del precepto, impide prever con la necesaria certeza qué conductas son o no delictivas, y esa falta de previsibilidad es especialmente grave cuando está en juego la libertad de actuación de un partido político legal en una campaña electoral, además de otros derechos y libertades.

El artículo 174 bis *a*), en la redacción dada al precepto por la LO 3/1988,

torio, que presenta dos dimensiones, primera la calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada, una a una, y luego la ponderación de la eficacia, capacidad persuasiva o fuerza convincente del conjunto». Al fin y al cabo, «sólo se puede saber si un testigo dice la verdad o mente mirándole a los ojos, oyendo el tono de su voz y observando sus gestos»: «esto es lo que técnicamente se llama intermediación». El TC carece de esa experiencia, no ha estado presente en la práctica de las pruebas y «no tiene por qué revisar las razones en virtud de las cuales un órgano judicial da mayor credibilidad a un elemento de juicio que a otro». No se puede revisar el diagnóstico del médico de cabecera sin ver al enfermo.

Sentado esto, Mendizábal arremete, sin mencionarlo expresamente, contra el VP de Viver, que se presenta como un intento de reeditar el activismo y los prejuicios antijudiciales de la primera etapa del TC. No se trata de desmenuzar la valoración conjunta «mediante una descomposición factorial, o una disección anatómica, analizando con la lente del relojero cada elemento o pieza, pero sin ver el reloj completo y andando». Ese método conduce directamente al resultado que se desea: «la voladura del conjunto». Para este Magistrado, hay prueba «no ya suficiente, sino abundantísima» de la participación de todos los condenados en el delito. En la STS, están perfectamente recogidos los hechos de los que se infiere esa responsabilidad, una conclusión cuya certeza nos consta a todos. Por eso, el desguace de una sentencia que tenía una estructura lógica coherente, no le convence. Así, analizar la formación de la voluntad dentro de un grupo como HB, como si se tratase de una sociedad anónima o una ONG, es hacer «jurisprudencia-ficción». Y tampoco tiene sentido que después de reconocer que la argucia evasiva de los acusados es una estrategia defensiva, se acabe aceptando la misma a sabiendas de su falsedad.

de reforma del CP, decía lo siguiente: «1.º Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 ptas. el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes (33). 2.º En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos».

La demanda de amparo se apoya en una determinada interpretación del último inciso del precepto. Para los recurrentes, esta cláusula abierta o genérica comprende únicamente aquellos supuestos de cooperación cuya gravedad sea equivalente a la de las acciones tipificadas en los cuatro incisos anteriores (34), que prevén hipótesis de auxilio material o personal a las organizaciones arma-

(33) La doctrina denunció en su momento la defectuosa descripción de la conducta típica en este primer apartado. Se hacía referencia a las conductas de obtener, recabar y facilitar cualquier acto de colaboración, pero, paradójicamente, no se incluía en el tipo la realización material de dichos actos. En la redacción anterior a 1984 se hablaba únicamente de favorecer la comisión de delitos, sin aludir a las finalidades de la banda armada. Se amplió, pues, el alcance del precepto.

(34) Para A. Asúa, esta cláusula «pretende cubrir las limitaciones del casuismo descriptivo, pero no autoriza a incluir ayudas de significado y potencialidad distinta a las anteriormente descritas». Aunque la sentencia recurrida no razone en esos términos, el criterio de la equivalencia material resulta obligado por exigencias de seguridad jurídica, máxime cuando se trata de un precepto que supone una anticipación excepcional de la barrera punitiva («Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos», *Revista La Ley*, núm. 4556, 5 de junio de 1998, pág. 1641)

La calificación de la conducta como «equivalente» (a las descritas en el inciso anterior) ha sido incorporada expresamente a la cláusula final del artículo 576 del nuevo CP, que tipifica el delito de colaboración con banda armada. Este término significa, según los recurrentes, que la conducta debe tener igual gravedad. En su comentario al vigente artículo 576 CP, J. M. Prats da cuenta de la matización introducida, que mejora la técnica tipificadora del precepto anterior, que describía las conductas de colaboración de una forma más genérica. Se mantiene la controvertida cláusula de cierre, pero ahora el órgano judicial tendrá que «precisar en términos de motivación la conducta tipificada de la cual se predica la equivalencia y el por qué de la misma» (*Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. por G. Quintero, Aranzadi, 1996, pág. 2.234). En todo caso, subsisten, en algunos sectores de la doctrina, las dudas sobre la constitucionalidad de esta cláusula (y de otras similares, como la incluida en el art. 368 CP en relación con el consumo ilegal de drogas) desde el punto de vista de la exigencia de taxatividad (F. MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.ª ed., 1999, págs. 866-867).

das (ocultación y traslado de terroristas, seguimiento de posibles víctimas, construcción de zulos y otras formas de apoyo logístico). En ningún caso entrarían dentro de su radio de acción las conductas tendentes a favorecer la realización de los fines ideológicos o políticos de las organizaciones armadas (35).

Los recurrentes coinciden en este punto con una amplia corriente doctrinal que ha subrayado la necesidad de una interpretación estricta de un tipo que, en sí mismo, supone una excepción a la regla general de la impunidad de los actos preparatorios. No en vano estos tipos tienen su origen en la legislación excepcional de los años setenta y ochenta. Aunque subsisten hoy como delitos autónomos en bastantes ordenamientos europeos, porque a nadie se le oculta que, de no haberse introducido este tipo específico, sólo podrían incriminarse aquellas conductas relacionadas con la ejecución de actos concretos de terrorismo, de acuerdo con las reglas sobre la participación, siempre que se probara fehacientemente el nexo de causalidad. Para solventar este problema (la dificultad de probar la conexión con las acciones de los comandos operativos), el legislador ha optado por adelantar preventivamente las barreras de protección y anticipar la punición hasta alcanzar conductas bastante alejadas no sólo de la lesión del bien jurídico protegido, sino también de la idea de peligro concreto. La jurisprudencia del TS viene definiendo este tipo como un delito de peligro abs-

(35) El vídeo, explican, tiene por objeto transmitir un mensaje netamente político, una propuesta de superación de la violencia. No se hace en él un llamamiento a la lucha armada o a la integración en ETA. Si el contenido de la AD era conocido y su texto venía siendo difundido desde abril de 1995, ¿por qué un discurso que no es delictivo en soporte papel, pasa a serlo en soporte vídeo, cuando a la letra se le añaden voz e imagen? Para los recurrentes, se trata de un spot electoral de HB en el que se pide el voto para esta formación poniendo el acento en un apartado concreto de su programa electoral, el que se refiere a su propuesta para lograr la paz, que no es otra que la AD defendida por ETA. De ahí que se tomara la decisión de que fuera la propia organización autora de la propuesta la que explicara directamente a los electores su alternativa a través de un vídeo. La clave, dicen, no está en la presencia de ETA en el spot; lo relevante, en el plano jurídico penal, es el auxilio que con esta decisión ha podido prestarse objetivamente a la actividad delictiva de ETA y si ese favorecimiento es asimilable al de alguna de las modalidades específicas de colaboración descritas en el párrafo 2.º del artículo 174.bis.a) CP. Pues bien, la Sentencia impugnada no explica las razones que le han llevado a considerar la cesión de un espacio de propaganda electoral como una conducta equivalente a alguna de las enumeradas en los incisos anteriores. En este punto, carece de motivación. Y esa ausencia de argumentos viene a confirmar la impresión de que, en realidad, la conducta sancionada nada tiene que ver con la preparación o comisión de hechos delictivos. Por esa razón, E. Gimbernat no ha dudado en afirmar que la sentencia «tergiversa la letra y el espíritu del tipo legal» y rompe con la interpretación que el propio TS venía haciendo del precepto. Uno se pregunta «qué vida, qué integridad física o qué libertad personal se están poniendo en peligro con la difusión de los vídeos». A su juicio, «no puede haber lesión donde no hay peligro, y por definición, tampoco puede haber colaboración con banda armada» («La Sentencia de HB», *El Mundo*, 6 de diciembre de 1997).

tracto, porque no es preciso que produzca efectivamente un riesgo, sino que basta con que la acción sea objetivamente apta para poner en peligro los valiosos bienes jurídicos que se pretenden proteger (36).

Pues bien, si a esta discutible expansión del *ius puniendi* del Estado, que algunos han calificado de «desmesura criminalizadora» (37), se suma una interpretación que extiende la responsabilidad penal a nuevos supuestos que nada tienen que ver con las modalidades concretas de apoyo o auxilio material o personal a las actividades delictivas de una organización terrorista, el resultado produce una lógica inquietud en un sector de la doctrina especialmente sensible ante el riesgo de un retroceso del sistema de garantías constitucionales. De ahí la insistencia de los recurrentes en una interpretación restrictiva del concepto «actos de colaboración» que circunscriba su alcance a aquéllos que impliquen la puesta a disposición de una organización terrorista de los medios materiales o personales que sean idóneos para facilitar bien la realización de sus acciones delictivas o bien el conjunto de aquellas actividades de la organización (infraestructura, comunicaciones internas, transporte, financiación...) que constituyen el soporte necesario para el ejercicio de sus comportamientos violentos. Cualquier otro acto que no responda a esas coordenadas se sitúa fuera del tipo previsto en este último inciso del apdo. 2.º del artículo 174.bis.a) (38).

(36) El precepto sanciona «aquellos actos de cooperación genérica del extraño a la organización que sin estar causalmente conectados con la producción de un resultado concreto, por tratarse de una figura delictiva de simple actividad, se dirijan al favorecimiento de las previsibles acciones del grupo» (STS de 27 de junio de 1994). Basta, pues, con que sea una conducta potencialmente idónea para servir de apoyo a la organización, aunque acabe siendo inútil y ésta no llegue a beneficiarse de esa colaboración. La presunción de intrínseca peligrosidad de la conducta que realiza el legislador exime al juez de su constatación en el caso concreto. No se exige un resultado como un efecto distinto de la propia acción abstractamente peligrosa (no es preciso, por ejemplo, que el manual de instrucciones para el manejo de explosivos confeccionado por un colaborador sea utilizado por miembros de la banda o que la información obtenida mediante la vigilancia de personas o lugares llegue a manos de esos miembros). Es más, si la ayuda prestada sirve efectivamente para la comisión de un delito, esa ayuda se castigará como una forma de participación criminal (complicidad, cooperación necesaria o encubrimiento). El carácter subsidiario del tipo autónomo de colaboración tiene hoy su reflejo en el último inciso del artículo 576 CP: «si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos».

(37) J. TERRADILLOS: *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, 1988, pág. 88.

(38) En la demanda, se defiende la tesis de que sólo son punibles los actos de cooperación con las actividades de estas bandas, y no los que favorecen exclusivamente la consecución de los fines (párrafo 1.º), porque no están directamente relacionados con la comisión de hechos delictivos, como viene exigiendo la jurisprudencia (STS de 2 de febrero de 1987). En consecuencia, no incurre en delito quien muestra adhesión o simpatía ideológica con la organización terrorista o con sus objetivos o propuestas políticas, o quien difunde esas propuestas, si ello no comporta colaboración directa en las actividades delictivas o en el sostenimiento de la organización. Esa co-

En realidad, la referencia a los fines, que se mantiene en el artículo 576 del nuevo CP, aparece por primera vez en el artículo 9.1 de la LO 9/1984. Hasta ese momento, el legislador había identificado la colaboración con banda armada con la cooperación en la preparación o ejecución de las acciones terroristas (39). Creo que todo acto de cooperación no relacionado directamente con acciones armadas que favorezca la estrategia de intimidación e imposición por la violencia y contribuya a mantener esa línea de actuación podría considerarse una forma típica de colaboración con los fines de la organización terrorista. Siempre que se tenga conciencia e intención de colaborar, de favorecer (ingrediente subjetivo exigido por el principio de culpabilidad). Porque la propia existencia de la banda amenaza una serie de bienes jurídicos que es preciso proteger (40).

nexión de las conductas punibles con las actividades de las bandas terroristas es para J. L. RODRÍGUEZ-VILLASANTE (*Comentarios a la Legislación penal*, dirig. por M. Cobo del Rosal, tomo XI, Edersa, 1990, pág. 227) «inexcusable». El colaborador tiene que «favorecer materialmente» las actividades de la organización: el respaldo moral o ideológico no es punible (F. MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, pág. 867).

(39) C. LAMARCA (*op. cit.*, págs. 254-255) analizó en su día esta modificación en la descripción del tipo y llegó a la conclusión de que «la única colaboración penalmente relevante es aquella que se proyecta sobre esa actividad delictiva», de forma inmediata. Pero entonces, se pregunta Lamarca, ¿cómo diferenciar esta modalidad de favorecimiento de los fines de la otra forma de colaboración prevista, la colaboración en las actividades?

(40) En esta misma dirección parece apuntar la reciente STS de 16 de febrero de 1999. La Sala sostiene, apoyándose en alguna decisión anterior, que el delito de colaboración con banda armada, penado ahora en el artículo 576 CP, «no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración en las actividades armadas», sino que abarca, sobre todo, «los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada». Así, se integran en la conducta típica todos los supuestos de transmisión de informaciones que coadyuven a las actividades de la organización, aunque no se proporcionen datos sobre potenciales víctimas y dicha información constituya simplemente «una aportación eficaz al funcionamiento de la banda... en cuestiones distintas a las acciones armadas» (comunicación entre comandos, obtención de medios económicos, entrenamiento, reclutamiento, transporte...). Para el TS, la esencia de este delito consiste en «poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente —o en ocasiones le sería imposible obtener— sin dicha ayuda externa». Por esa razón, comprende todas aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con ese fin, «facilitan cualquiera de las actividades de la organización (infraestructura, comunicaciones, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc.) y no solamente las acciones armadas». Y ello prescindiendo de la coincidencia de fines, porque lo que aquí se sanciona no es la adhesión ideológica ni la prosecución de determinados objetivos políticos, que pueden defenderse por los cauces pacíficos y democráticos que los demás utilizan.

Aun admitiendo la ampliación del tipo a los actos de colaboración que favorezcan los objeti-

Me asalta, sin embargo, una duda. La Sentencia del TS insiste en que es la cesión de los espacios electorales, en conjunción con las imágenes de los vídeos, la acción que merece el reproche penal por la intencionalidad y finalidad promocional de ETA. Pero esa misma intencionalidad y finalidad propagandística puede apreciarse en los actos de difusión de la AD que venía organizando HB desde 1995. No veo una gran diferencia cualitativa entre el acuerdo de «impulsar» la AD como única propuesta existente para acabar con la situación

vos propios de estos grupos, habría que distinguir entre fines inmediatos y mediatos. De aceptarse esta distinción, que ya se apunta en los debates parlamentarios de la citada Ley, no serían penalmente reprochables los actos consistentes en favorecer la realización no de los fines inmediatos de la organización terrorista (la imposición de sus condiciones mediante el terror), sino únicamente de sus objetivos últimos de carácter ideológico o político. No serían objeto de sanción penal, por tanto, los actos de difusión de sus propuestas políticas. Lo que sucede es que en este caso resulta prácticamente imposible aislar o disociar los fines inmediatos (contaminados por los métodos delictivos utilizados) de los mediatos. Es evidente que la simple coincidencia ideológica en los objetivos (la plena soberanía del País Vasco, por ejemplo) no está penalmente sancionada. De hecho, nunca lo ha estado desde la aprobación de la Constitución de 1978. Cientos de miles de vascos comparten algunos de los objetivos de ETA, pero rechazan los instrumentos que viene utilizando para conseguirlos. Otra cosa bien distinta es la complicidad o el respaldo explícito a una banda armada que se ofrece in toto, sin reservas, sin marcar distancias con la violencia sistemática que constituye su modus operandi y la principal seña de identidad. Quien se pone conscientemente al servicio de la estrategia de ETA, de su aparato de propaganda, y contribuye activamente a su continuidad operativa como vanguardia armada ofreciéndole una plataforma publicitaria para apuntalar su imagen de organización políticamente respetable, asume necesariamente la legitimidad de sus métodos y de su dilatada trayectoria criminal. Colabora, en suma, en el mantenimiento de una estructura organizativa, aunque no participe en sus actividades delictivas. Como acertadamente señaló la STC 199/1987, de 16 de diciembre, el terrorismo, como violencia política organizada, lejos de limitar su proyección a una serie de actuaciones concretas, se manifiesta como una actividad propia de grupos u organizaciones armadas estables, que se proponen crear una situación de alarma o inseguridad y destruir el orden democrático constitucional, mediante una actividad delictiva sistemática.

A diferencia de las bandas de delinquentes comunes, un grupo terrorista que justifica sus crímenes con coartadas políticas necesita un mínimo apoyo social y una apariencia de legitimidad. HB se encarga de proporcionar ese sustento político y social. El criterio apuntado en la STS de 2 de febrero de 1993 me parece clarificador: incurre en un delito de colaboración quien realiza un acto que contribuye a mejorar las «posibilidades de existencia» de la banda armada. Como ha señalado A. ASÚA (*op. cit.*, pág. 1.642), la ayuda en el plano de la propaganda incide en la percepción social acerca de la legitimidad de la lucha armada. Y ése no es un aspecto secundario: es el terreno en el que se juega realmente la partida. Por eso, la decisión de ceder a ETA los espacios electorales asignados a HB en las televisiones públicas no es simplemente una expresión más de simpatía o afinidad política. Puede catalogarse, sin forzar demasiado la descripción típica, como un acto de colaboración con las actividades de la banda armada, globalmente consideradas. Una colaboración especialmente eficaz, además, porque «aporta bienes escasos» (STS 10 de octubre de 1997).

de confrontación (comunicado de 20 de febrero), divulgando su contenido por todo el País Vasco, mediante actos de presentación en los que se proyectaba el vídeo, y la cesión que desencadena la reacción penal. O todo es delictivo o nada lo es. La identificación con el proyecto y la estrategia de ETA es evidente en todas esas manifestaciones de apoyo. Y ese es realmente el problema: si se castiga como delito de colaboración la conducta aquí enjuiciada, ¿por qué no otras cuya idoneidad cooperadora es equiparable?, ¿por qué no se actuó antes?

En realidad, la acción por la que fueron condenados los recurrentes, presentar la alternativa de ETA como una propuesta de paz, podría encajar mejor dentro del tipo de la apología del terrorismo, si éste no exigiera como requisito de punibilidad una incitación directa al delito. En su sugerente comentario de la sentencia impugnada, A. Asúa ya denunció la existencia de un desplazamiento o trasvase del campo propio de la apología al campo de la colaboración con el terrorismo, para salvar quizá una laguna que el legislador provocó al despenalizar la apología genérica (como los hechos no pueden encajar en el tipo de apología, tal y como está formulado, se recurre a la figura de la colaboración, forzando sus límites). Se confunden, en suma, los ámbitos típicos respectivos. El contraste entre el rigor en la interpretación del tipo de apología y la elasticidad en la delimitación del delito de colaboración resulta paradójico (41).

(41) A su juicio, la calificación como delito de «colaboración» de una acción de propaganda de la estrategia de ETA constituye una interpretación extensiva de esta figura, convertida de ese modo de «un tipo penal de contornos tan elásticos que queda cancelada toda diferencia entre el estadio de provocación de una colaboración (o de apología-incitadora a la colaboración) y el estadio de ejecución del delito autónomo de “colaboración”...». La impresión que extrae esta autora de la lectura de la STS de 29 de noviembre de 1997 es la de que la Sala juzgadora incluye dentro del tipo de colaboración (con calzador) actuaciones de propaganda que no pueden calificarse de apología punible.

La Sentencia equipara los actos de propaganda y ensalzamiento de las actividades de una banda armada con la prestación tangible de ayuda material dirigida objetivamente a facilitar la efectiva comisión de hechos delictivos por parte de estas organizaciones, sin analizar a fondo la aptitud de la conducta enjuiciada para poner en peligro los bienes jurídicos que el precepto tutela. En su opinión, «la opción por un entendimiento amplio de la «colaboración» acogiendo actos que no presentan una conexión plausible con la realización concreta de ulteriores actos delictivos por la organización terrorista, aunque supongan una ayuda a difundir su mensaje coercitivo, constituye un tensionamiento del ámbito típico que excede los límites incluso de la interpretación extensiva». La promoción de un clima de adhesión ideológica a la causa del terrorismo «constituye una ayuda difusa, de imprecisos efectos», cuya potencialidad favorecedera de posteriores acciones delictivas no puede medirse objetivamente. Al castigar la colaboración publicitaria como si de una ayuda material se tratase la pena que se impone (que coincide con la prevista para el cómplice de un homicidio) resulta, además, desproporcionada. Partiendo del concepto de apología por el que se ha decantado el legislador de 1995, Asúa se pregunta si la cesión de los espacios

Por otra parte, los recurrentes vuelven a insistir en que las cintas no favorecen las actividades de ETA, sino que contribuyen a superarlas. En todo caso, añaden, no existió un riesgo inminente para los bienes que el tipo protege, porque el intento de difusión de los vídeos se vio frustrado y la sanción penal era innecesaria, porque existían otras medidas alternativas menos gravosas (42).

Pues bien, el TC, por arte de birlibirloque, convierte una censura al órgano judicial por una incorrecta aplicación del tipo que condujo a la imposición de una pena desproporcionada en una censura dirigida al legislador. Se saca de la manga, de oficio, un motivo de inconstitucionalidad no incluido en la extensa relación de reproches del recurso. Es verdad que en determinados pasajes se deslizan, de refilón, algunas consideraciones críticas sobre el precepto, pero siempre por la falta de precisión o taxatividad en la descripción de las conductas típicas. Esta es una cuestión de alcance, porque afecta a la función del TC en los procesos de amparo (43).

electorales constituye una conducta con una aptitud concreta para promover la comisión de nuevos delitos. No parece que sea así (*op. cit.*, págs. 1.639-1.642). Se dibuja pues como solución alternativa en estos casos una definición menos restrictiva del delito de apología.

(42) Con carácter subsidiario, se formula otro motivo, el sexto, al amparo también del artículo 25.1 CE, por la aplicación indebida del artículo 174.bis.a) del CP de 1973 y la correlativa inaplicación del artículo 576 del CP de 1995, que es la ley penal más favorable a los reos, porque reduce los contenidos materiales del delito de colaboración con banda armada, dejando fuera de las conductas incriminadas la que aquí se enjuicia. A la hora de determinar cuál es la norma penal más favorable hay que tener en cuenta no sólo la sanción o pena prevista, sino también el presupuesto de hecho. En este caso, se prevé un mismo tipo en ambos Códigos, pero el alcance material del tipo se ha reducido, con la consiguiente exclusión o despenalización de supuestos de hecho como el que aquí se examina. Ese estrechamiento del tipo viene determinado principalmente por la incorporación del término «equivalente» al último inciso del 576 CP. En la medida en que se reduce el ámbito de conductas incriminadas, aunque la pena pueda ser mayor, la opción más favorable es la del precepto de 1995. Véanse al respecto el VP de Jiménez de Parga (apdo. 31) y las consideraciones de J. JIMÉNEZ VILLAREJO («Dos breves apuntes acerca de la STC "caso mesa HB"», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 406, 23 de septiembre de 1999, pág. 5).

(43) El artículo 49.1 LOTC dispone que en la demanda de amparo «se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos». Y lo cierto es que, en este caso, los recurrentes mencionaron el artículo 25.1 CE, al considerar que la resolución impugnada vulneró, entre otros, el derecho a la legalidad penal. Pero curiosamente, en ninguna de las 34 páginas que el escrito de demanda dedica a este motivo (la conculcación del principio de legalidad penal) se hace referencia al excesivo rigor de la pena prevista en el artículo 174.bis.a) del antiguo CP. Y no me convence la réplica de S. Huerta («Principio de legalidad y normas sancionadoras», Ponencia en las V Jornadas organizadas por la Asociación de Letrados del TC, 1999, ejemplar mecanografiado, págs. 46-47) en el sentido de que la alusión al principio de proporcionalidad podía deducirse de la afirmación de que la medida restrictiva de la libertad de expresión no era necesaria en una sociedad democrática (art. 10.2 CEDH).

El Tribunal atribuye a los recurrentes la impugnación del precepto, por no respetar los principios de taxatividad, certeza y previsibilidad (el principio de proporcionalidad no aparece por ningún lado). Pero no es ése el eje o centro de gravedad de la demanda, que apunta claramente en otra dirección. Me parece muy revelador este fragmento de la Sentencia: «Advierten [los recurrentes] en primer lugar que el tipo penal... es en exceso abierto e indeterminado, aunque posteriormente centran sus reproches de inconstitucionalidad únicamente en la

En este punto, conviene recordar lo que prescribe el artículo 84 LOTC: «el Tribunal, en cualquier momento anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional». En este caso, además del Ministerio Fiscal, era parte del proceso constitucional la Asociación de Víctimas del Terrorismo. Y no hay constancia en los Antecedentes de la Sentencia de que se haya aplicado ese precepto. Desde esta perspectiva procesal, la sentencia podría haber incurrido en incongruencia por exceso o *extra petitum*, en la medida en que se alteran los términos en que se produjo el debate procesal y la parte dispositiva no se ajusta a «los términos en que las partes han formulado sus pretensiones» (STC 20/1982, FJ. 1.º). Para I. BORRAJO, I. Díez-PICAZO y G. FERNÁNDEZ FARRERES (*El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, 1995, págs. 78 y sigs.), el principio de congruencia se resume en la exigencia de que «las partes sean las verdaderas *domini litis*». De acuerdo con el principio dispositivo, son los escritos de demanda y contestación a la misma, que fijan las acciones y excepciones ejercitadas, los que acotan y definen el objeto del proceso. Es verdad que en este caso no se produce indefensión y que el propio TC ha precisado que no hay incongruencia cuando la sentencia «versa sobre puntos que el tribunal puede analizar de oficio o que se refieren a la norma aplicable y entran en el ámbito de la regla *iura novit curia*... o incluso cuando... versa sobre una petición implícita en la demanda del actor» (pág. 78). Y es cierto también que, en virtud de esa regla *iura novit curia*, los jueces no están obligados a ajustarse estrictamente en los fundamentos jurídicos de sus decisiones a las alegaciones formuladas por las partes. Pero no parece de recibo que la estimación del recurso (y el otorgamiento del amparo pedido) se base materialmente en una causa petendi no aducida ni expresa ni implícitamente por los demandantes. A no ser que se entienda que el fundamento de la pretensión es el mismo (la vulneración del principio de legalidad penal), y la diferencia estriba únicamente en la argumentación jurídica desarrollada por la mayoría del Tribunal. O, forzando aún más las cosas, que las razones esgrimidas en relación con la violación del artículo 20 CE pueden servir para fundamentar la estimación del amparo por vulneración del artículo 25.1 CE (S. HUERTA: *Op. cit.*, pág. 47).

Una crítica de este modo de proceder del TC puede encontrarse en las primeras líneas del VP de V. Conde. Para este Magistrado, la obligación del Tribunal es atenerse a los términos y fundamentos de la demanda, dando respuesta a sus alegaciones. Y no reconstruir la demanda. Porque si en algún momento los recurrentes se quejan de la desproporción o la excesiva severidad de la sanción impuesta, es evidente que no hacen responsable de la misma a la ley (no plantean la inconstitucionalidad del precepto), sino a la resolución judicial, por una defectuosa subsunción de los hechos en el tipo aplicado. Conde censura lo que considera «un discutible ejercicio de un poder de oficio».

ausencia de la constitucionalmente necesaria concreción judicial». Es de agradecer esta muestra de honestidad intelectual.

De modo que las quejas de los recurrentes relativas a la aplicación extensiva o analógica del tipo y a la desproporción de la reacción penal en ese caso concreto sirven de pretexto para efectuar un control de la proporcionalidad del precepto aplicado. Al fin y al cabo, advierte el Tribunal, el principio de legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador. Es la ley la que debe garantizar, en primer término, que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al juez. En otras palabras, si se llega a la conclusión de que el órgano judicial ha aplicado correctamente la ley, habrá que elevar el punto de mira y examinar la constitucionalidad de la ley.

Y eso es exactamente lo que ocurre en este caso. Con el agravante de que el legislador acabará suspendiendo el examen. Haciendo gala de una actitud de exquisita deferencia hacia el TS (se insiste en que la interpretación del contenido y alcance de los tipos penales corresponde a la jurisdicción ordinaria y muy señaladamente al TS) el TC pasa de puntillas sobre las quejas que ponen en entredicho la actuación de la Sala *a quo* y despacha en dos párrafos esas alegaciones. Observa, en primer lugar, que la Sentencia impugnada, siguiendo una orientación jurisprudencial ya consolidada, entendió que la Ley configura el tipo delictivo de colaboración con banda armada como uno de los delitos de «mera actividad» o «peligro abstracto», en los que se adelanta la línea de defensa castigando como delito consumado las conductas que se hallen en una fase inicial de ejecución, aunque ésta se frustre finalmente y no se produzca materialmente el resultado pretendido (44). Y, en segundo lugar, que, dada la

(44) La doctrina ha puesto muchos reparos a este clase de delitos. C. Lamarca criticó en su día la presencia en la legislación antiterrorista de tipos de consumación anticipada y la consiguiente equiparación a efectos de penalidad entre el delito que no llega a ejecutarse por causas ajenas a la voluntad del autor y el consumado. Es verdad que el desvalor de acción es el mismo en las distintas fases de ejecución, pero no así el desvalor del resultado, que ha de ponderarse siempre a la hora de determinar la pena (*op. cit.*, págs. 306-307). Lo cierto es que el TS declaró que el delito se había consumado, pese a la intervención judicial de los videos. Y no corresponde al TC la revisión de esa apreciación. En principio, no cabe en estos casos las formas imperfectas de ejecución (frustración o tentativa), una vez que se exterioriza la voluntad de colaborar, porque es un tipo autónomo de mera actividad (STS de 20 de noviembre de 1984 y 13 de julio de 1987). Pero en la jurisprudencia del TS podemos encontrar una decisión, al menos, en la que se admitió la existencia de un delito de colaboración en grado de frustración, con la consiguiente rebaja de la

amplitud de los términos del precepto y en especial de su cláusula de cierre, que responde a la voluntad del legislador de reducir al máximo las posibilidades de apoyo a las actividades terroristas, resulta legítima la inclusión en el tipo de las conductas sancionadas. Ahí termina el incisivo control de la actuación del TS en su labor de aplicación e interpretación de las normas penales.

La Sentencia no entra a analizar las objeciones que la doctrina penalista viene oponiendo al tipo de colaboración con banda armada desde la perspectiva del principio de tipicidad o taxatividad, objeciones que sí se recogen sintéticamente en la demanda (45). Esta garantía encierra un mandato al legislador para que éste describa las conductas constitutivas de delito con la mayor precisión y concreción posible, de forma que los destinatarios de la norma, que se inscribe dentro de un determinado contexto legal y jurisprudencial, puedan saber con claridad a qué atenerse y quede salvaguardada así la seguridad jurídica (46). No se ajustarían a esta exigencia de certeza en la definición de los comportamientos penalmente sancionados y previsibilidad de la reacción penal (una exigencia reforzada en los supuestos de restricciones de la libertad de expresión) aquellos tipos «formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria» del juzgador (STC 105/1988, de 8 de junio). La cuestión es si las fórmulas «cualquier acto de colaboración» o «cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género», dejan al intérprete, al órgano judicial, un excesivo margen de apreciación discrecional. Dicho de otro modo, si es posible extraer de la norma un criterio seguro para su aplicación (47). Lo cierto es

pena, porque no se pudo acreditar que la carta hubiera llegado a su destino (STS de 25 de noviembre de 1995). En sede doctrinal, se ha defendido también la posibilidad de calificar los hechos enjuiciados como tentativa (acabada) de colaboración (A. ASÚA: *Op. cit.*, pág. 1644).

(45) La demanda se hace eco de las críticas que el propio TS ha formulado en relación con la confusa redacción del precepto aquí aplicado («no es ejemplo de rigor técnico-jurídico»; «entraña una mayor inseguridad jurídica que sus antecedentes»; «padecen, sin duda, los principios de legalidad y de seguridad jurídica»). Pero es su cláusula final, un verdadero cajón de sastre, cuya elasticidad permite ampliar su ámbito material en función de la coyuntura política, la prueba más elocuente de la pretensión de abarcarlo todo, todas las formas imaginables de apoyo. De todas formas, esta fórmula abierta no es tan amplia como la prevista en la Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984, cuyo artículo 10 cubría todas las formas imaginables de colaboración (J. TERRADILLOS: *Op. cit.*, pág. 89).

(46) Las normas penales deben ser «concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre» (STC 34/1996, de 11 de marzo).

(47) En la Sentencia impugnada se recuerda que, de acuerdo con la doctrina establecida por el TC, las exigencias dimanantes del principio de legalidad pueden ser compatibles con el empleo de cláusulas o conceptos necesitados de complementación judicial. La compatibilidad de estas cláusulas o conceptos normativos abiertos con el artículo 25.1 CE «se subordina a la posibilidad

que el TC, aunque alude en varias ocasiones a la indeterminación del tipo, no cree necesario terciar en esa polémica (¿una oportunidad perdida?) y centra su atención en la legitimidad constitucional de la pena.

B) *La proporcionalidad de la pena*

1. La Sentencia analiza seguidamente la proporcionalidad de la pena en abstracto, en el propio texto de la norma (proporcionalidad en la ley), no en su aplicación jurisdiccional, caso por caso, que es la dimensión más conocida de este principio inspirador de la justicia penal (48). Tomando nota de su propia

de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC 69/1989, de 20 de abril). La Sala 2.^a del TS admite la «generosidad descriptiva» del párrafo 1.º del precepto, pero «tal vaguedad e imprecisión quedan disipadas cuando se observa la descripción del núm. 2.º», que contiene una definición legal del acto de colaboración mediante una relación ejemplificativa (no cerrada) de concretos comportamientos típicos, completada con la cláusula general del último inciso. Una cláusula que «sólo desconectada de las precedentes descripciones merecería tacha de inadmisibile indeterminación». Se tipifica, pues, un elenco heterogéneo de conductas de colaboración, cuyo denominador común es el favorecimiento de los fines y las actividades de una organización terrorista, sin formar parte de la misma y sin que esa colaboración constituya un acto propio y directo de cooperación que implique a su autor en un delito concreto cometido por dicho grupo.

(48) En esta dimensión, lo que se discute es la proporcionalidad de la pena o sanción impuesta en un caso concreto, dentro siempre de los límites marcados por la ley. Es el órgano judicial el que está obligado a observar este principio, que exige la adecuación de la sanción penal a la entidad o intensidad de la lesión producida y a las circunstancias personales del delincuente. A la hora de elegir o determinar la pena, la exigencia de proporcionalidad opera como un límite a la discrecionalidad judicial. Así, en el asunto resuelto por la STC 85/1992, de 8 de junio, el TC entendió que las expresiones despectivas proferidas por un periodista no merecían otra calificación que la de vejación injusta de carácter leve y, por consiguiente, «su calificación de delito de desacato continuado y la imposición de la pena correspondiente al mismo exceden notoriamente de la importancia y naturaleza de la ofensa recibida, a cuya reparación se manifiesta más proporcionada la valoración que el Juez de Instrucción ha realizado». El TC anuló la sentencia impugnada por violación del derecho a la libertad de expresión e información.

En la jurisprudencia más reciente, puede citarse la STS de 30 de mayo de 1998, que consideró desproporcionada la pena impuesta por un delito contra la salud pública, porque en lugar de acogerse al grado mínimo, el órgano judicial se decantó por la pena en su grado medio, sin motivar su decisión. El resultado punitivo, explica el TS, «parece excesivo, en atención a la naturaleza del hecho y en consideración a la personalidad del acusado». En vista de ello, corrige la valoración del tribunal *a quo* y reduce la pena para ajustarla a la entidad de la conducta enjuiciada. La STS de 23 de octubre de 1998 resume muy bien el significado de este principio: la proporcionalidad «exige que la intromisión y restricción de bienes y derechos originados por la pena, por las medi-

jurisprudencia, advierte, de entrada, que la exigencia de proporcionalidad, implícita en el principio de legalidad penal (49), «no constituye en nuestro orde-

das cautelares o por la investigación procesal del delito, estén justificadas y guarden cierta correspondencia y paralelismo con la gravedad de los bienes jurídicos lesionados o amenazados por la acción delictiva». En el ámbito de la pena, el principio de proporcionalidad exige que la pena señalada para un delito no sea excesiva, teniendo en cuenta la penas previstas para conductas similares. Pero ese juicio corresponde al legislador. En el plano de la aplicación de la ley, los tribunales fijarán las penas con arreglo a los imperativos de este principio (correlación entre conducta y sanción), dentro del margen de apreciación que la Ley les concede.

Es importante distinguir los dos planos: el de la proporcionalidad de la pena prevista por la ley con carácter general en relación con un hecho punible (un juicio que compete al legislador salvo que exista una desproporción evidente) y el de la adaptación de esa proporcionalidad *in genere* al supuesto concreto (una tarea de ponderación que corresponde al juez). Esta distinción se dibuja con toda nitidez en la STC 19/1988, de 16 de febrero. Después de rechazar la alegación de falta de proporcionalidad de la norma, el TC añade lo siguiente: «Podrá existir, si acaso, desproporción en algunas de las aplicaciones concretas que de la norma se hagan... Mas la eventualidad de tales aplicaciones no empaña el juicio que la norma, en sí mismo considerada, merece». Si en algún caso se produce esa desproporcionada aplicación, están abiertas las vías de corrección a través de los recursos ordinarios en la vía judicial y, si procede, a través del recurso de amparo constitucional. Véase, en el mismo sentido, la STS de 8 de julio de 1999.

Se discute en la doctrina si la proporcionalidad de la pena en el momento de la individualización de la misma por el juez puede considerarse comprendida en la esfera protegida por el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 CE (M. JAÉN VALLEJO: «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», *Revista General del Derecho*, 1986, págs. 4926 y sigs.). En todo caso, se invoque el artículo 25.1 u otro precepto constitucional (el TC descartó como percha la prohibición de penas inhumanas o degradantes del artículo 15 CE en su Sentencia 65/1986), la posible desproporción en el caso concreto se planteará por la vía del recurso de amparo constitucional, «cuando la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad» (STC 65/1986, de 22 de mayo). Sobre la proporcionalidad en la aplicación judicial de la norma, véase J. A. LASCURAÍN («La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 183-185).

Para el TCF alemán, el Estado de Derecho es un principio que no comporta sólo una garantía de seguridad jurídica, sino también una idea de justicia material, que exige una justa proporción entre el delito cometido y la pena impuesta. El principio de proporcionalidad es, por tanto, un principio general del ordenamiento, un principio constitucional no escrito que todos los poderes públicos han de respetar, en especial cuando intervienen en la esfera protegida por los derechos fundamentales. Se suele identificar con la prohibición de exceso. Sobre la aplicación de este principio en el ordenamiento alemán, véanse E. PEDRAZ y V. ORTEGA: «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», *Poder Judicial*, núm. 17, 1990, págs. 69 y sigs.; y W. KLUTH: «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 219 y sigs.

(49) En la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 ya se decía que «la Ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias» (art. 8). Y la

namiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo», que pueda alegarse aisladamente, por sí mismo. No cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no (50). El legislador también está vinculado al principio de proporcionalidad, pero sólo cuando la desproporción entre medios y fines entrañe una vulneración de un precepto constitucional, y muy especialmente de uno de los derechos fundamentales, cabrá la declaración de inconstitucionalidad.

En materia penal, continúa la Sentencia, el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o magnitud de la pena en relación con la entidad del delito (desproporción en sentido estricto). En ambos casos, los derechos que podrían verse afectados serían la libertad personal (si la sanción prevista es una pena privativa de libertad) y el derecho cuyo ejercicio se ve restringido por la amenaza de una sanción (en este caso, los recogidos en los arts. 20 y 23 CE).

El Tribunal admite, con expresa remisión a su Sentencia 55/1996, que el test de proporcionalidad debe partir inexcusablemente de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad, prosigue la citada sentencia, «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática». Como atinadamente señalara el TC en aquella ocasión, esa proporción entre la conducta inculpada y la sanción que se le asigna es fruto «de un complejo juicio de oportunidad», de carácter político, una operación delicada que el legislador realiza, dentro de los límites constitucionales, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protec-

Enmienda VIII de la Constitución norteamericana dispone expresamente que no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas o penas crueles y desusadas. Pero este principio no se circunscribe únicamente al ámbito penal: es un principio que «cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales» (STC 55/1996, de 28 de marzo).

(50) Este principio, ha escrito J. BARNÉS, «no atribuye por sí mismo derechos subjetivos e intereses legítimos, presupone su existencia. No se resuelve en una suerte de derecho sustantivo o autónomo a un trato moderado. Es, eso sí, un escudo que acompaña a todo derecho». Y se concreta, simplificando mucho, en la exigencia de que el fin justifique los medios restrictivos de derechos, de modo que la relación entre costes y beneficios sea razonable (Presentación del núm. 5, monográfico sobre «El principio de proporcionalidad», de *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, pág. 11).

ción al que responde la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas que los penalistas clasifican bajo las denominaciones de prevención general y especial. Estos efectos de la pena dependen, a su vez, de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir o las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. Nadie puede sustituir al legislador en esta tarea (51). Como declaración de principios, este preámbulo me parece intachable. No se podía comenzar mejor. De esta primera reflexión extrae el Tribunal una importante consecuencia: el juicio que procede en sede de amparo debe ser muy cauteloso y limitarse a verificar que la norma penal no produzca «un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho», que es la expresión acuñada en la STC 55/1996. Y en esta línea de autocontención se excluye expresamente «la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles». Nada que objetar (52).

De acuerdo con estos mismos precedentes jurisprudenciales, que se inspiran a su vez en la doctrina alemana, el test de proporcionalidad, que nos permitirá determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto de rigor punitivo, se descompone en tres momentos o fases escalonadas. En primer lugar, hay que comprobar si los bienes o intereses que se trata de preservar con la norma penal no están constitucionalmente proscritos y son socialmente relevantes. En segundo lugar, tendrá que indagarse si la medida es idónea y necesaria *a priori* para alcanzar los fines de protección que persigue el precepto en cuestión, fines que no podrían conseguirse con la misma eficacia recurriendo a una medida alternativa menos restrictiva o gravosa. Y finalmente habrá que determinar si la pena es desproporcionada (en sentido estricto) (53), que es lo

(51) La sede natural para el debate sobre la posible desproporción entre hechos y penas es el Parlamento (G. QUINTERO OLIVARES: «El criminalista ante la Constitución», en *Veinte años de ordenamiento constitucional. Homenaje a E. de Aranzadi*, Aranzadi, 1999, pág. 399).

(52) Parece claro que se está pensando en supuestos-límite. El TC se había negado a entrar en ese terreno en algunas resoluciones anteriores. Así, en la STC 20/1990, y en relación con el delito de injurias al Jefe del Estado, puede leerse: «Ciertamente que, tomando únicamente en todo el artículo las frases recogidas en los hechos probados, la conducta de su autor podría ser encuadrada en el tipo penal aplicado por la sentencia recurrida y, pese a la desproporcionada sanción que al mismo corresponde, nada podría hacer este Tribunal para mitigar una condena ajustada a la ley». La Sala terminará corrigiendo la aplicación de la norma por el órgano *a quo*, pero descarta rotundamente la revisión de la norma penal, pese a la desproporción observada.

(53) Sobre el juicio de proporcionalidad estricta, véase J. A. LASCURAÍN: *Op. cit.*, pág. 169 («es un juicio puramente interno, que coteja los costes y los beneficios globales de libertad de una norma penal») y sigs.

que sucede cuando se detecta «un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma». Vamos por partes, como hace la Sentencia. Respecto de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, el TC admite, como no podía ser de otra manera, que tienen suficiente entidad como para justificar el recurso a una sanción penal, que es siempre la última *ratio*. Como el propio Tribunal ha dicho en diversas ocasiones, el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional, por lo que cualquier acto de apoyo al mismo lesiona o pone en peligro bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, como la vida, la seguridad personal o la paz social. El precepto supera con creces este primer test.

Tampoco cabe dudar de la utilidad o idoneidad de la sanción prevista. Se trata de una medida que con toda seguridad puede contribuir a evitar los actos de colaboración con las organizaciones terroristas, que es el fin inmediato de la norma (54). Más problemas podría suscitar el juicio de necesidad de la medida, en conexión con el principio de fragmentariedad e intervención mínima. Ya hemos indicado que los recurrentes alegaron (sin demasiada convicción, todo sea dicho) que existían otras medidas alternativas a la pena de privación de libertad (el secuestro judicial, la negativa de las televisiones públicas a emitir los mensajes y la intervención de las autoridades previstas en la legislación electoral) que hubieran entrañado un menor sacrificio de sus libertades. La Sentencia recuerda, con cita expresa de la STC 161/1997, que el control del TC en este punto tiene un alcance muy limitado, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde. De modo que sólo apreciará la infracción de esta exigencia de necesidad cuando «las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar» (55). En este caso, se da por descontado que las medidas al-

(54) Si bien se mira, «en pocos casos puede resultar de todo punto manifiesto y evidente que una pena de privación de libertad... o una sanción económica... sea del todo inútil para alcanzar el fin perseguido» (J. BARNÉS: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pág. 30).

(55) Sólo cuando, a la luz de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento». Se trataría de comprobar, en último término, si la pena prevista «se aparta arbitraria o irrazonablemente» de la establecida para supuestos análogos (STC 55/1996, de 28 de marzo). En la STC 161/1997, de 2 de octubre, el Tribunal duda de que una sanción de menor gravedad (una sanción administrativa en lugar de la pena prevista en el artículo 380 del nuevo CP) cause efectos similares. Sobre el juicio de necesidad, véanse los tra-

ternativas sugeridas no hubieran tenido una eficacia similar. Pero la cuestión hubiera merecido seguramente un análisis más detenido.

El verdadero caballo de batalla está, sin embargo, en el juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la entidad del delito que se trata de impedir y la gravedad de la pena que se impone. Y más concretamente, en la proporcionalidad de la pena mínima que el precepto establece. Para los nueve Magistrados que conforman la mayoría del TC, la norma que se aplicó a los recurrentes «no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión e información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas». Ese desequilibrio resulta manifiesto si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias:

1) No cabe duda de que las conductas sancionadas son potencialmente peligrosas, pero no estamos en realidad ante una conducta que se materializase en un resultado de efectiva colaboración con banda armada. Los recurrentes no llegaron a difundir los mensajes, se limitaron a remitir las cintas a los correspondientes organismos públicos. La Sentencia da un paso más y sugiere que eran conscientes al tomar el acuerdo de que existía una seria probabilidad de que el intento de difusión fuese interrumpido por la intervención de la autoridad judicial. Parece olvidar que este delito no es un delito de lesión, sino de peligro abstracto y se considera consumado desde el momento en que se inicia su ejecución, siempre que se intente conscientemente (conducta dolosa) promover y ayudar a la organización terrorista.

2) En el otro plato de la balanza, es de destacar la muy significativa entidad de la pena: una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce, la misma que en aquel Código se aplicaba a los integrantes de bandas armadas o a los autores de agresiones sexuales graves (56).

bajos de J. A. LASCURAIN (*op. cit.*, págs. 167-168 y 176-177), y M. MEDINA («El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 125 y sigs.).

(56) La excesiva severidad de la pena prevista para las conductas de colaboración ha merecido las críticas de un sector de la doctrina. C. Lamarca ya dijo hace quince años, en relación con los artículos 7 y 9 de la LO 9/1984, que no parecía razonable sancionar la colaboración genérica y ocasional de un extraño con la misma pena que la pertenencia activa a una banda armada. Esa equiparación, que entonces también se recogía en la regulación alemana, podía tener incluso efectos criminógenos, porque fomentaba la plena integración de los colaboradores en la organización. Se podía llegar a castigar con más rigor el acto de favorecimiento que la complicidad o la participación en la ejecución de un delito concreto. La única explicación que encontraba para justificar esa opción legislativa era la dificultad de probar la pertenencia a la banda armada (*op. cit.*, págs. 252-256). Para J. ALVÁREZ, el razonamiento comparativo tiene «trampa»: se intenta dar la

Esta pena, se añade, es sustancialmente mayor que la prevista para conductas análogas en la legislación penal de los países de nuestro entorno (57).

impresión de que la pena es inusitadamente dura mencionando algunos delitos de indiscutible gravedad que se castigan con esa misma pena. Pero no es menos cierto que otras conductas de igual o menor entidad (como las injurias, en su presencia, al Jefe del Estado o al CGPJ) se sancionaban también en el viejo CP con la pena de prisión mayor («Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del TC de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de HB», *Revista La Ley*, núm. 4913, 26 de octubre de 1999, pág. 3).

(57) No es exactamente así. En dos países de nuestro entorno, Francia y Portugal, nos encontramos con penas de un rigor similar (o mayor incluso, si descontamos los beneficios de la reducción de penas por el trabajo). En Francia, los actos de terrorismo dirigidos a «perturbar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror» (art. 421.1 CP, en la redacción dada por la Ley núm. 98-467, de 17 de junio de 1998) están severamente castigados: la pena de reclusión correspondiente a las distintas infracciones se ve incrementada de forma considerable y se imponen otras sanciones complementarias (suspensión de derechos cívicos y civiles, prohibición de residencia, etc). El CP portugués, por su parte, castiga con una pena de prisión de cinco a quince años a quien promueva o funde una organización terrorista, se adhiera a ella o la apoye. La pena se agrava si el grupo posee armas de fuego o sustancias explosivas (art. 300). A estas dos experiencias habría que sumar la última iniciativa legislativa promovida por el Gobierno británico en esta materia. En el mes de diciembre de 1999, tuvo entrada en el registro de la Cámara de los Comunes el «Terrorism Bill», un proyecto de reforma de la legislación antiterrorista vigente [la «Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act» de 1989, las «Northern Ireland (Emergency Provisions) Acts» de 1996 y las secciones 1 a 4 de la «Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act» de 1998] que trata de reconstruir sobre bases permanentes esta normativa de carácter provisional (se proroga su vigencia cada año) destinada a prevenir el terrorismo y facilitar la investigación de los crímenes de las organizaciones que lo practican (el proyecto incluye una lista de organizaciones proscritas, que operan todas ellas en el Ulster). En el artículo 10 de este texto se castiga la pertenencia («membership») a una organización terrorista proscrita con una pena de prisión de hasta diez años de prisión. En el artículo siguiente, el 11, se tipifica como delito la conducta de quien apoya («to support») a una organización de este tipo o sus actividades, solicita ese apoyo o se pone a las órdenes de un miembro de dichas organizaciones. Quien sea considerado autor de este delito será castigado con la misma pena que la persona integrada en la organización (diez años de prisión como máximo). En la parte III («Terrorist property») se sancionan específicamente una serie de conductas relacionadas con el apoyo financiero a estas organizaciones. En Alemania, justo es reconocerlo, la pena que se impone actualmente a quien apoya a una asociación terrorista o hace propaganda de ella sí es sustancialmente menor: de seis meses a cinco años [artículo 129.a).3 CP]. En Italia, el artículo 270.bis CP (incorporado mediante el DL de 15 de diciembre de 1979, núm. 625) se refiere específicamente a las asociaciones con fines de terrorismo y de destrucción del orden democrático: quienes promuevan, constituyan, organicen o dirijan asociaciones que se propongan la realización de actos de violencia con fines de destrucción del orden democrático serán castigados con una pena de reclusión de siete a quince años. A quien participe en tales asociaciones se le impondrá una pena de reclusión de cuatro a ocho años. En caso de atentado contra la vida, la pena mínima es de veinte años. Aumenta en un tercio si se dirige contra personas que ejercen funciones judiciales, penitenciarias o de seguridad pública. Y

3) La norma penal se aplica en este caso a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el curso de una campaña electoral. La Sentencia busca apoyo en la jurisprudencia del TC y del TEDH, que coinciden en exigir una especial moderación en la represión penal de actividades relacionadas con la libertad de expresión de estos dirigentes. El TC se ve obligado a puntualizar, para no desdecirse, que la conducta aquí examinada no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, información y participación política y pueden ser objeto por ello de sanción penal. Pero a renglón seguido señala que, con todo, es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política (58) y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos (en este caso, respecto de la legítima transmisión de información).

se eleva a cadena perpetua si el resultado es la muerte (art. 280). El secuestro de personas con fines terroristas es castigado con la reclusión de veinticinco a treinta años. O la cadena perpétua si el culpable causa la muerte del secuestrado (art. 289.bis). El artículo 306 del CP castiga a quienes promuevan, constituyan u organicen una banda armada con la pena de reclusión de cinco a quince años. Por el sólo hecho de participar en una de estas bandas, se impone una pena de tres a nueve años. En el precepto siguiente, el artículo 307, se tipifica la asistencia a los participantes de una conspiración o de una banda armada: quien, fuera de los casos de participación en el delito o favorecimiento, proporcione refugio o alimentos a alguna persona integrada en una banda armada, será castigado con una pena de reclusión de hasta dos años. La pena se agrava si la ayuda se presta continuamente.

Estas diferencias reflejan, en todo caso, la distinta sensibilidad que las sociedades europeas muestran en relación con el fenómeno terrorista. Y las fluctuaciones que se registran a lo largo del tiempo en cada una de esas sociedades. No me parece un argumento concluyente, porque, si exceptuamos el caso de Irlanda del Norte, la intensidad y persistencia de la amenaza terrorista no ha alcanzado nunca el nivel al que se ha llegado entre nosotros. Y no produce, en consecuencia, la misma alarma. En este mismo sentido, J. Álvarez destaca el hecho de que en los demás países europeos el terrorismo es un fenómeno marginal, de modo que en la actualidad (en contraste con la orientación imperante en los años setenta y ochenta) el legislador se puede permitir el lujo de bajar la guardia y reaccionar de forma menos severa. No tienen la acuciante necesidad de reforzar la función de prevención general (*op. cit.*, pág. 3).

(58) El Magistrado Jiménez de Parga no oculta su perplejidad ante este razonamiento. No alcanza a comprender cómo puede calificarse la conducta atribuida a la Mesa Nacional como una forma de participación política, cuando la actividad política digna de tal nombre está presidida por el respeto a la libertad ajena. Tal vez sea un exceso de rigor cartesiano, pero no entiendo tampoco lo que quiere decir el Tribunal: si una conducta no constituye un ejercicio lícito de un derecho fundamental se sitúa fuera del ámbito constitucionalmente protegido por la norma que lo reconoce. Fuera o dentro: esa es la disyuntiva. La insinuación de que una conducta es ilícita, *ma non troppo*, y por esa razón no debe ser sancionada severamente responde a una lógica que se me escapa.

Da la impresión de que lo que se expulsa por la puerta entra por la ventana. El argumento no se sostiene: ¿por qué regla de tres la sanción penal, excesiva o no, de comportamientos ilícitos puede llegar a desalentar el ejercicio lícito de un derecho fundamental? (59). Lo cierto es que el TC considera que la pena impuesta a los componentes del órgano de dirección de una asociación política es excesivamente dura. En su opinión, «la aplicación de un precepto que contempla una pena mínima de seis años y un día produce un claro efecto disuasorio del ejercicio de las libertades de expresión, comunicación y participación en la actividad pública, aunque las conductas sancionadas no constituyan ejercicio legítimo de las mismas». Este efecto se produciría porque sus titulares no ejercerían sus derechos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación pudiera ser severamente sancionada.

Hay que suponer entonces que la tipificación de las injurias puede provocar ese mismo efecto. O la reciente penalización de las contramanifestaciones respecto de la libertad de reunión y manifestación. Francamente, no creo que la incriminación de esta última conducta, no amparada por ningún derecho fundamental, sea motivo de desasosiego para quienes ejercen con absoluta normalidad estos derechos. Debería producir inquietud, eso sí, en quienes han venido moviéndose al filo de la ley, aprovechándose de la ausencia de una sanción penal específica, pero en la práctica es inocua, porque no se aplica (60).

(59) En realidad, advierte Jiménez de Parga, lo que puede producir ese efecto es la incriminación de la conducta antes que la severidad de la pena. En esta misma línea, S. Huerta ha observado que de producirse ese pretendido efecto disuasorio, no se debería a la magnitud de la pena prevista, sino más bien a «la excesiva amplitud e indeterminación del aludido tipo penal». En cualquier caso, para que se generara efectivamente ese efecto de prevención general, sería preciso que los ciudadanos que aspiran a ejercer legítimamente tales libertades se identificaran con quienes, como los recurrentes, no las han ejercido de manera legítima, algo que no parece probable (*op. cit.*, pág. 47).

(60) Esta apelación a los posibles efectos inhibitorios de determinadas restricciones legales del ejercicio de la libertad de expresión no constituye una novedad. Pueden encontrarse precedentes en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, que resuelve precisamente los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LO 9/1984 de medidas contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, se alude a «los efectos indirectos negativos de «autocensura» en el ejercicio de la libertad de expresión y de información que podían resultar de la amenaza potencial del cierre o clausura temporal del medio de información por el mero hecho de la admisión de una querrela criminal por cualquier tipo de delito relacionado con la actividad terrorista o de bandas armadas que cualquier persona pueda cometer a través de ese medio». Esa coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades reconocidas en el artículo 20 CE fue una de las razones que llevaron al Tribunal a declarar inconstitucional el artículo 21.1 de la citada Ley. Véase asimismo, en relación con «la radical proscripción del desaliento de la... recta actividad informativa» y «la no disuasión de la legítima -diligente- transmisión de información», como «límite constitucional esencial que impone el artículo 20 CE a la actividad legislativa y judicial», la STC 190/1996, de 25 de noviembre.

De todas formas, cuesta aceptar la existencia de este efecto disuasorio, de autocensura, en los sectores que justifican la violencia de ETA cuando en los muros y calles del País Vasco se jalean impunemente las hazañas bélicas de esta organización y las declaraciones de los dirigentes abertzales no ocultan sus simpatías por su macabra ejecutoria. En la sociedad vasca se registra sin duda un efecto de desaliento, pero es de signo contrario. Me refiero a los miles de vascos amordazados que no pueden ejercer su derecho a la libertad de expresión (y otras muchas libertades) por la implacable amenaza de ETA. La sentencia parece olvidar el efecto desmovilizador de la impunidad para el libre

En este punto, hemos de constatar también la aparente asunción por la mayoría del Tribunal de las tesis mantenidas por el Magistrado Vives Antón en algunos Votos Particulares. En el Voto discrepante formulado a la Sentencia 78/1995, de 22 de mayo, por ejemplo, Vives señala que la libertad de expresión «necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable». En su opinión, «las expresiones insultantes vertidas en el presente caso ni son lo suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al Derecho penal criminal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública». Y concluye afirmando que «la mera posibilidad de que aquí se castigue penalmente el exceso me parece contraria al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión». En su Voto Particular a la Sentencia 79/1995, fechada el mismo día, este Magistrado vuelve a reclamar «un ámbito de seguridad lo suficientemente extenso para que quien hace uso de ella pueda calcular las consecuencias de lo que dice o escribe y, si esto es en general cierto, lo es más todavía frente a la incidencia de la vía penal que, por sus peculiares características, comporta el recurso a un instrumento intimidatorio (la pena) mediante el que se intenta evitar que los ciudadanos infinjan la ley». Y añade: «si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión... puede producir sobre ésta un «efecto de desaliento» que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones». Vives sugiere por ello la eliminación de la protección penal del derecho al honor en determinados casos («creo incluso que cabría cuestionarse la constitucionalidad misma del castigo de las injurias leves») y se inclina por la vía civil como único cauce adecuado para exigir una reparación. En el caso del derecho al honor, esa es una opción de política legislativa legítima, pero a la hora de combatir las múltiples formas de colaboración con las organizaciones terroristas sería una irresponsabilidad prescindir de la vía penal. Con mayor o menor fortuna, nuestros tribunales han importado la doctrina norteamericana del «chilling effect», del efecto desalentador que pueden tener determinadas normas o prácticas en relación con el ejercicio de los derechos constitucionales (los enunciados en la I Enmienda, sobre todo). Ese impacto restrictivo viene determinado por la amenaza de una sanción, de la aplicación de un poder coercitivo. En algunos casos, ese «deterrent effect» de la acción estatal es equiparable al de una prohibición directa del ejercicio de tales derechos, porque provoca una reacción de autocensura. Las fuertes indemnizaciones que fijan los jueces en los casos de difamación tienen, sin duda, ese efecto. Véase L. H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.^a ed., The Foundation Press, Inc., Mincola, Nueva York, 1988, págs. 863-864.

ejercicio de los derechos. Pienso en el desánimo que produce la sensación de que son los cómplices de los verdugos los que disfrutan realmente de sus libertades, mientras las víctimas están atemorizadas. Y en la consternación causada en quienes están en el punto de mira de ETA por la sentencia que comentamos. Para algunos, el encarcelamiento de los miembros de la Mesa Nacional de HB fue un atropello que activó las alarmas del Estado de Derecho. En mi opinión, hace mucho tiempo que esas alarmas están encendidas: el imperio de la ley, digámoslo claramente, no rige en el País Vasco (61).

4) Hay que tener en cuenta, por último, que ese efecto disuasorio se refuerza en aquellos supuestos en los que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si una determinada conducta expresiva es lícita o, por el contrario, resulta severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades. Nos encontramos de nuevo ante una argumentación incongruente: si el tipo en cuestión cumple las exigencias de taxatividad, el margen de incertidumbre es perfectamente asumible y no tiene por qué desencadenar ninguno efecto especial en quienes no suelen mantener contactos con ETA.

En el último FJ de la Sentencia, el Tribunal explica que la extraordinaria agravación de la delincuencia terrorista obligó al legislador a introducir, con sucesivas variantes desde 1984, la cláusula omnicomprendiva «cualquier acto de colaboración», con la legítima pretensión de universalidad, de no dejar impune ninguna forma de apoyo, individual o colectiva, a los grupos terroristas. Lo mismo ha ocurrido en otros países que cuentan con legislación antiterrorista. Para el TC, la mayor indeterminación de la conducta típica, que es el coste inevitable de ese tipo de cláusulas (el precio que hay que pagar por la cobertura

(61) Se ha dicho con razón que «la dramática persistencia del terrorismo etarra, pone a prueba la capacidad de conjugar la profunda indignación que suscita con la necesaria serenidad en la respuesta que el Derecho penal puede ofrecer» (A. ASÚA: *op. cit.*, pág. 1644). No se pueden perder los nervios y forzar los límites del Derecho penal. No hay atajos. Estamos obligados a respetar las reglas que nos hemos dado, cualquiera que sea el infractor. Por otra parte, es verdad que no podemos confiar en el arsenal punitivo como único instrumento para solucionar los problemas. Sabemos muy bien que para debilitar las raíces del terrorismo, su sustrato ideológico, hay que trabajar en todos los frentes con firmeza y coraje cívico, arrojando a las víctimas, aislando a los violentos y defendiendo sin complejos los valores democráticos. Pero no nos engañemos, en esa lucha antifascista evitar la impunidad es un ingrediente fundamental: uno tiene la impresión de que ante los mismos hechos unas veces se actúa y otras muchas no (la pasividad ante la violencia callejera es escandalosa). No se trata de endurecer las penas o de intensificar la represión penal. Se trata simplemente de aplicar la ley, sin aspavientos y sin tantas fluctuaciones motivadas por razones de oportunidad.

universal), sólo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación del marco o elenco punitivo. Este es, a mi modo de ver, el único argumento de peso (no concluyente, en todo caso) que pone sobre la mesa la Sentencia.

Lo que el TC deduce del principio de proporcionalidad, en sentido estricto, es la exigencia de que el juez tenga a su disposición los resortes legales necesarios a la hora de adecuar la pena a las distintas formas de colaboración (de muy diferente gravedad) que pueden presentarse. De otro modo, el aplicador del Derecho se encontraría ante la disyuntiva de incurrir en una evidente desproporción o dejar impunes conductas particularmente reprochables.

Y ese es precisamente el dilema al que se enfrenta el juez que tiene que aplicar el artículo 174 bis.a) CP, porque la pena mínima es muy elevada. Desproporcionada, a la postre. En palabras del Tribunal, el precepto resulta inconstitucional «en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración con banda armada». No es, pues, la apertura inevitable de la conducta típica la que resulta constitucionalmente objetable, sino la rigidez del cuadro punitivo, de la horquilla prevista, la ausencia de una apertura por el lado de las penas, simétrica a la del tipo, como justa contrapartida. La Sentencia reprocha al legislador la falta de elasticidad en la determinación de las penas, que impide al juzgador imponer una sanción proporcionada a las circunstancias concurrentes (en este caso, una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo) (62).

(62) Para J. M. PERIS y P. J. CUESTA [Comentario a la STC 136/1999, de 20 de julio (Proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas), *Revista La Ley*, núm. 4970, 14 de enero de 2000], la decisión del TC es un acierto. En la misma línea, J. JIMÉNEZ VILLAREJO (*op. cit.*, págs. 3-6) ha considerado fecunda la vía abierta por el TC en esta Sentencia. En realidad, explica este autor, el TC no emite un juicio global de falta de proporcionalidad de la pena prevista en relación con la entidad del delito. Lo que hace es poner de relieve que mediante el recurso a tipos imprecisos, que permiten la subsunción de actos cuya gravedad puede ser muy dispar, se crea un riesgo de desproporción entre infracción y sanción penal que el legislador debe conjurar poniendo a disposición de los jueces instrumentos de determinación penal más eficaces (pág. 4). L. Ferrajoli va más lejos incluso y se muestra contrario a la fijación de un mínimo legal cuando se trata de penas privativas de libertad: es preferible «confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo» (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 1995, pág. 400). De esta solución discrepa, en cambio, J. Álvarez: si el problema es, en el fondo, la falta de taxatividad del tipo, esa indeterminación no puede paliarse con un aumento de las facultades del juez en el ámbito sancionador. La ampliación del margen de maniobra del juez penal podría producir efectos no deseados: una mayor inseguridad jurídica y la quiebra del mandato de igualdad ante la ley. Cuando el juez puede escoger la sanción dentro de un abanico desmesuradamente amplio se convierte en legislador (*op. cit.*, pág. 4).

Antes de dictar el fallo, el TC hace dos observaciones finales. Por un lado, afirma que no es preciso suscitar cuestión interna de inconstitucionalidad acerca del precepto en cuestión, porque ya quedó derogado con la entrada en vigor del vigente CP (63). Por otro, señala que entra dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la vía concreta para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas. Como es sabido, el Gobierno ya remitió a las Cortes Generales en octubre de 1999 un proyecto de LO de modificación del CP de 1995 en materia de delitos de terrorismo. De aprobarse este texto, la pena mínima en los supuestos de colaboración con banda armada será de tres años de prisión y nueve meses de multa (64). De momento, sigue en vigor el artículo 576.1 del CP de 1995, que castiga los actos de colaboración con bandas terroristas con una pena de cinco a diez años de prisión.

En cuanto al contenido del fallo, el TC otorga el amparo por la vulneración del derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE (no por la violación de los derechos reconocidos en los arts. 20 y 23), una vulneración que se produjo «al ser aplicado al caso» el artículo 174.bis.a) del CP de 1973, y declara la nulidad de la sentencia impugnada, que sería, con arreglo al artículo 55.1.a) LOTC, la decisión que impidió el pleno ejercicio del derecho. Esta declaración se compadece mal, en mi opinión, con la tesis defendida para fundamentar el fallo (la responsabilidad es del legislador). Pero seguramente no había otra forma de restablecer a los recurrentes en sus derechos.

2. La *ratio decidendi* de la Sentencia es rebatida en los VP de los Magistra-

(63) De ahí que no se incluya en el fallo una declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* del precepto. Tampoco se solicitaba en la demanda de amparo la elevación al Pleno de una cuestión por la vía prevista en el artículo 55.2 LOTC. En el correspondiente Suplico se pedía el otorgamiento del amparo, el reconocimiento de los derechos de los recurrentes que se estimaban infringidos y la declaración de nulidad de los Autos y la Sentencia impugnada. Para los recurrentes, repito una vez más, el problema no estaba tanto en el precepto legal, como en su aplicación por el órgano judicial. En el proceso *a quo*, la representación de los acusados sí solicitó de la Sala 2.^a del TS el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 576.2, inciso quinto, del vigente CP, al entender que era el precepto aplicable al caso.

(64) BOCG. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, N.º 189-1, 29 de octubre 1999. A tenor del artículo único de este proyecto, el apdo. 1 del artículo 576 CP quedará redactado en los siguientes términos: «1. Será castigado con las penas de prisión de tres a diez años y multa de nueve a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista». Se rebaja la pena mínima «a fin de que los Tribunales puedan disponer de la suficiente flexibilidad para adecuar con justa proporción la sanción merecida a las circunstancias de mayor o menor gravedad concurrentes en cada caso concreto» (Exposición de Motivos).

dos V. Conde, M. Jiménez de Parga y R. Mendizábal, que coinciden en su enérgica oposición a la estimación del recurso. En los dos últimos, por cierto, es patente la voluntad de no molestar al TS. Mendizábal comienza su Voto diciendo que la Sentencia es un error jurídico, pero no le preocupa tanto como la solución alternativa que se había barajado, que era la de enmendar la plana al TS en sus funciones privativas de interpretar la ley y valorar la prueba: «me complace que en nuestra Sentencia se reconozca paladinamente que la del TS no se ha salido ni un ápice del ámbito donde constitucionalmente ha de ejercerse la potestad de juzgar, aplicando como no podía hacer otra cosa una ley, la pertinente al caso».

Me centraré en el VP de Conde, porque me parece el más persuasivo. El disenso de Conde es radical, sin paliativos. Recuerda, de entrada, que el precepto cuya inconstitucionalidad se declara en la parte dispositiva de la Sentencia ya fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, dirigido contra la LO 3/1988, que fue desestimado por la STC 89/1993. De modo que el silencio del TC en aquella ocasión podía haberse interpretado perfectamente como un aval de su constitucionalidad, que tampoco ha sido cuestionada a lo largo de estos años por los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación.

Conde discrepa de la mayoría porque está convencido de que al entrar a juzgar sobre la proporcionalidad de las penas, el TC invade un terreno, un espacio de decisión, que corresponde al legislador y se aparta por primera vez de una actitud de cautela que había venido proclamando hasta ese momento. No hay precedentes, en efecto, de una declaración de inconstitucionalidad de un precepto penal por la desproporción de la pena. La Sentencia se hace eco de la jurisprudencia emanada sobre el particular del TC y del TEDH y se esfuerza por demostrar la existencia de una continuidad lógica entre la doctrina sentada en las sentencias anteriores y la actual. Pero no existe tal continuidad. Al contrario, lo que se observa es un salto cualitativo, una ruptura no explicitada (65). Entre otras razones, porque en la mayoría de las resoluciones que se citan (todas en el caso del TEDH) se enjuician actos de aplicación, y no siempre de una ley penal. Y en las contadas ocasiones en las que se examinó directamente la constitucionalidad de una ley penal, las reservas en torno a la aplicación de esta vertiente del principio de proporcionalidad pesaron más y el fallo fue siempre desestimatorio.

(65) El cambio de criterio no se fundamenta suficientemente y parece más bien una respuesta ocasional que no inaugura una nueva doctrina general aplicable en el futuro (J. ÁLVAREZ: *Op. cit.*, pág. 5). Como señala Mendizábal, de unas sentencias anteriores, en las que el TC venció la tentación de un control de proporcionalidad, se extraen los *obiter dicta*, las reflexiones a mayor abundamiento que no se utilizaron como *ratio decidendi*, para construir con ellas una sedicente doctrina que sirva de respaldo a una decisión nueva. Para S. Huerta, en cambio, no puede hablarse de un verdadero cambio de criterio: el Pleno podía haberlo hecho, pero se reproducen los mismos argumentos y se mantienen las mismas cautelas (*op. cit.*, pág. 46).

En rigor, sólo pueden citarse 4 precedentes (negativos todos) de enjuiciamiento de una norma penal desde el prisma del principio de proporcionalidad: las SSTC 160/1987; 19/1988; 55/1996 y 161/1997 (66). En todas ellas, se ex-

(66) En la STC 65/1986, de 22 de mayo, ya se había suscitado la cuestión por la vía del recurso de amparo. El recurrente, un almacenista condenado a una pena de dieciséis años y cuatro meses de reclusión como autor de un delito de malversación de caudales públicos (art. 394.4 en conexión con 399 del CP), consideraba esa sanción, la mínima de las posibles con arreglo a la ley, manifiestamente desproporcionada, en comparación con las penas previstas en el mismo Código para los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida (arresto mayor). Y no le faltaba razón, porque el delito de malversación cuando la cuantía superaba los dos millones y medio de pesetas se castigaba con una pena que podía llegar a los veinte años (la misma que se prevé para el homicidio). Pero el TC, consciente de las implicaciones del planteamiento del actor, advierte que «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador», aunque no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia o la dignidad de la persona, supuesto que notoriamente no se daba en ese caso. No cabe deducir, por tanto, del artículo 25.1 CE «un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito». La Sentencia recuerda que en los casos de malversación no se castiga la simple apropiación de bienes ajenos. Se castiga la apropiación de bienes públicos, que merecen una especial protección, y la violación de un deber personal de fidelidad respecto del Estado. No obstante, el propio órgano judicial (la AP de Teruel) creyó necesario utilizar las facultades que le concedía el artículo 2.2 del CP y solicitó del Gobierno la concesión de un indulto parcial. Véase, en el mismo sentido, la STC 160/1987, de 27 de octubre.

En la STC 19/1988, de 16 de febrero, lo que se discute no es la magnitud de la pena, sino la decisión del legislador de permitir la imposición de una pena privativa de libertad en el supuesto de impago de una multa. La norma cuestionada era el artículo 91.1 del CP entonces vigente, que disponía que «si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria, que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta». A pesar de los paliativos y suavizaciones que rodean su aplicación judicial (como la posibilidad de pagar la multa a plazos o de obtener la suspensión condicional de la condena), el Juez que planteó la cuestión consideraba que la medida era desproporcionada, porque existían otras menos gravosas. El TC comienza advirtiendo que el arresto sustitutorio del insolvente es un expediente legal que aparece recogido en otros ordenamientos de nuestro entorno. Admite seguidamente que frente a los casos de insolvencia pueden concebirse respuestas normativas distintas, pero «este Tribunal no ha de hacer las veces de legislador ni puede, específicamente, considerar arbitrarias las determinaciones de éste cuando las mismas, no expresamente prohibidas por la Constitución, tienen su fundamento... en la previa apreciación de la responsabilidad criminal de quien quebrantó la ley penal, sin que... sea aquí posible, por las propias características de la norma enjuiciada, ponderar la proporción entre la medida legalmente prevista y el daño inferido en el bien penalmente tutelado». El juicio de proporcionalidad se detiene aquí, descartándose la posibilidad de «ulteriores indagaciones sobre la corrección de la opción concreta incorporada a la norma» o la procedencia de un pronunciamiento sobre «hipotéticas formulaciones del precepto distintas de la actual y que, expre-

trema la cautela para no suplantar al legislador democrático, aunque, *obiter dictum*, se deja abierta esa vía (67). Conde cree conveniente reproducir en su literalidad el FJ. 6.º de la STC 55/1996, cuyo ponente fue también C. Viver. En este fundamento, parcialmente transcrito en la Sentencia, se insiste en la libertad del legislador a la hora de seleccionar los bienes jurídicos que dimanar de un determinado modelo de convivencia social y los comportamientos atentatorios contra ellos, y también a la hora de determinar las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo. El diseño de la política criminal corresponde en exclusiva al legislador, como representante en cada momento histórico de la soberanía popular. Y dispone para ello de plena libertad, porque la Constitución no impone o predetermina una solución precisa y unívoca (68). La suya es una decisión política, que debe enjuiciarse con arreglo a criterios políticos, siempre que se mueva dentro del marco constitucional, en el que tienen cabida diversas opciones.

Por eso, el canon de proporcionalidad no se puede aplicar al legislador de la misma manera, con el mismo rigor o intensidad, que a los órganos encarga-

sando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen... la gravedad de la responsabilidad personal». En suma, la norma enjuiciada «no puede considerarse inconstitucional por desproporcionada». Y más si se tiene en cuenta el amplio margen que se concede al juzgador para aplicarla en atención a las características de cada caso (FJ. 8.º).

(67) Una de las pocas excepciones en este panorama de inquebrantable autocontrol es la STC 36/1991, de 14 de febrero, que resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra las leyes que regulaban los tribunales tutelares de menores. En esta decisión, el Pleno del TC declaró respecto de las medidas de internamiento en un centro en régimen semiabierto impuestas a menores la «imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase». Este mismo argumento ha llevado al TC a estimar, en su Sentencia 61/1998, de 17 de marzo, el amparo solicitado en nombre de un menor.

La postura de nuestro TC en las dos últimas decisiones (55/1996 y 161/1997) ha sido criticada por S. Huerta. A su juicio, la necesaria actitud de prudencia se transforma en ambas sentencias en la concesión de un «cheque en blanco» al legislador penal. El TC no sólo pudo, sino que debió haber llegado entonces a la misma conclusión que en la Sentencia 136/1999 (*op. cit.*, págs. 42 y 46).

(68) La relación entre «la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado» (STC 161/1997, de 2 de octubre). No existe un criterio objetivo, universal y atemporal para calibrar la relevancia de los distintos bienes penalmente protegibles (J. ÁLVAREZ: *Op. cit.*, pág. 5). En otras palabras, no podemos apelar a criterios naturales, sino sólo a «criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para establecer la calidad y la cantidad de la pena adecuada a cada delito» (L. FERRAJOLI: *op. cit.*, pág. 398). No se puede perder de vista, además, que la función del legislador no es «ejecutar» aplicar la Constitución. Se le reconoce una amplia libertad de configuración política.

dos de aplicar la leyes. El TC no puede inferir del texto constitucional una pena exacta, como única concreción posible de la proporcionalidad constitucionalmente exigida. Es verdad que la legislación penal no es un ámbito exento de control. Pero resulta muy arriesgado fundar una competencia en la posible existencia de supuestos-límite, de flagrante arbitrariedad. El control debe constreñirse al contenido mínimo del principio de proporcionalidad de las penas. El propio TC ha reconocido en la Sentencia 161/1997 que las consideraciones políticas y de oportunidad «le son institucionalmente ajenas».

Pues bien, si lo que no se hizo en ninguna de las ocasiones precedentes se hace ahora, será necesaria una fundamentación suficientemente sólida y rigurosa para justificar la novedad. Pero la Sentencia no acierta a explicar claramente por qué se ha dado ese paso. ¿Qué hay realmente de nuevo en este caso? Parece que la novedad radica en la relación de la conducta sancionada con determinados derechos y el famoso efecto de desaliento. Mendizabal va más allá y opina que en este caso había menos razones para entrar al capote que en los anteriores. En la 53/1994, el Tribunal no consideró desmesurada la aplicación de una pena de dos años por pescar cangrejos en tiempo de veda a personas multi-reincidentes, de acuerdo con Ley de Pesca Fluvial de 1942 (69). En las Sentencias 55/1996, de 28 de marzo, y 161/1997, de 2 de octubre, el TC dio por buenas las penas previstas para los insumisos que se niegan a cumplir la prestación social sustitutoria (70) y para quienes se niegan a someterse a la

(69) Meses después de dictarse la STC 136/1999, algunos diarios se hicieron eco de la consternación provocada entre los vecinos de un pueblo de la Alpujarra granadina por la decisión de un fiscal de pedir una pena de dos años y tres meses de prisión y una multa de 250.000 pesetas para un modesto pastor que había arrancado un manojo de 190 gramos de una especie de manzanilla en peligro de extinción (una circunstancia que él ignoraba) dentro de los límites del Parque Nacional de Sierra Nevada. En el escrito de acusación en el que solicitaba tan desorbitada pena el fiscal le consideraba autor de un delito relativo a la protección de la flora y fauna por hacer lo que siempre había hecho: coger manzanilla para sus hijos con fines medicinales. En concreto, se le imputaba la conducta tipificada en el artículo 332 del nuevo CP: «El que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses». Con la agravante prevista en el artículo 338: «Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas».

(70) La STC 55/1996 desestimó una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 2.3 de la LO 8/1984, que no se ajustaba, en opinión de los órganos judiciales proponentes, al principio de proporcionalidad derivado de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE y entrañaba, por la magnitud de la pena prevista, un sacrificio desproporcionado de los derechos a la libertad personal y a la libertad ideológica. Los autos de cuestionamiento destacan el dato de que el bien jurídico protegido por la norma es el cumplimiento de una obligación meramente adminis-

prueba de alcoholemia, negativa tipificada como un delito de desobediencia grave que se castiga con una pena de seis meses a un año de prisión, con la circunstancia añadida de que el delito principal, conducir en estado de intoxicación alcohólica, estaba sancionado con menos severidad (71). Siempre hay una

trativa, por lo que la pena de privación de libertad prevista resulta desproporcionada. La idoneidad de la medida para asegurar la finalidad, constitucionalmente relevante, perseguida por esta norma (el recto cumplimiento de la prestación social sustitutoria) es, para el TC, indudable. Esta prestación se inspira en la solidaridad social e intenta satisfacer fines colectivos socialmente útiles. Junto a esa finalidad inmediata, el precepto cuestionado tiende también a preservar de forma indirecta la efectividad del deber constitucional de contribuir a la defensa de España (art. 30.1 CE), puesto que sanciona el incumplimiento de la obligación impuesta a quienes han quedado exentos del servicio militar obligatorio. En cuanto a la necesidad de la medida, la Sentencia afirma que, con independencia del juicio de oportunidad que pueda merecer la pena impuesta al objetor que se niega a realizar la prestación social, no cabe sostener la innecesidad de una pena privativa de libertad o el excesivo rigor de su cuantía (de dos años y cuatro meses a seis años, sin contar con la posible concurrencia de beneficios penitenciarios). Debe tenerse en cuenta el hecho de que la prestación que elude el infractor se prolonga en la actualidad (1996) durante un período de trece meses y supone un importante condicionamiento de la vida personal y familiar, además de la sujeción a una cierta disciplina. Si se hace un análisis comparativo con otras decisiones del legislador, se llega igualmente a la conclusión de que la elección de la sanción no ha sido arbitraria, sin que se advierta en la norma el «patente desfase valorativo» que veta el principio de proporcionalidad. Por un lado, la pena es idéntica a la prevista para quienes rehúsan el cumplimiento del servicio militar. Y por otro, la inobservancia de otros deberes generales de los ciudadanos contemplados en la Constitución también resultan sancionados con penas privativas de libertad similares. Finalmente, es notorio que no se produce un desequilibrio irrazonable entre la entidad del delito y la entidad de la pena. A pesar de la dureza evidente de toda pena privativa de libertad que no es remisible condicionalmente debido a su cuantía, la trascendencia de las finalidades a las que sirve el precepto excluye la existencia de un desequilibrio incompatible con el principio de proporcionalidad.

Con posterioridad, el Pleno del TC ha inadmitido mediante los Autos 214 y 216/1996, de 18 de julio, y 319/1996, de 29 de octubre, sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con el artículo 135.bis.i) del derogado CP, que tipificaba como ilícita la conducta de quien, citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las FFAA rehusare sin causa legal este cumplimiento. En realidad, el precepto aplicable en ambos casos y, en consecuencia, el que había que considerar cuestionado, era el mismo que en la STC 55/1996 (el art. 2.3 de la LO 8/1984). De ahí que se reitera la doctrina sentada en esta última decisión.

(71) La cuestión de inconstitucionalidad desestimada mediante la STC 161/1997, había sido planteada por un Juez que consideraba contraria al principio de proporcionalidad de las penas la sanción prevista en el artículo 380 del CP («El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código»). Para el órgano judicial proponente, no había proporción entre el desvalor del comportamiento que tipifica el precepto y la pena de prisión de seis meses a un año que se le asigna. A esa conclusión se llegaría por dos vías: por un lado, se aduce la suficiencia protectora de la seguridad viaria de medidas alternativas de índole procesal o administrativa;

primera vez, admite Mendizabal, pero no parece ésta la más indicada. Resulta paradójico que se haya respetado la libertad del legislador para combatir mo-

y por otro, la comparación de la conducta típica sancionada con la propia del delito de desobediencia grave, y de la pena prevista con la que merece la conducta a cuya detección se dirigen las pruebas requeridas (arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses, y privación del derecho a conducir un vehículo a motor por un tiempo que oscila entre uno y cuatro años).

En una primera aproximación al problema, el TC examina los bienes e intereses que la norma cuestionada quiere preservar. No cabe duda de que la finalidad inmediata del precepto es la protección de la seguridad en el tráfico rodado y el riesgo que se trata de evitar lo es fundamentalmente para la vida o la integridad de las personas. Basta esta constatación para afirmar el carácter socialmente relevante de los bienes e intereses protegidos, cuya indiscutible trascendencia deberá tenerse presente al enjuiciar la proporcionalidad de las penas. Entrando ya en la segunda fase del test de proporcionalidad, la Sentencia recuerda que el órgano judicial no pone en duda tampoco la idoneidad cualitativa de la sanción para procurar el sometimiento de los conductores a las pruebas de detección. Sí alega, en cambio, la existencia de otras medidas menos gravosas. El Ministerio Fiscal sugiere concretamente la inmovilización del vehículo, las sanciones administrativas preexistentes y la imposición de dichas pruebas por los Juzgados de Instrucción. Pues bien, «las medidas alternativas aducidas o no son palmariamente menos gravosas para los ciudadanos... o no tienen de forma manifiesta una similar eficacia...». Pero las dudas del órgano judicial y del Fiscal se centran en la proporcionalidad, en sentido estricto, de la pena. El cotejo de la sanción del artículo 380 CP con la más leve del artículo precedente que castiga la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol, la comparación de la gravedad del comportamiento ahora incriminado con las conductas que vienen catalogándose como de desobediencia grave, la impunidad de la negativa del imputado a someterse a pericias de indagación en relación con cualquier otro tipo de delitos y la intención del sujeto activo del delito de velar por su defensa o por su dignidad, serían los factores que romperían el equilibrio entre el desvalor de la conducta y la cuantía de la pena. Ninguno de estos argumentos, que apuntan a la existencia de un agravio comparativo, resulta convincente para sostener el reproche de inconstitucionalidad. No se aprecia un desequilibrio patente o excesivo, a pesar de la severidad sancionadora que supone la imposición de una pena privativa de libertad. El Tribunal hace, en este punto, una importante advertencia, que podría aplicarse al delito de colaboración con banda armada: «no siempre el legislador considera en el CP vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no atajarse el peligro abstracto, se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo». Además, la obligación de someterse a las pruebas no pretende únicamente evitar una conducta delictiva peligrosa (conducir bajo la influencia del alcohol o de las drogas), sino también detectar y evitar la comisión de homicidios y lesiones imprudentes. A juicio del Tribunal, «no puede calificarse en absoluto de irrazonable el que el legislador haya decidido catalogar como grave un determinado tipo de desobediencia en virtud de que se produce en un ámbito socialmente tan trascendente como es el de la seguridad del tráfico». Dicha sanción no supone, en definitiva, «un sacrificio inútil, innecesario o excesivo de la libertad».

De esta conclusión discrepó el Magistrado Ruiz Vadillo, que suscribió un Voto Particular (al que se adhirió García-Mon) en el que se sostenía la existencia de «una evidente desproporción, llamativa, fuera de lo que se puede entender por lógica jurídica, entre la pena asignada a la falta

dalidades de delincuencia con menor peligro social y se le niegue ahora esa libertad en relación con los delitos de terrorismo.

La tercera objeción que plantea Conde en su VP se refiere a la falta de consistencia de la fundamentación de la Sentencia y al resquicio que se abre con ella para que en el futuro se puedan formular ante el TC pretensiones de control que hasta ahora no había querido asumir y que no está en condiciones de realizar. Este Magistrado no esconde sus reservas sobre la entidad conceptual del principio de proporcionalidad, en sí mismo considerado. Este principio no está enunciado en nuestro texto constitucional. Y no existe aún una construcción dogmática o jurisprudencial depurada (como en el caso del principio *non*

de colaboración y la establecida para el delito principal». Y se proponía como alternativa más eficaz desde el punto de vista de la prevención general la elevación de la pena asignada al delito principal. El otro Voto Particular que formuló a esta Sentencia el Magistrado García Manzano (con la adhesión de Gimeno Sendra), abunda en esa tesis. La coerción penal resulta innecesaria en este caso porque «ya existían y existen medios alternativos de menor entidad aflictiva y a los que cabe atribuir la misma o superior eficacia» (se hace referencia al arsenal de medidas administrativas que pueden arbitrarse a tal fin, sin necesidad de criminalizar una conducta que infringe una norma de policía de circulación). Más patente aún es la desproporción en su dimensión cuantitativa, desde el momento en que se asigna una pena superior al delito instrumental del artículo 380, que al delito principal. García Manzano esgrime además otro argumento: el encuadramiento de esa negativa dentro de los delitos de desobediencia. En su opinión, la conducta aquí sancionada no responde al dolo específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad.

Esta cuestión ha vuelto recientemente a las primeras páginas de los periódicos a raíz de la sorprendente decisión de la Sala de lo Penal del TS (Sentencia de 9 de diciembre de 1999) de absolver al diputado socialista J. Barrero de un delito de desobediencia grave por su negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, cuando fue requerido para ello por una patrulla de la Guardia Civil en el curso de un control preventivo. La Sala, después de calificar este delito de «polémica figura penal», que ha sido objeto de «fundadas críticas», y aludir a la STC 161/1997, que convalidó el denostado artículo 380 CP desde la perspectiva constitucional, inaugura una nueva línea jurisprudencial (razonable, pero difícilmente conciliable con la inequívoca voluntad del legislador de 1995 y la decisión del TC), en virtud de la cual cuando el conductor detenido en un control preventivo no presenta síntomas evidentes de estar bajo la influencia del alcohol (los agentes no observaron en este caso síntomas de embriaguez), su negativa a la práctica de la prueba no reviste caracteres de delito, constituyendo una simple infracción administrativa que la Ley de Seguridad Vial castiga con una multa y la suspensión del permiso de conducción. Este giro jurisprudencial responde a una nueva exégesis del artículo 379 CP, según la cual no es delito conducir con una determinada tasa de alcohol en la sangre si ello no provoca una «indudable alteración de las facultades físicas y psíquicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción». Lo que el tipo exige es que se conduzca un vehículo de motor «bajo la influencia» del alcohol o de otras sustancias legalmente previstas, con el consiguiente riesgo para los bienes jurídicos protegidos. De ahí la relevancia de otros medios de prueba, como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse del imputado y en particular el de los agentes de la autoridad, en cuyas manos queda prácticamente la calificación de la conducta como delito o infracción administrativa.

bis in idem, por ejemplo) que permita una utilización segura del mismo como canon de constitucionalidad, lo que hace aconsejable la máxima prudencia (72).

Una prudencia que viene presidiendo, como nota común y constante, los pronunciamientos de los órganos de la justicia constitucional de otros países. En el caso de Italia, la última decisión dictada por la Corte Costituzionale en esta materia es un buen botón de muestra. La Ordenanza núm. 207/1999, del pasado 26 de mayo, declaró la «manifesta infondatezza» de la cuestión de legitimidad constitucional relativa al artículo 49 del Decreto legislativo de 26 de octubre de 1995, núm. 504, en la parte en que penaliza el transporte de carburantes sin la específica documentación con la misma pena prevista para la sustracción del producto petrolífero al pago del impuesto (una pena mínima de seis meses de reclusión y multa, que el juez *a quo* consideraba desproporcionada en relación con el desvalor social de la conducta). Y lo hizo recordando una vez más la doctrina sobre los límites de la jurisdicción constitucional a la hora de enjuiciar las decisiones del legislador en el ámbito penal o sancionador: «la configuración de los tipos y la determinación de las penas forman parte de la política legislativa y se encomienda, por tanto, a la discrecionalidad del legislador, censurable solamente en caso de manifiesta irrazonabilidad». Pues bien, «si la decisión de someter tal conducta a una sanción penal no puede ser censurada y si no parece manifiestamente irrazonable ni desproporcionado respecto del desvalor de la conducta la pena mínima establecida, no hay razón para apartarse de la consolidada orientación de la jurisprudencia constitucional, según la cual no corresponde a la Corte remodelar las decisiones punitivas del legislador ni establecer cuantificaciones sancionatorias» (73).

(72) Se corre el riesgo de que la exigencia de proporcionalidad acabe convirtiéndose en «una especie de bálsamo de fierabrás» (L. Aguiar, Presentación del núm. 5, monográfico, de *Cuadernos de Derecho Público*), polivalente y omnipresente, en un «caprichoso y subjetivo supra-concepto —sinónimo de moderación o equilibrio—» (J. BARNÉS: *Op. cit.*, pág. 49) que lo mismo sirve para un roto que para un descosido.

(73) La Corte no hace sino reiterar la doctrina sentada en resoluciones anteriores, como las Sentencias núm. 217 y 370 de 1996, o las ordenanzas núm. 89, 165, 190 y 456 de 1997 o la núm. 435 de 1998. En este caso, la conducta que se tipifica como ilícito penal es una forma de eludir las obligaciones fiscales y esa pretensión entraña, a juicio del legislador, un importante desvalor social, que justificaría el establecimiento de un límite mínimo elevado.

Se suele citar como *leading case* la Sentencia núm. 217, de 1996, que declaró «no fundada» la cuestión de legitimidad constitucional promovida en relación con el artículo 1.1.3 del Decreto legislativo de 22 de enero de 1948, núm. 66, en la parte en la que preveía una pena mínima de un año de reclusión, en la hipótesis básica, y de dos años en la agravada, que era la más frecuente. A juicio de los jueces proponentes, la previsión de una sanción mínima tan elevada respondía a una línea de excesivo rigor, que sólo se justificaba en atención a las agudas tensiones sociales que

En Francia, la Decisión del Conseil Constitutionnel núm. 96-377 DC, de 16 de julio de 1996, sobre la Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme, me parece especialmente significativa. Los diputados y senadores que cuestionaron la constitucionalidad de diversos preceptos de esta Ley, que incorporaba al artículo 421.1 del Código Penal como un acto de terrorismo la conducta consistente en ayudar o facilitar la entrada, circulación o estancia irregular de un extranjero en Francia (sancionada con una pena de cinco años de prisión por una ordenanza de 1945) en el supuesto de que formara parte de una organización terrorista, alegaban que el legislador había incurrido en una desproporción manifiesta, infringiendo además el principio de la necesidad de las penas (quien ayuda al autor de un acto terrorista puede ser perseguido como cómplice).

El Consejo examinó, en primer lugar, la compatibilidad con la Constitución del artículo 21 de la ordenanza de 1945 (una norma ya promulgada, pero modificada por la ley que se sometía a la revisión del Conseil). Y pese a la discutible severidad de la pena prevista, dejó muy claro que corresponde al legislador, teniendo en cuenta los objetivos que se marque en materia de orden público por tratarse de la entrada y la estancia de extranjeros, fijar, dentro del respeto a los principios constitucionales, las reglas relativas a la determinación de los delitos y de las penas correspondientes.

marcaron la época en que se aprobó la norma. La Corte, que destacó la trascendencia del bien protegido por la norma, apeló de nuevo al límite de la «ragionevolezza» como único parámetro aceptable a la hora de verificar la constitucionalidad de las decisiones discrecionales del legislador en orden a la represión de los actos delictivos que impidan u obstaculicen la libre circulación o navegación. La Corte no puede invadir esa esfera que la Constitución reserva al legislador. En este sentido, es ilustrativa la declaración contenida en la Ordenanza núm. 456 de 1997, en relación con la tutela penal de las denominaciones de origen: «en cuanto a la supuesta violación del artículo 27.2 de la Constitución por el irrazonable ejercicio de la discrecionalidad legislativa en la determinación de la pena, deducida por el juez *a quo* de la ausencia de una hipótesis atenuada para las violaciones de menor entidad, debe recordarse que esta Corte ha afirmado muchas veces que la configuración de las conductas delictivas y la valoración de las consecuencias penales forman parte de la política legislativa y pertenecen, por tanto, a la incensurable discrecionalidad del legislador, con el único límite de la «manifiesta irragionevolezza», que debe excluirse sin duda en el supuesto en que dos conductas de distinto desvalor son tratadas de forma homogénea por el legislador en el plano sancionador, porque en este caso la adecuación de la pena al efectivo desvalor de la conducta entra dentro de las facultades del juez» en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, dentro siempre de los límites fijados por la ley.

Una de las pocas excepciones a la tónica general de suma cautela en la relación con el legislador penal es la Sentencia núm. 341 de 1994, que dedujo la manifiesta irrazonabilidad de una pena mínima del contraste con el tratamiento sancionatorio previsto para otras conductas análogas. El definitivo arraigo en la conciencia social de la convicción en torno a la patente *incongruencia de la previsión sancionadora establecida en la norma sometida al escrutinio de la Corte*, llevó a ésta a anular la pena mínima prevista para el delito de ultrajes o injurias.

En segundo lugar, y respecto de los artículos 16 y 17 de la Ley, que modificaban el artículo 433 del CP, el Consejo descartó las vulneraciones alegadas, al entender que «las penas previstas por estos artículos, que el juez puede imponer por un montante y una duración inferiores, no entrañan una desproporción manifiesta; (y) que en ausencia de tal desproporción, no corresponde al Conseil constitutionnel sustituir la apreciación del legislador por la suya propia en lo que concierne a la necesidad de las penas asignadas a las infracciones definidas por éste».

Volviendo a la Sentencia 136/1999, Conde analiza su estructura argumental y advierte que a la hora de aplicar el test de idoneidad del precepto penal para alcanzar los fines que se propone, no se ha dado la suficiente relevancia a la necesaria represión del terrorismo ni a la protección de los derechos fundamentales de las potenciales víctimas, como fin de la norma. En su opinión, no se extraen todas las consecuencias posibles de cara al test de proporcionalidad en sentido estricto. La amenaza terrorista que gravita no sólo sobre las instituciones públicas sino también sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos, es un lacra que justifica una reacción penal contundente. No es casualidad que la propia Constitución se refiera a este fenómeno en el artículo 55.2. Y pocas dudas caben sobre el rechazo de este tipo de acciones por parte de la inmensa mayoría de los ciudadanos de este país.

Conde se muestra especialmente crítico con el argumento del efecto disuasorio, que se traslada desde su ámbito natural, en el plano de la aplicación del Derecho, al plano del enjuiciamiento abstracto de la ley. De entrada, no es lógicamente convincente que, declarada la ilicitud penal de una conducta, que no está amparada por ningún derecho fundamental, se venga de hecho a eliminar o excluir las consecuencias penales de esa ilicitud, previamente afirmada, por el potencial efecto de desaliento. No se puede afirmar una cosa y la contraria. En opinión de este Magistrado, es un puro artificio dialéctico la idea del efecto desaliento aplicada a una conducta que no se ha tenido inconveniente en considerar delictiva y no cubierta por un derecho fundamental.

Cualquier tipo penal produce un efecto de desaliento. Es precisamente lo que se persigue con la función de prevención general y especial: el desestimiento de los potenciales delincuentes. Pero ese efecto, que se refiere a la acción típica, no tiene por qué extenderse a conductas lícitas ajenas a ella. El efecto de desaliento derivado de un delito de estafa se proyectará sobre ulteriores conductas estafadoras, pero no tiene por qué perturbar la lícita actividad mercantil de un ciudadano honrado (74). La Sentencia se vale de ese ardid dia-

(74) Mendizábal opina también que el efecto disuasorio no es motivo de reproche, sino todo lo contrario. Si desalienta a los potenciales colaboradores, mejor que mejor: es la función de prevención general propia de toda pena.

léctico, de ese hallazgo, para llegar donde quiere ir. Pero no es un criterio serio, sólido, bien establecido. Como dice Conde, es un concepto demasiado evanescente y vaporoso para asentar él un juicio seguro de inconstitucionalidad. La afirmación del efecto disuasorio es apodíctica: ¿cómo se demuestra? El reto intelectual de la Sentencia era precisamente profundizar en la elaboración de criterios para medir la intensidad del desaliento, en función de la duración de la pena, y poder determinar así cuál es la dosis de desaliento constitucionalmente tolerable y en consecuencia la duración admisible de la pena. Pero el interrogante queda sin respuesta en términos jurídicos.

Creo que tiene razón Conde cuando dice que, en el fondo, hay una especie de oculto cuestionamiento de la subsunción de la conducta en el tipo y una voluntad exoneratoria y no se encuentra mejor solución que cargar en la cuenta del legislador lo que no se ha querido cargar en la del aplicador de la norma. Lo que subyace en el razonamiento, no siempre bien hilvanado, de la Sentencia, y termina por aflorar a la superficie en varias ocasiones, es la idea de que la conducta de los recurrentes no merecía una sanción penal (75).

El último motivo de discrepancia de este Magistrado tiene que ver con las consecuencias del fallo estimatorio. A Conde le preocupa la inseguridad jurídica que la Sentencia puede producir en relación con la aplicación del tipo penal que castiga la colaboración con banda armada. Aunque la norma declarada inconstitucional esté derogada, una sombra de duda se cierne sobre el artículo 576 del vigente CP, que prevé una pena de igual o mayor gravedad incluso (por el juego de la redención de penas). Este precepto ha quedado en entredicho, porque difícilmente podría superar el test de proporcionalidad aplicado en la Sentencia 136/1999 (76).

(75) El problema está en que hay que desarrollar esa intuición y fundamentar el fallo con argumentos jurídicos. S. HUERTA admite que en la Sentencia se hacen algunas «consideraciones de antijuridicidad material que serían más propias, en su caso, de un control constitucional de la decisión judicial que de un juicio de proporcionalidad sobre la norma penal aplicada» (*op. cit.*, pág. 48). Da la sensación, en efecto, de que el Pleno del Tribunal actúa movido por razones de equidad y eso le lleva a descuidar un poco el rigor y la claridad argumental. En su discurso, hay algunas piezas que no están bien ensambladas.

(76) Aunque el TC no se pronuncia acerca de la constitucionalidad del vigente artículo 576 CP, la Exposición de Motivos del Proyecto de LO remitido por el Gobierno para ajustar este precepto a la doctrina del máximo intérprete de la Constitución es bien explícita al respecto: «Si bien la Sentencia de 20 de julio de 1999 enjuicia la constitucionalidad del derogado artículo 174.bis.a) del CP de 1973, es evidente que el reproche de inconstitucionalidad es trasladable sin dificultad a la actual tipificación del delito de colaboración con banda armada... en el artículo 576 del vigente CP de 1995». Esa es también la conclusión que extrae J. C. CARBONELL (en T. S. VIVES, J. BOIX, E. ORTS, J. C. CARBONELL y J. L. GONZÁLEZ: *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, 1999, pág. 867).

Pero lo que más le inquieta es el flanco que se abre con la sentencia: el principio de proporcionalidad, tal y como ha sido enunciado, podría aplicarse en el futuro a todo tipo de conductas típicas. Es el «efecto colateral» inevitable de una doctrina elaborada quizá para la ocasión, *ad hoc*: la multiplicación de las cuestiones de inconstitucionalidad y los recursos de amparo basados en la presunta infracción de ese principio. Es posible que el TC intente cerrar esta espita de alguna forma (dando marcha atrás), pero de lo que estoy seguro es de que los abogados van a aprovechar a fondo las posibilidades que ofrece esta construcción en sus demandas de amparo. La brecha está abierta: invocando la supuesta vulneración del artículo 25.1 CE, «en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas» (FJ. 30.º), los recurrentes podrán reclamar de la Sala la elevación de una cuestión al Pleno del Tribunal (art. 55.2 LOTC) para que éste se pronuncie acerca de la constitucionalidad de cualquier precepto penal (77).

Mendizábal añade un contraargumento más en relación con la pretendida rigidez del precepto en la previsión de las penas: «a uno de los delitos más graves para la convivencia, donde hablar de colaboración de «alta» y «baja intensidad» es puro voluntarismo dialéctico (toda cooperación con banda armada es intrínsecamente grave) se le impone una pena severa», pero no desorbitada y además matizable o modulable, por la posible concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad (atenuantes) (78). O, en último extremo, añadimos nosotros, por la petición de un indulto (79).

(77) Son muchos los penalistas que consideran pertinente este tipo de control. Para S. Huerta, por ejemplo, nada se opone a que «la vulneración del principio de proporcionalidad en el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado sea invocable en vía de amparo *ex* artículo 25.1 CE». En cuanto al riesgo de proliferación de recursos de amparo fundados en la desmedida severidad de la pena, esta autora señala que no es probable que se produzca la temida avalancha, dadas las cautelas que sigue observando el TC en su labor de control de las normas dictadas por el legislador penal. Su valoración es decididamente positiva: «me parece saludable que... se haya roto el tabú de su intangibilidad constitucional a la hora de establecer con «amplio margen de libertad», el catálogo de delitos y penas» (*op. cit.*, págs. 40 y 49).

(78) La concurrencia de circunstancias subjetivas o de otro tipo ya es tenida en cuenta por la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad, y atemperar así la pena (STC 161/1997).

(79) Podemos encontrar incluso algún precedente. En su Sentencia de 27 de febrero de 1992, que condenó como autor de un delito de colaboración con banda armada a un hombre que había proporcionado alojamiento en una ocasión a un miembro de ETA, negándose en lo sucesivo a cooperar con la organización, el TS consideró que la pena impuesta era desproporcionada y solicitó del Gobierno el indulto parcial al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 del CP entonces vigente. En el ámbito de los delitos contra la salud pública, véase, por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 1998.

En relación también con la severidad de la pena, Jiménez de Parga llama la atención sobre un extremo en el que la Sentencia no repara: la posible concurrencia de los beneficios penitenciarios y, más concretamente, de la redención de penas por el trabajo, vigente entonces. El TC sí tuvo en cuenta esta circunstancia a la hora de descartar la desproporción de la pena en su Sentencia 55/1996, sobre la insumisión. Y fue valorada también por el TS a la hora de aplicar la norma penal más favorable (que resultó ser la del CP de 1973). Este Magistrado se pregunta si el Tribunal hubiera considerado desproporcionada una pena mínima cuya probable duración efectiva quedaría reducida de seis a cuatro años (un acortamiento sustancial: un tercio de la condena). En todo caso, se tome como referencia la pena prevista o la pena efectiva, para Jiménez de Parga no cabe hablar en este caso de «un desequilibrio patente, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma».

3. No cabe apreciar, en efecto, ese «patente derroche inútil de coacción» que ha venido exigiendo el propio TC para estimar infringido el principio de proporcionalidad en la ley. Prueba de ello son los tres Votos Particulares: la desproporción, de existir, está lejos de ser patente. La opción del legislador será discutible, desde luego, y podrá ser valorada negativamente en el plano político o técnico, pero, sea o no la óptima, no parece descabellada o extravagante.

Y esa es la cuestión. Una norma jurídica tachada de desproporcionada no debe ser anulada «por el mero hecho de que pudiera haber sido más moderada o equilibrada, menos restrictiva o más útil». Sólo procederá su expulsión del ordenamiento «si resulta absoluta, radical y manifiestamente inútil, excesiva o desequilibrada», esto es, si se sitúa en el «extremo inferior de la escala» de proporcionalidad (80). El Tribunal no puede suplantar al legislador democrático.

(80) J. BARNÉS: *Op. cit.*, pág. 29. Para este autor, «la proporcionalidad, como principio jurídicamente exigible y justiciable, no es un instrumento útil para medir si la cuantía de la pena o de la sanción en la ley deviene constitucionalmente inaceptable». Dada su naturaleza, este test «sólo puede arrojar un resultado «positivo» o de desproporción en supuestos verdaderamente límite, difícilmente pensables en un Estado de Derecho». No se puede apelar a este principio de rango constitucional para intentar imponer el propio concepto de lo que es o no proporcionado. Barnés denuncia este riesgo de subjetivismo judicial, de abuso de este principio por los jueces que pretenden eludir los rigores de la ley (págs. 28 y 43 y sigs.). Frente al legislador, el principio de proporcionalidad reclama a su vez una «utilización proporcionada», para evitar que la libertad de configuración política de aquél sea usurpada por el TC (M. MEDINA: *Op. cit.*, págs. 129 y 141). J. A. LASCURAÍN recomienda también un «cauteloso juicio de mínimos» respecto de las decisiones legislativas: «El juicio de proporcionalidad tiene un fuerte componente valorativo y se realiza sobre una base empírica endeble. Ello hace que sea un juicio severamente impreciso por el subjetivismo de quien lo realiza y por la imprecisión de su sustrato fáctico» (*op. cit.*, pág. 188).

La lectura de la Sentencia y los VP confirma los temores de quienes, en sede doctrinal, han venido expresando sus reservas sobre el control de proporcionalidad de las normas penales. Aunque se conciba generalmente como un límite frente a la actividad limitadora de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad tiene su campo de aplicación natural no en el momento de la creación de las normas, sino en el momento en que son aplicadas en un caso concreto. Entra en escena cuando se trata de proteger la integridad de un derecho fundamental frente a limitaciones o restricciones que proceden de los poderes públicos (de una resolución singular, judicial o administrativa): sólo son admisibles aquellas que sean adecuadas y necesarias para el logro de finalidades constitucionalmente lícitas y justificadas. Se mide así la proporcionalidad del sacrificio del derecho que se pretende restringir: que no resulte excesivo o innecesario. Esta idea de equilibrio entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo vale también para los casos de colisión de derechos, cuando se restringe el ejercicio de uno de ellos para proteger el otro.

Pero la proporcionalidad, como ha señalado J. Jiménez Campo (81), no puede convertirse en un límite general de la legislación. Según este autor, la legítima pretensión, más que justificada históricamente, de acotar de modo estricto la libertad del legislador penal explicaría la frecuente apelación en este ámbito al canon, ciertamente «proteico» de proporcionalidad y la buena acogida del mismo entre los penalistas (alarmados quizá ante la expansión del Derecho penal como instrumento al servicio de lo políticamente correcto) (82). El problema estriba en que frente a la excesiva severidad del legislador penal nuestra Constitución, que reconoce como valor superior el pluralismo, no brinda «límite material alguno identificable por la jurisdicción, sino exclusivamente un remedio procedimental: la crítica política de una legislación reversible según la regla de la mayoría». En el supuesto-límite de una desproporción aberrante entre la conducta típica y la pena, con incidencia en el ámbito protegido por un derecho fundamental, no faltan en la Constitución principios de orden sustantivo para corregir tal abuso (la propia interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3). En todo caso, con la pro-

(81) En *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Edit. Trotta, 1999, págs. 79-80.

(82) Sobre la «huida hacia el Derecho penal», claramente incompatible con los principios de fragmentariedad e intervención mínima, y la necesidad de un control cauto pero riguroso de los excesos criminalizadores, véase S. HUERTA: *Op. cit.*, pág. 49. En este punto, resulta especialmente sugerente la reciente obra de J. M. SILVA: *La expansión del Derecho Penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, Civitas, 1999.

porcionalidad o con cualquier otra «pauta axiológica constitucionalmente indiscutible», que es la expresión que ha utilizado a veces el TC como fundamento de un juicio de constitucionalidad, se entra de lleno en la jurisprudencia de valores.

Jiménez Campo cierra su reflexión con estas palabras: «El enjuiciamiento de la ley no perdería gran cosa y ganaría alguna certeza si se invocara menos —o se excluyera sin más— el principio de proporcionalidad como canon genérico de la ley... Juzgar la proporcionalidad de una medida legal es sólo, con frecuencia, comparar, sopesar o ponderar «pérdidas» y «ganancias» que, en lo jurídico, no son racionalmente mensurables *de lege ferenda* y que apenas dejan margen a la argumentación y contraargumentación según criterios dotados de alguna objetividad».

Es posible que la interdicción constitucional de la arbitrariedad (de aplicación no menos incierta) pueda operar como un principio funcionalmente equivalente al de proporcionalidad en casos extremos, pero, cualquiera sea el principio al que se apele, no me parece prudente excluir drásticamente la posibilidad de una revisión de la licitud constitucional de las penas fijadas por el legislador penal, como garantía jurídica frente a las mayorías parlamentarias en aquellos supuestos de «recalentamiento» de una opinión pública favorable a la enérgica criminalización de determinadas conductas. En lo que todos parecen coincidir es en la necesidad de evitar una expansión incontrolada del principio de proporcionalidad (83).

Una observación para acabar. Con esta solución de compromiso, elaborada apresuradamente (se hizo un traje a la medida para vestir una decisión previamente tomada), el Tribunal, que pasó por un trance muy delicado, consiguió salir mal que bien de la encrucijada, pero el criterio establecido por la mayoría de sus miembros, explicable seguramente por razones de justicia material y coyuntura política, puede costar muy caro si no se corrige el tiro y se reconduce la situación, volviendo a la doctrina firmemente establecida hasta esta decisión. La reprimenda al legislador como resultado de un control de calidad o perfectibilidad técnica, que teóricamente se descarta, no

(83) Para M. MEDINA, este principio no entraña un riesgo tan intenso para el margen de maniobra del legislador. No se trata de decidir si se utiliza o no este test, sino de determinar en qué medida debe ser utilizado. El riesgo de intromisión en la esfera propia del legislador, innegable, podría conjurarse o minimizarse mediante la depuración de los contornos del test y una especial atención a la dimensión jurídico-funcional (la separación de poderes como principio de organización) que debe presidir la interpretación de las normas constitucionales (*op. cit.*, págs. 137-138).

era la única salida posible (84). Lejos de ser «un importante paso adelante» (85), este episodio puede incrementar los quebraderos de cabeza del Tribunal. Confiemos en que no sirva de precedente y el TC se limite en el futuro a su función de legislador negativo, venciendo la tentación del activismo.

(84) El TC «fue cerrándose puertas para anular la condena impuesta a los recurrentes»: justificó sucesivamente la subsunción judicial de los hechos en el artículo 174.bis.a) y la elasticidad del tipo. No le quedaba otra salida que cuestionar la constitucionalidad de la norma penal acudiendo al argumento de la desproporción entre conductas y penas (S. HUERTA: *Op. cit.*, pág. 49).

(85) S. HUERTA: *Op. cit.*, pág. 43.

CRITICA DE LIBROS

