

TERRORISMO DE ESTADO: LOS GRUPOS ANTITERRORISTAS DE LIBERACIÓN
(G.A.L)

Guillermo Portilla Contreras

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Jaén

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

TERRORISMO DE ESTADO: LOS GRUPOS ANTITERRORISTAS DE LIBERACIÓN (G.A.L.)

*Guillermo Portilla Contreras
Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Jaen.*

La lucha contra el terrorismo se ha caracterizado por el empleo de numerosas prácticas ilegítimas, unas legales¹ y otras claramente contrarias al Derecho.

El reconocimiento de la existencia de una violencia ilegítima procedente del Estado nos puede ayudar a comprender alguno de los sucesos de estos últimos años: el caso Almería; las muertes de Arregui, Santiago Corella “Nani”, Zabalza, Lasa y Zabala; o los supuestos de los fondos reservados y los G.A.L.

El terrorismo de Estado también se ha visto favorecido por la existencia de una legislación procesal penal que posibilita la exclusión de algunas garantías del presunto terrorista y con ello se ha facilitado el ejercicio de la tortura².

¹Al primer grupo pertenecen: la detención y prisión de la Mesa Nacional de HB por el delito de colaboración con bandas armadas tras la difusión de un documental de ETA durante la realización de un acto de campaña electoral; el cierre del diario EGIN (Cfr. “La sentencia de HB” y “el cierre de Egin”, en *Ensayos penales* de GIMBERNAT ORDEIG. Madrid.1999); la conversión en delitos de terrorismo de las acciones cometidas por personas que no pertenecen a organizaciones, grupos ni bandas armadas del artículo 577 del c.p.; la desproporción de las sanciones en los casos de restricción de los derechos de reunión o manifestación y en los de convocatoria de las mismas con finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. arts. 514.4 y 5; sancionar la libertad de expresión como delito de amenazas en el artículo 170.2, etc.

²Afirma MUÑOZ CONDE que, “el Estado y sus representantes, en su afán por acabar a toda costa con la criminalidad y sobre todo con la criminalidad que amenaza más gravemente su estructura política, el terrorismo, no siempre respetan los principios generales que informan la legislación penal ordinaria y constantemente recurren a leyes de excepción, más o menos eufemísticamente llamadas de seguridad ciudadana, que, de hecho y de derecho, suponen la derogación de todo el dispositivo de garantías pensado para la protección del ciudadano, de todos los ciudadanos sin excepción, frente a los abusos de los representantes del poder estatal” Vid. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. 1995 p. 716. Cfr. también, sobre los recortes de las libertades democráticas en la legislación antiterrorista, TERRADILLOS, BASOCO. *Terrorismo y Derecho. Comentario a las leyes Orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid.1988. pp. 22 y ss.

El artículo 55.2 de la CE permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2 y la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la C.E, respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. En desarrollo de este precepto, se aprobó la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre de 1980. A su amparo, se registraron 3.205 detenciones bajo condiciones de incomunicación entre diciembre de 1980 y marzo de 1983. En 1.470 casos se amplió la detención policial hasta diez días. La mayoría de los detenidos eran sospechosos de pertenecer a Euskadi Ta Askatasuna (E.T.A.), el diez por ciento restante eran presuntos miembros de grupos armados de derechas y más de mil eran delincuentes comunes³. Una vez derogada, se aprobó la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.

Esta última –también derogada– (parte de su articulado fue declarado inconstitucional por STC de 16 de diciembre de 1987) introdujo sustanciales modificaciones en el régimen general de la detención preventiva. Cambios que afectaban fundamentalmente a dos de los derechos esenciales del detenido: el plazo de entrega a la autoridad judicial del presunto terrorista y el del periodo y las condiciones de incomunicación. A esto hay que sumar las excepciones que en materia de incomunicación plantea el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, esto es, que el incomunicado no puede designar libremente al abogado, no tiene derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, tampoco tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubieren intervenido. A todo esto hay que agregar que tanto la LECr como la Ley de Habeas Corpus establecen la excepción consistente en que el presunto terrorista no tiene derecho al juez natural del lugar de comisión del delito sino que tales competencias se atribuyen a los Juzgados centrales de instrucción y a la Audiencia Nacional, sobre la base de la presunción de cierta connivencia o respaldo entre aquellos jueces y los presuntos terroristas, filosofía que, por otro lado, no representa ninguna novedad. Recuérdese cómo la Ley de 18 de agosto de 1976, de reforma del StPO en Alemania Federal, introdujo notables modificaciones en materia de exclusión del juez natural y de los defensores que resultaban “manifiestamente sospechosos” de ser extremistas de izquierda y, en consecuencia, de colaborar en la acción que se persigue⁴.

³ Cfr. Informe de Amnistía Internacional. 1984. pp.185 y ss.

⁴ SCHMINK-GUSTAVUS, *El renacimiento del Leviatán*. Barcelona.1982. pp.47 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, “Eficacia y garantismo en la legislación especial antiterrorista” en “*II Jornadas de Derecho Penal*”. CUT, 1984, pp.76 y ss; ÁLVAREZ Y COBOS, “La legislación antiterrorista, una huida hacia el Derecho penal” *RFDUC*, n. 68, pp.187 y ss.

En definitiva, esta legislación generó un modelo de emergencia carente de las más elementales garantías de las personas detenidas –presuntos terroristas– que ha favorecido, sin duda, el ejercicio de una injustificable violencia estatal.

En concreto, por norma general, el plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial no puede superar las setenta y dos horas en los supuestos de detención preventiva; pues bien, cuando se trata de presuntos terroristas, la entrega podía aplazarse hasta diez días para cumplir “fines investigadores” (artículo 13 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre).

Hoy, la situación no es mucho mejor pues se permite aplazar la entrega del detenido hasta cinco días (artículo 520 bis de la LECr.). Esta prolongación del plazo de entrega del detenido a la autoridad judicial carece de significación procesal porque no existe necesidad de mantener la detención cuando el presunto terrorista se niega a declarar o, por el contrario, realice la declaración y firme voluntariamente el atestado. Prorrogar la duración de la detención en la estancia policial puede, sin embargo, obedecer a otros motivos distintos de los “fines investigadores”, para los que, según la LECr., no están facultados los agentes de la autoridad⁵.

Como puede observarse, se ha creado un modelo de urgencia con pretensiones de eficacia intimidatoria, no individual, sino colectiva, un modelo que favorece la práctica de la tortura puesto que se caracteriza por una desconfianza manifiesta en diversos sectores jurídicos. Tal desconfianza se hace patente a través de la eliminación del control judicial efectivo, la exclusión de asistencia letrada libre y el reforzamiento de la discrecionalidad administrativa en detrimento de la seguridad del presunto terrorista, es decir, del ciudadano en general. Resulta interesante contemplar ese proceso involutivo que trasvasa la excepcionalidad de las leyes temporales a la generalización de la excepción representada por la LECr actual, v.gr. arts 384 bis, 520 bis y 527⁶.

Junto a estas prácticas legales, de dudosa legitimidad, contra el terrorismo que favorecieron el ejercicio de acciones ilícitas desde las estructuras

⁵ Sobre los peligros relativos al desarrollo de medidas como los interrogatorios permanentes, malos tratos, torturas, etc, ARROYO ZAPATERO considera que es una consecuencia de la consagración del espacio autónomo policial y, refiriéndose específicamente a la práctica de la tortura, manifiesta que “lo que a este respecto se discute no es su existencia, sino tan sólo su frecuencia y extensión, y el problema radica en que el mismo factor que determina y favorece su existencia –la autonomía del espacio policial– dificulta hasta la general posibilidad de comprobación de su realidad efectiva”. Vid. “Terrorismo y Sistema penal” en *Reforma Política y Derecho*. Madrid. 1985. p.207. Del mismo modo argumenta GÓMEZ BENITEZ que, “en este contexto legislativo, la prolongación de la detención, excluida la tortura, sólo podría explicarse como una pretensión, en todo caso, coactiva”. op.cit. p.63. Cfr. también LAMARCA PÉREZ. *Tratamiento jurídico de terrorismo*. Madrid. 1988. pp. 405 y ss.

⁶ Cfr. BORONAT TORMOY/MANZANA LAGUARDA, “Constitución, legislación antiterrorista y marginación del juez” en *BIM*, 25 de julio de 1983; p.4; MAQUEDA ABREU, “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes” en *ADPCP*, 1986. pp. 481 y ss; ANÓN ROIG/DE LUCA/VIDAL GIL, “Notas sobre una legislación amenazante”, en *CPC*, n. 29. pp. 280 y ss.

públicas, se han desarrollado otras que nos permite afirmar la existencia de una organización terrorista en el seno del Estado.

De forma paralela a la existencia de la legislación citada, en el seno del Ministerio del Interior se decidió la creación de los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.) con la finalidad de responder con el terrorismo de Estado a la violencia terrorista de ETA. Así, la lucha contra el terrorismo se caracterizó en esos años -1983 a 1986- por el empleo de medios legales pero ilegítimos (suspensión de garantías constitucionales) y la creación de una organización terrorista, financiada y armada por el Estado.

La cuestión es si, pese al reconocimiento de esa realidad, ¿puede hablarse dogmáticamente de “terrorismo” de Estado?. En la doctrina se han ofrecido diversas opciones: unas, contrarias a la admisión de tal concepto. En este sentido, Lamarca Pérez⁷ sustenta que “en el plano interno hablar de terrorismo de Estado constituye retórica jurídica, pues la eficacia y, por tanto, en último término la validez, del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado; o su ejercicio es regular y entonces la violencia es formalmente legítima, o su ejercicio es irregular, y entonces el Estado no puede ser considerado como sujeto activo penalmente responsable de la misma. Así pues, no negamos la posibilidad y aun la necesidad de analizar los modos de dominación política basados en el terror, pero creo que las diferencias con el terrorismo no institucional son lo suficientemente profundas como para excluir dicho análisis de nuestra reflexión, e incluso para propugnar denominaciones distintas que impidan la confusión en el plano jurídico”⁸.

Otro autor que niega la existencia de este concepto en determinados sistemas políticos es Serrano Piedecosas, cuando sustenta respecto a los Estados democráticos de Derecho que no tiene sentido hablar de terrorismo de Estado⁹.

⁷ Considera esta autora que “...el Estado nunca puede ser terrorista; cuando utiliza su fuerza se dice, en el plano jurídico positivo, que se halla en el uso legítimo de la fuerza”. Ahora bien, un examen atento de las diversas manifestaciones del llamado terrorismo de Estado nos muestra que o bien se trata de figuras retóricas, o bien merecen recibir una denominación diferente, pues se trata de crímenes internacionales”. Vid. op. cit. p. 34.

⁸ Op. Cit. p. 35. Posteriormente, esta misma autora ha defendido un planteamiento similar en el artículo “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, p. 541.

En contra de lo manifestado por Lamarca, sí que puede hablarse de terrorismo de Estado como terrorismo desde el Estado, financiado y ejecutado por funcionarios del Estado o mercenarios pagados por el mismo. Que el concepto como tal, sea útil o no, nada tiene que ver con su existencia. El argumento empleado por Lamarca en este artículo es ya conocido, no cabe el terrorismo de Estado, “tal cosa no existe ni puede existir: el Estado puede ser moralmente perverso, pero no delincuente y, en el plano del Derecho interno, reitero que hablar de terrorismo de Estado constituye una imagen metafórica y retórica desde un punto de vista jurídico, pues la eficacia y, por tanto, en último término la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado” “...*Sobre el concepto...*” p. 541.

⁹ Vid. *Emergencia y crisis del estado social*. Barcelona.1988. p.165.

Por contra, otros autores, sí admiten la existencia del terrorismo de Estado. Así, Muñoz Conde concluye que “Frente al terrorismo contra el Estado hay también un “terrorismo desde el Estado”, que a veces utiliza, en la “guerra sucia” contra el otro terrorismo, medios violentos como asesinatos o secuestros, que igualmente deben ser castigados...¹⁰. Por su parte, Gimbernat Ordeig, manifiesta que “Entre los años 1983 y 1986 una banda de asesinos, torturadores y secuestradores organizada por el Ministerio del Interior (y, probablemente también, por el CESID) ha privado de la vida a cerca de treinta personas, ha intentado hacer desaparecer en cal viva, después de martirizarlos y de hacerles cavar su propia tumba, al menos a dos personas, y ha cometido hechos delictivos que figuran entre los más graves que conoce el Código penal”¹¹.

Si el terrorismo exige la existencia de una banda armada, organización o grupo, caracterizado por su estabilidad, armamento, jerarquización y la finalidad de alterar la seguridad ciudadana, entonces, sí puede afirmarse la existencia de terrorismo de Estado tras las diversas sentencias dictadas por los Tribunales españoles respecto a los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.).

Es cierto, sin embargo, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo no siempre llegan a admitir la existencia de bandas armadas terroristas en los supuestos en los que se enjuician a los G.A.L. Unas veces porque mantienen la inexistencia del elemento subjetivo, otras porque falta el elemento estructural-organizativo.

No obstante, otras sentencias admiten que los G.A.L. constituyen una banda armada con finalidad terrorista. En este sentido, la STS de 27 de mayo de 1988 (R.3839) considera que sí concurren tales elementos –estructural y subjetivo– en los G.A.L. En la sentencia se sostiene que es “aplicable, en consecuencia, el art.174 bis a) en un supuesto en el que el acusado se integró en el comando Jaiztubia dentro de los G.A.L... para llevar a cabo operaciones de represalia, por los actos delictivos cometidos por la organización terrorista ETA, contra miembros de esta banda o relacionados con ella, presentando los caracteres de permanencia, carácter armado, no sólo por la pistola que se le interviene al procesado en su domicilio sino por la actuación con arma de fuego, en el que muere una persona, todo lo cual produce un rechazo en la sociedad, que repudia tales modos de actuación, con una finalidad de quebranto de la seguridad ciudadana...”.

¹⁰ Vid. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. 1999.p.862.

¹¹ Vid. “La perversión del ordenamiento jurídico”.en *Ensayos penales*. Madrid. 1999.p.112.

¹² La SAN de 20 de septiembre de 1991 reconoció que en el último trimestre 1983, los GAL iniciaron sus actividades que se prolongaron durante un periodo de tres años y que fundamentalmente se realizaron en la región francesa. Tales acciones se caracterizaron por el empleo de la violencia contra personas con presunta vinculación a ETA Militar como represalia por los actos de esta banda armada. El resultado fue de más de veinte actos violentos con equivalente cifra de muertos.

Esta sentencia, que ratifica la de 9 de diciembre de 1985 de la Audiencia Nacional, ya permitía que pudiera hablarse de los G.A.L. como una banda armada, con carácter terrorista¹². Eso sí, faltaba aún por demostrar la vinculación de estos grupos con el Ministerio de Interior, lo que ocurriría más tarde con la STS de 29 de julio de 1998.

El resto de decisiones judiciales sobre los G.A.L., sin embargo, no llegan a la misma consideración. Unas veces por falta de pruebas, otras, como expuse anteriormente, por la ausencia de uno de los elementos que caracterizan la organización terrorista: el elemento subjetivo o el elemento estructural.

Falta de pruebas para establecer la conexión entre los acusados y los G.A.L. es la conclusión a la que llega la STS de 18 de marzo de 1991 (R.2173). Se interpreta que no puede aplicarse el concepto de banda armada terrorista ya que no pudo demostrarse su pertenencia a los G.A.L.. En efecto, sorprendentemente el Tribunal llega a esta conclusión pese a la declaración de los propios acusados que reconocen su integración en tales grupos. Sin embargo, el Tribunal no ha podido demostrar más fin de la asociación que la de información y vigilancia sobre miembros de ETA residentes en el sur de Francia. Los fundamentos del Tribunal son los siguientes: “Es evidente que la Sentencia, a pesar de las declaraciones de los procesados de pertenecer al Grupo Antiterrorista de Liberación..ha rechazado tal pertenencia con base sobre todo en un informe...Y es no menos evidente que la disquisición científica acerca de qué se entiende por delito de militancia o integración en grupo armado no consigue la aclaración pertinente. Es hecho probado, en todo caso, que F. Se integra en un grupo “para llevar a cabo informaciones y vigilancias sobre miembros de ETA, residentes en el sur de Francia” a propuesta de “Miquel”, “persona de idea extremadas y confidente de la Policía”, a quien conoce bien por haber estado trabajando en el vídeo club...del que era gestor-administrativo precisamente Miquel. Es asimismo probado que con el fin de conseguir tal información, y tras integrar a más personas en el grupo, realizan reconocimientos “in situ” bien provistos de dinero. Igualmente aparece en el “factum” que para facilitar la tarea no dudan en llevar a término falsedades documentales”. Además, en la sentencia se recoge como hechos probados la existencia de un revolver y subfusil ametrallador con el que se asesina a E, al que confunden con un presunto etarra.

¹³ Vid. SAN.20 de septiembre de 1991. Hechos probados.(Primero). En la citada sentencia se manifiesta que Amedo y Domínguez, Subcomisario e Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, sensibilizados ante la violencia organizada decidieron emprender determinadas acciones encaminadas a un doble objetivo: vengar los crímenes de ETA y disminuir la capacidad operativa de esta organización tanto por la eliminación física como por el sentimiento de temor de éstos y de quienes le apoyaban. A tal fin, entran en contacto con elementos pertenecientes al aparato estable de los GAL con el fin de seleccionar y contratar a mercenarios para varias acciones de atentados violentos. Acciones que culminan con un tiroteo en diversos bares los días 8 y 13 de febrero de 1986, dejando heridas a varias personas.

Resulta increíble que pese a la existencia de todos los elementos que confirman la existencia de un grupo organizado, armado, con distribución de funciones y con la finalidad de represaliar a presuntos terroristas, no sea considerado como banda armada y sí, por el contrario, como asociación ilícita.

También se alude a la falta de pruebas en la sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de septiembre de 1991, ratificada posteriormente por la STS de 12 de marzo de 1992. En este sentido, el Tribunal considera que “ no es posible determinar con exactitud su estructura interna, conexión entre sus diversas células o comandos, líderes o personas que ocupaban posiciones de rango directivo por encima de eventuales ejecutores finales o mercenarios carentes de toda conexión entre sí, el conjunto de medios materiales con que contaban ni, significativamente, su financiación, es decir, la cuantía de sus ingresos económicos, el carácter esporádico o regular de éstos, las modalidades de su obtención –que no consta lo hayan sido en ningún caso mediante la comisión de delitos de contenido económico– la unidad o pluralidad de fuentes, los nombres de las personas físicas o jurídicas que encarnaban éstas y su naturaleza, pero sin que pueda asegurarse que la citada organización constituya efectivamente un grupo de poder paralelo inserto los aparatos del Estado”¹³.

La sentencia, tras reconocer la implicación de los procesados con los GAL, sin embargo absuelve a Amedo y Domínguez de pertenencia a banda armada, asesinato consumado y malversación de caudales públicos y los condena como autores de asociación ilícita, de cinco asesinatos frustrados y un delito de lesiones, de inducción a un asesinato frustrado, uso de nombre supuesto, falsificación...¹⁴.

De todo lo expuesto, sólo nos interesa, por el objeto de este estudio, las razones de la negativa del Tribunal para aceptar la pertenencia de Amedo y Domínguez a banda armada.

El Tribunal basa su negativa en la inexistencia del elemento subjetivo que debe caracterizar a toda banda armada terrorista: la finalidad de subvertir el orden constitucional.

Pues bien, en este sentido, el Tribunal considera que no existe banda armada ya que los procesados no querían destruir el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho, ni impedir el ejercicio de las libertades ni la sustitución de la forma de gobierno, sino más bien defender la estabilidad del sistema. Se basa en que el concepto de banda armada terrorista exige la finalidad de destrucción del orden constitucional que no se da en el supuesto analizado.

¹⁴ Sobre determinados aspectos de la sentencia. Vid, GONZÁLEZ CUSACC, “Paradojas del Caso Amedo”. *Rvta. Poder Judicial*. n. 27. 1992.

La jurisprudencia suele distinguir entre el delito de asociación ilícita y la pertenencia a banda armada basándose en los conceptos de: estabilidad, interconexión, enfrentamiento al orden jurídico con armamento o explosivos y grave incidencia en la seguridad ciudadana como elemento subjetivo del injusto¹⁵. Evidentemente, todas esas características se reunían en los G.A.L. Sin embargo, la Audiencia Nacional justifica su decisión por la inexistencia del elemento subjetivo del injusto. Un elemento que interpreta sin respetar, como se verá, los criterios doctrinales, jurisprudenciales, constitucionales y legales¹⁶. Al respecto, Muñoz Conde considera como acto de terrorismo aquel que se identifica con la delincuencia violenta, y tiene por finalidad la desestabilización del sistema democrático y las bases sobre la que éste se asienta¹⁷. Así, interpreta que el concepto de terrorismo se deduce de los arts 571 y 577 del Código penal: “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”¹⁸ y “naturalmente tampoco queda excluido del concepto de terrorismo el que se lleve a cabo desde instituciones estatales o “terrorismo de Estado”, pues los graves delitos que se pueden cometer en este caso también

¹⁵ Vid. SSTs de 25 de enero y 27 de mayo de 1988 (RJ 1988,3839).

¹⁶ En torno al contenido de esta sentencia, Lamarca sustenta que “la noción de terrorismo que ofrece nuestra legislación vigente gira en torno a la existencia de dos elementos, estructural y teleológico, que son la organización armada y el fin o resultado político. Violencia política organizada vendría a ser hoy sinónimo de delincuencia terrorista...”. p. 536. Sin embargo la sentencia de Amedo subraya que esa finalidad que integra la noción de terrorismo “debe concretarse en la alteración del orden constitucional entendida únicamente como cambio o modificación del mismo”. p. 537. “Dicho de otro modo, la finalidad de alterar el sistema constitucional y no una genérica finalidad política representa ahora un rasgo esencial del concepto jurídico de terrorismo”. p.538. “...hubiera tenido sentido decir que, desde un punto de vista jurídico formal, el terrorismo es siempre subversivo; pero lo que parece discutible es suponer que la lesión del orden constitucional sólo se obtiene con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo “revolucionario” o “reaccionario”) y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas, máxime cuando esa finalidad de cambio político se exterioriza generalmente de maneras indirecta, como un “añadido” a comportamientos objetivamente no políticos”. pp. 538 y 539.

Todo ello, continúa, “sugería la existencia de otro “terrorismo” antisubversivo que el Estado no castiga como tal precisamente por ser imputable a él mismo”. p. 540.

Opina Lamarca que “El elemento teleológico en el delito de terrorismo no tiene, pues, un contenido más amplio que la específica finalidad política de alteración del orden constitucional. p. 546. Finalmente, se pregunta porqué la AN n la noción de terrorismo la vincule a unas ciertas finalidades políticas y no a otras. p. 548. ...”el orden constitucional se ve tan lesionado cuando se quiere arrancar por la violencia la adopción de una ,medida legislativa o de una decisión política general que cuando, por idénticos medios, se intenta violentar o sustituir a los órganos que tienen por misión garantizar el funcionamiento regular del sistema, pues las exigencias del estado de derecho comprenden por igual ambos momentos o capítulos”. pp. 549 y 550. Vid. “Sobre el concepto...”.

En relación al elemento estructural, afirma con razón Lamarca que, “entre la asociación ilícita común y la banda armada no tiene por qué existir una distinción estructural y sí sólo teleológica; la entidad organizativa, es decir, el número de miembros, su estabilidad, etc. dependerá de las necesidades que plantee la concreta actuación delictiva a realizar...”. p. 555. En consecuencia, si los G.A.L. merecían la calificación de asociación ilícita también merecían el de bandas armada por su finalidad: lesionar el orden constitucional. p. 555.

¹⁷ Vid op. cit. p. 863.

¹⁸ Vid. *ibid.*

subvierten el orden constitucional” y, por supuesto” “alteran gravemente la paz pública”¹⁹. Argumento ratificado por la STS de 27 de julio de 1998 (Caso Marey)²⁰.

Ni de la jurisprudencia, ni de la STC ni de los diferentes preceptos que han regulado el delito de terrorismo se desprende un elemento subjetivo que exija la supresión del ordenamiento democrático²¹. La sentencia de la Audiencia Nacional se apoya en la STC (R.199). Sin embargo, como puede comprobarse, el Tribunal Constitucional no avala la decisión de la Audiencia.

La STC de 16 de diciembre de 1987 (R.199) sostiene que “El terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como “terroristas”, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de armadas. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones

¹⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 863.

En opinión de SERRANO GÓMEZ subvertir el orden constitucional supone conculcar el libre ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, así como las libertades públicas. Vid. *Derecho Penal. Parte Especial*. p. 969.

En torno al concepto de terrorismo MARTÍNEZ-CARDÓS entiende que “los delitos de terrorismo tienen un elemento subjetivo del injusto característico. Dicho elemento es, unas veces, la propaganda de una ideología política, pues sin comunicación de masas no habría terrorismo; otras veces, la creación de una situación de inseguridad ciudadana o de intimidación social; en fin, en otras ocasiones, la destrucción del régimen político y del orden social”, “El terrorismo: aproximación al concepto”. *Actualidad Penal*. Nº 26. 1998. p. 486.

VILLASANTE, por su parte exige, una finalidad política, con ruptura de los cauces constitucionales y la creación de una situación de terror colectivo en la sociedad. “El terrorismo es, en síntesis, una forma de cometer delitos cualificados por el empleo de la violencia grave, sistemática y organizada, que busca –a través del temor y la alarma en la sociedad– un fin político fuera de los cauces institucionales”. P. 156. En Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes. Comentarios a la legislación penal. tomo XI. *La reforma penal y procesal sobre delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*. Madrid. 1990. p. 156.

²⁰ En efecto, afirma la sentencia que “No basta que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población a que antes nos hemos referido. Es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 CP vigente: de este modo, se sintetiza lo que venía siendo doctrina de esta Sala. Por ello, son bandas armadas tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1 CE, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental”.

²¹ La jurisprudencia del TS suele exigir el peligro para la seguridad ciudadana no la subversión del orden constitucional.

criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legítima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el artículo 55.2 de la Constitución. Ello se comprueba además con la lectura de la discusión parlamentaria del precepto constitucional, en la que se constata un tratamiento común de formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho. El concepto de “bandas armadas” ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transparencia y alcance, con el de “elementos terroristas” mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el artículo 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos) sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo III a personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del artículo 55.2.”²².

Como puede observarse, el TC no impone como elemento subjetivo la necesidad de “subvertir el orden constitucional” sino la creación de alarma, de peligro para el orden constitucional y, en definitiva, de inseguridad ciudadana por parte de tales bandas. Situación que, sin duda, se originó con los crímenes de los G.A.L.

Tampoco de la evolución legislativa en materia de terrorismo se desprende que la “subversión del orden constitucional” sea el único elemento subjetivo. El artículo primero de la LO 11/1980 de 1 de diciembre sobre los supuestos previstos en el art.55.2 de la Constitución, dispone que las personas cuyos derechos pueden ser suspendidos son aquellas que “presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo”, a la realización de determinados delitos.

²² Vid. Fundamento jurídico. (Cuarto).

Por su parte, el artículo 1 de la Ley.O. 97/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, mantiene que la citada Ley se aplica a personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes que proyecten organicen o ejecuten los delitos que se especifican en el siguiente apartado.

Asimismo, el artículo 174 bis b) del cp.anterior sólo hacía referencia al “que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde....”.

En la actualidad, el Cp.1995 en el artículo 571 define como delito de terrorismo, a los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos...Como puede observarse, no se exige un elemento subjetivo estricto (reducido a la destrucción del orden constitucional) sino que se amplía a cualquier alteración grave de la paz pública²³.

Este texto es similar al previsto en los artículos 270 bis y 280 del Código penal italiano que no restringe el elemento subjetivo a la destrucción del orden constitucional sino que lo extiende a cualquier acto violento dirigido a crear un clima de inseguridad en la población²⁴. El Código penal alemán no estructura los delitos de terrorismo en torno a la existencia de un elemento subjetivo sino a la existencia de una organización –asociación– y a la gravedad de los delitos cometidos²⁵.

²³ Según DE PRADA, “ paradójicamente, esta tendencia restrictiva descrita choca con la ampliación de la consideración como terrorismo de situaciones de desórdenes públicos graves en los que falta el elemento finalístico y estructural u organizativo característico del delito terrorista, tal como hace el nuevo artículo 577”. Vid. “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código penal de 1995”. *RJD*. n.º.25.1996. p. 74.

²⁴ El Código penal italiano recoge en el artículo 270 bis, el delito de asociación con finalidad terrorista o de subversión o destrucción del orden democrático. Tipo que se introduce a través del Decreto Ley de 15 de diciembre de 1979. n. 625. Más tarde Ley de 6 de febrero de 1980. Según FIANDACA/MUSCO, representa una de las respuestas más emblemáticas del Estado democrático contra el terrorismo. Vid. *Diritto penale. Parte speciale*. Volume I. 1997, pp. 390 y ss. El tipo exige la destrucción del orden democrático que debe ser interpretado como ordenamiento constitucional según el artículo 11 de la ley de 29 de mayo de 1982, n. 304. Ahora bien este elemento subjetivo estricto alterna con otra finalidad, la terrorista que puede no ser coincidente con la subversión. Esta última finalidad aparece como circunstancia agravante en el n.º 15 de la Ley de 6 de febrero de 1980 que permite agravar la pena en su mitad siempre que el delito se cometa con finalidad de terrorismo o subversión del orden constitucional. Vid. FIANDACA/MUSCO, p. 121; RUBIOLA, “Sull’aggravante della finalità di terrorismo o di eversione” en *Giur. It.* 1981, II, 239. La finalidad de terrorismo aparece también en el artículo 280. Según Fiandaca/Musco, se trata de supuestos de violencia dirigida a intimidar al sistema democrático y a la misma opinión pública, a fin de conseguir la desestabilización.p.p.120 y ss. En opinión de estos autores, se puede respetar la autonomía de los dos conceptos –terrorismo, subversión–. El primer concepto hará referencia a la realización de actos violentos dirigidos a crear un clima de terror y de inseguridad en la opinión pública no necesariamente dirigidos a objetivos políticos subversivos. Vid. CIENCI, “Aggravante della finalità del terrorismo o di eversione dell’ordine democratico”. En *Giur. Merito*, 1983, II, p. 415. El segundo concepto afectaría exclusivamente a las acciones violentas dirigidas a provocar la subversión del orden constitucional.

²⁵ El párrafo 129 a, recoge un tipo cualificado del delito asociación delictiva del paragrafo 129 circunscrito al delito de creación de asociación terrorista. Precepto que procede de la Ley de modificación del

En conclusión, de la evolución doctrinal, jurisprudencial y legislativa no se desprende que el elemento subjetivo “subversión del orden constitucional” sea el único criterio en la determinación de una organización terrorista, pues cuando aparece por vez primera en el C.P.1995 lo hace junto a la finalidad de “alterar gravemente la paz pública”.

De todas formas y, aún admitiendo que éste fuera el elemento subjetivo, sería preciso interpretarlo al amparo de la evolución constitucional. Es decir, sería necesario interpretar “subversión del orden constitucional” no sólo como la tendencia a suprimir el sistema democrático sino también como la infracción de los derechos individuales que constituyen su verdadero fundamento. Esta interpretación ubica el concepto en el ámbito de la relación Estado-comunidad frente al Estado-Gobierno; en definitiva, un orden constitucional que se identifica con el libre ejercicio de los derechos políticos fundamentales. Derechos que, en sus diferentes vertientes –vida, integridad y libertad– resultaron afectados por las acciones de los G.A.L.

En realidad, el elemento subjetivo de la organización terrorista se identifica más con la alteración grave de la seguridad ciudadana o la paz pública que con el concepto tradicional estudiado.

La seguridad ciudadana del artículo 104,1 de la Constitución es un concepto correlativo al del seguridad pública del artículo 149,1 de la Constitución, y es definido por el Tribunal Constitucional como “actividad dirigida a la protección de bienes y personas y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos”:STC.33/1982, de 8 de junio. Desde ese punto de vista, también los delitos cometidos por los G.A.L. afectaron gravemente a la seguridad ciudadana.

Finalmente, con relación al concepto de paz pública, el Tribunal Constitucional en Sentencia 59/1990, de 29 de marzo, entiende que “los conceptos de “paz pública” y de “orden público” no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho. La seguridad pública es un concepto que engloba a los de orden público y seguridad ciudadana. Como consecuencia, el orden público debe ser interpretado en el sentido que marca el artículo 10.1 de la Constitución, ya que los derechos fundamentales y el respeto a la ley y a los derechos de los demás constituyen el fundamento del orden público y la paz social; en cambio, la seguridad ciuda-

StGB, del StPO, etc de 18 de agosto de 1976 (BGBl.IS 2181) y de la TerrorBG de 19 del 12 de 1986. Vid. RUDOLPHI. *SK, StGB II*. 32. edición, n. 5. 1994. p. 56. Cfr. También, LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 22. edición. 1985. p. 971. El tipo objetivo del parágrafo 129 a, abarca los supuestos en los que la finalidad o actuación de la asociación sea la comisión de delitos muy graves entre los que se encuentran los de asesinato, homicidio, genocidio, detención ilegal, etc. Según MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, el fundamento y la participación de los miembros de una asociación terrorista radica sólo en los delitos cometidos. Esa es la verdadera cualificación frente al delito de asociación delictiva del parágrafo 129. Vid. *Strafrecht. Besonderer Teil*. 2.Heidelberg. 1999. p. 405.

dana, más concreta, se asimila a la protección de personas y bienes frente a las acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas. El propio Tribunal Constitucional ha indicado que el concepto “seguridad pública” es más preciso que el de “orden público” porque se centra en la “actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”²⁶.

Para un sector jurisprudencial el concepto de paz pública se identifica con el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos y se atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos y graves que la alteran, y otro sector, entiende que paz pública y orden público no son expresiones coincidentes²⁷.

Es evidente que las acciones de los G.A.L. crearon un estado de temor e inseguridad en los ciudadanos frente a la existencia de un grupo de funcionarios y “mercenarios” a sueldo del Estado que detuvieron y asesinaron a numerosas personas.

En consecuencia, como ha quedado expuesto, desde ninguna de las concepciones que se mantenga en torno al elemento subjetivo de la organización o banda armada terrorista puede llegar a afirmarse que tal elemento no concurre. Sea cual sea la interpretación que se realice, siempre concurriría en el caso los G.A.L. Ello significa que, excepcionalmente, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo abandonaron la interpretación del elemento subjetivo como “alteración grave de la seguridad ciudadana” para escoger una versión inconstitucional de “subversión del orden constitucional” que impedía su aplicación a supuestos en los que no se desea la transformación violenta del Estado de Derecho.

Por otro lado, el otro argumento que, como decía, suele utilizar el Tribunal Supremo cuando enjuicia supuestos delictivos cometidos por los G.A.L.

²⁶ Vid. STC 33/1982, de 8 de junio. Igualmente, la STC 59/1985, de 6 de mayo, “no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento puede englobarse en el título competencial de seguridad pública, pues si así fuera, la práctica totalidad de las normas del ordenamiento serían normas del Estado, cuando es claro que es un concepto más estricto, en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la Constitución”.

²⁷ Vid. STS de 17 de marzo de 1990. (R1.074). Interpreta que la paz pública no es un concepto estático, sino dinámico y se perfecciona y acentúa primordialmente por el ejercicio de los derechos y no por la inacción o inhibición de sus titulares”. Por su parte la AP de Sevilla en sentencia de 10 de mayo de 1990 interpreta que no concurre el concepto de paz pública cuando no se pretende “atentar contra los fundamentos del sistema político, ni crear un ambiente de inestabilidad de las instituciones, ni infundir en los ciudadanos un sentimiento de temor, inseguridad o desconfianza en su funcionamiento...”. Finalmente, la STS de 16 de octubre de 1991 (R.1.128) define tal concepto como “estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social”.

es que en estos casos falta el elemento estructural u organizativo²⁸. Así, curiosamente, la STS de 12 de marzo de 1992 (R.2442) que ratifica la de la AN, de 20 de septiembre de 1991 no sólo niega la existencia del elemento subjetivo sino que subraya que no se daban los elementos estructurales propios de una organización o banda terrorista.

El Tribunal, tras indicar que “el legislador ha querido separar la asociación que se mueve en torno a la delincuencia común de aquella agrupación armada que actúa inmersa en el mundo del terrorismo, aunque expresamente desde el punto de vista gramatical, banda armada y organización terrorista sean conceptos distintos..”, *continúa*, “la banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocamiento del sistema democrático que como programación política y el desenvolvimiento del Estado, su presente y futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por medios violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implica la finalidad expresa de “infundir terror” a todos los niveles. Ello no obstante en la práctica inciden los procedimientos deleznablemente utilizados por las bandas y las organizaciones unidas en una misma finalidad destructiva”²⁹.

El Tribunal Supremo considera que “los actos realizados por los dos acusados responden, en consecuencia, al contexto comprendido en el art. 173.1. Sobre la base de un grupo mínimo de dos personas..., la organización se estructura más allá de la comisión de unos hechos delictivos concretos. Tal estructuración supone un objetivo delictivo en el más amplio significado, que

²⁸ En torno al concepto de asociación, GARCÍA PABLOS dice que “ lo que importa es si estamos ante una trama organizativa, ante una organización que trasciende a su propio programa criminal. No cabe duda de que unas pocas personas pueden integrar la asociación criminal., y muchas, sin embargo, una simple conspiración o un fenómeno de codelincuencia”. Vid. *Asociaciones ilícitas y terroristas*. Madrid. 1983. p.120. Las notas de estabilidad y permanencia son esenciales para el concepto de asociación. Cfr. *ibid.*. Por su parte, respecto al concepto de bandas armadas, defiende que éstas persiguen el objetivo de destruir los pilares del orden constituido. Cfr. *op. cit.* p.153.

²⁹ Vid. Fundamento decimoquinto. Respecto al artículo 174.3 del ACP, mantiene la citada sentencia que además de las notas de pluralidad de sujetos, estructura estable con objetivos definidos, se “acentúa todo cuanto se refiere a la organización del grupo a la par que la violencia pasa a un método imprescindible, instrumento obligado de la acción (lo que no acontece en el art.173.1), en una perspectiva fundamentalmente política en el más amplio sentido”. Considera como grupos armados del 174.3 a las agrupaciones para la acción “cuando provistas de una cierta organización de las que nacen vínculos en alguna medida estables o permanentes, prendidos por las ideas de jerarquía y disciplina, y con unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos que la organización criminal procura normalmente (armamentos y explosivos), sin que pueda comprenderse en tal definición la acción realizada por miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas concertados para llevar a cabo actos de violencia. Estabilidad, interconexión, enfrentamiento al orden jurídico con adecuado armamento o explosivos y grave incidencia en la seguridad ciudadana como elemento subjetivo del injusto, por medio de una actividad delictiva con suficiente entidad como para ser rechazada por las normas socio-culturales de la colectividad. Todo ello con un plus de peligrosidad, de organización o de fines, que la distingue de la asociación ilícita”.

no requiere acuerdo sobre las características de cada uno de los elementos integradores de la acción criminal, pero que, sin duda razonable sobre la ilicitud penal, actúa en ese plan general que abarca distintas y variadas actuaciones. No fue en cambio una conducta inmersa en la definición que ya hemos referido de la banda armada que, por el contrario, implica una mayor e importante estructuración jerarquizada, una mayor consideración de las funciones a realizar y una mayor pluralidad de sujetos intervinientes, nunca transitoria u ocasional, antes al contrario con el matiz de permanencia ya apuntado..”.

En definitiva, concluye el Tribunal, “Nunca puede procederse en el Derecho penal bajo el imperio de las suposiciones, aunque sí quepa la deducción por medio de las pruebas indiciarias o indirectas si entre el hecho acreditado y el que se pretende probar existe una concatenación lógica y racional. En tal sentido, y como resalta el relato histórico de la sentencia recurrida, la actuación enjuiciada ahora, complicada, compleja, difícil y pormenorizada, no excede sin embargo de una mera pero rechazable y repudiable, asociación que sin mayor esquema organizativo, sin otra conexión que lo reflejado en aquél, planeó los objetivos y las finalidades explicadas por la Audiencia”³⁰.

Resulta sorprendente que el Tribunal Supremo negara la existencia de los elementos integrantes de una banda armada-organización terrorista (estabilidad, permanencia, estructura jerarquizada) cuando en los hechos probados se reconoce que los G.A.L. iniciaron sus actividades en el último trimestre de 1983 y las desarrollan durante un tiempo aproximado de tres años –estabilidad y permanencia– utilizando variadas armas de fuego –armadas– con la finalidad de asesinar a personas relacionadas con ETA militar –atentados que alteraban gravemente la seguridad ciudadana y la paz pública–. Como puede observarse, según el Tribunal Supremo, el único elemento que no llega a demostrarse como probado es la existencia de una estructura jerarquizada dentro de los G.A.L.³¹. Sin embargo, esta conclusión no es acertada ya que, según confirma la misma sentencia, son Amedo y Domínguez los que proponen a miembros del aparato estable de los G.A.L. la contratación de mercenarios y, a tal fin, les entregan una cantidad de dinero. Además, se afirma que los procesados procedieron personalmente a la contratación de sujetos que posteriormente serían los ejecutores de los diversos atentados de los G.A.L. ¿Cómo

³⁰ Vid. Fundamento. Decimoséptimo.

³¹ Sobre el concepto de grupos o bandas organizadas y armadas, la STS de 25 de enero de 1982 (R,140) dispone que “...debiendo entenderse como tales las agrupaciones para la acción armada provistas de una cierta organización de la que nacen vínculos en alguna manera estables o permanentes presididos por la idea de jerarquía y disciplina, y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas con medios idóneos -armamento y explosivos- que procure normalmente la organización criminal”. En esta sentencia se niega la existencia de banda armada en determinados actos violentos que transcurren en la Universidad Complutense de Madrid ya que, aunque eran actos de violencia personal y real, no tenían una finalidad ulterior e indeterminada de acción armada.

es posible mantener la desvinculación de Amedo y Domínguez de una organización armada en la que son ellos mismos los que seleccionan los objetivos e instruyen y pagan a los mercenarios para su consecución?. La respuesta, evidente para la mayoría de los ciudadanos menos para el Tribunal Supremo, no podía ser otra que aceptar la existencia de una organización armada, estable, permanente y jerarquizada, en la que, hasta ese momento, las cabezas visibles eran dos funcionarios del Estado –Amedo y Domínguez– cuyos viajes fueron sufragados con cargo a los fondos reservados. Negar que quienes seleccionaron, contrataron y pagaron a los autores de los atentados no pertenecían a la organización es simplemente un acto de fe irracional enfrentado a una realidad, que, como hechos probados, aparece en la propia sentencia.

Por otra parte, el desconocimiento de la verdadera estructura interna de los G.A.L. de ningún modo puede llevar a la conclusión de que tal organización no existía sino sólo a establecer el límite de las responsabilidades penales en torno a los inductores y autores materiales, es decir en los dos funcionarios del Estado y los mercenarios aludidos³².

En definitiva, no sólo era evidente la pertenencia de Amedo y Domínguez a los G.A.L., sino la existencia de una organización terrorista armada que excedía los límites de la mera asociación ilícita común.

A esta conclusión se llega igualmente tras analizar los diversos conceptos existentes sobre criminalidad organizada: en este sentido, el Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada define el “grupo criminal organizado” en el artículo 2 bis a), como

³² El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de noviembre de 1985.(R.5428), contradice el argumento empleado por el TS en el supuesto de los G.A.L. al determinar el concepto de banda armada. Así, se interpreta la existencia de una banda armada con la finalidad de subversión del Estado social y democrático por medios violentos en el caso de dos sujetos que en compañía de un grupo de jóvenes deciden formar un grupo activista y de acción directa encaminada a obstaculizar el actual régimen social y jurídico asumido por la soberanía popular. Mantiene el TS que “El delito de pertenencia a grupos o bandas armadas, requiere como requisitos para su vivencia: en cuanto a la acción o conducta, el hecho de estar integrado en los citados grupos o bandas, como sinónimo de tener relación o conexión con los mismos de modo estable, debiéndose entender por grupos o bandas el conjunto o pluralidad de personas que con idea de permanencia y estabilidad se enfrentan al orden sociológico y jurídico organizado por el Estado, y por armados siempre que tengan a su disposición, no solamente las armas de defensa o de guerra a que se refieran los arts 257 y 258 del Código Penal, sino también a las sustancias o aparatos explosivos inflamables o asfixiantes que determina el artículo 264 igualmente del Código penal; en cuanto a la antijuricidad, que la actividad delictiva tenga la entidad suficiente para ser realizada por la norma cultural de la colectividad del entorno en que se realizan los hechos, sin que pueda incardinarse en las causas de justificación,.... en cuanto a la culpabilidad, es necesario que se aprecie, no sólo la conciencia y voluntad del acto sino además que se ponga de relieve el móvil o finalidad de la acción, que de acuerdo con esta ley acabada de citar, debe ser el de causar una incidencia grave en la seguridad ciudadana, elemento tendencial, que da lugar a que en su tratamiento jurídico se le considere como un elemento subjetivo de lo injusto y con ello el no admitirse la realización delictiva en forma culposa” F.Derecho.Primer.

“...el grado de consumación aparece cuando se ponga de relieve la fundación o creación por dos o más personas del grupo o banda con medios para que éstos tengan la calificación de armados con la acción final de incidir en la seguridad ciudadana...”

“un grupo estructurado de tres personas o más existente desde hace un cierto tiempo y que tiene por fin la comisión de infracciones graves para obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material de otro tipo”. Dentro del concepto de “infracciones graves” incluye al terrorismo. Por otra parte, la “Acción común de 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación delictiva de los Estados miembros de la Unión Europea” define la organización delictiva en el artículo 1, como “asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con pena privativa de libertad...de al menos cuatro años...”.

Finalmente, el actual artículo 282 bis 4) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (reforma LO 5/1999) considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas, para realizar de forma permanente o reiterada conductas que tengan por finalidad la perpetración de los delitos siguientes: j) los de terrorismo previstos en los arts 571 a 578 del Cp.

De los preceptos del Código penal en materia de organización, grupo y banda armada terrorista, tampoco se desprende la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la sentencia citada³³. Con relación a los conceptos de

³³ En opinión de MUÑOZ CONDE, para poder apreciar la existencia de una banda armada es preciso, en primer lugar, la existencia de una organización que tenga las características de permanencia, estabilidad, con cierta jerarquía y disciplina, carácter armado y, además, tenga capacidad para provocar terror en la sociedad. De la redacción del CP de 1995 y del art.55,2 de la C.E, deduce Muñoz Conde que no tienen un tratamiento único los conceptos de banda armada, organización o grupo terrorista sino independiente, por lo que puede existir una organización armada sin finalidad terrorista. Vid. op. cit.1999. pp 791 792.

Para CARBONELL/VIVES, *Comentarios al Código penal de 1995*. Valencia.1996. p. 2014 el concepto de banda armada no es una organización transitoria, sino que se caracteriza por las notas de: organización, armas, permanencia y subversión de la seguridad interior del Estado que se deduce tanto del contenido constitucional del precepto como de los antecedentes históricos.-art 1 de ley de 1980-.p.2015.En su opinión, los actos terroristas son actos graves ejecutados por medios especialmente violentos aptos para producir terror en la población o parte de ella, que comportan al menos un peligro para la vida, integridad o la salud...es decir los bienes más básicos..se hallan dirigidos a subvertir total o parcialmente el orden político constituido... p. 2016.

Asimismo, PRATS CANUT, exige que no se presuma la alteración del orden constitucional y la paz pública sino que es imprescindible su demostración. *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Pamplona.1999.p.1623.Sobre el concepto de banda armada terrorista, asume los criterios jurisprudenciales conocidos. op. cit. pp. 1624 y 1625. Finalmente, en opinión de M. FERNÁNDEZ, “Por banda armada” ha de entenderse la reunión permanente y estable de más de dos personas, las cuales, teniendo a su disposición armas de fuego, explosivos o aparatos inflamables, tratan de subvertir el orden constitucional o alterar la seguridad ciudadana”.Por grupo u organización terrorista habrá de entenderse la unión permanente, estable y jerarquizada de varios individuos, con independencia de que estén armados, creados con el fin de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. En AAVV. *Delitos Contra el orden Público, Terrorismo, contra el Estado o la Comunidad Internacional*. Barcelona.1988. p. 340. Este mismo autor, en relación al denominado “terrorismo de Estado” al que alude Muñoz Conde, interpreta que no es terrorismo propiamente “sin perjuicio de que las bandas armadas o grupos terroristas pueden ser castigados conforme a los arts 515 y ss y que los delitos que realicen los mismos sean igualmente castigables, pero conforme a los preceptos comunes en la mayoría de los casos, al faltar el elemento subjetivo del injusto de “subvertir

asociación, la doctrina penal italiana suele exigir la existencia de un número mínimo de personas y una estructura elemental de tipo organizativo dotada de estabilidad y permanencia³⁴. Respecto al concepto de “banda armada”, y utilizando como referencia el artículo 2 del Decreto Ley de 10 de mayo de 1945 n. 234, se exige un carácter organizativo mayor que en la asociación. Así, debe ser de tipo militar, reportar una división de grados y funciones, de competencias operativas con jefes y comandos bien definidos y con una disciplina y carácter permanentes³⁵. La doctrina más reciente lo interpreta de forma más amplia, como vínculo de unión de carácter permanente, idóneo para conseguir los fines propuestos o bien una estructura embrional sin ser de tipo militar o de carácter disciplinario aceptado espontáneamente o, finalmente, una organización con jerarquía de tipo piramidal. Concepto que a veces se interpreta como indispensable, otras subrogable en un vértice colectivo y, finalmente, en otras se exige la presencia de un jefe. En torno a las armas, se requiere un armamento adecuado que permita la consecución del fin propuesto. Se requiere que las armas estén al alcance de todos o de gran parte de los asociados, bastando la simple disponibilidad de las armas depositadas en un lugar común o la posesión de las armas por parte del grupo³⁶. La doctrina alemana, suele interpretar por asociación, la unión de varias personas que durante un largo periodo de tiempo han llevado a cabo comportamientos tendentes a la consecución de una determinada finalidad³⁷.

La criticada interpretación del Tribunal Supremo es, además, contraria a la expuesta por la STS de 25 de mayo de 1998, llegándose a una situación realmente contradictoria³⁸.

el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.p.338. DE PRADA, a su vez, considera que “la banda armada contiene, además de las notas de colectividad o pluralidad de sujetos integrantes, la de disponibilidad de armas de una especial aptitud lesiva. Su distinción respecto a la “organización terrorista” sería, en todo caso, la menor estructuración organizativa de la banda e importancia del elemento permanencia. Estos a su vez, serían también los elementos de distinción de la “organización” con el “grupo” terrorista”. vid.op.cit.p.75.

³⁴ Vid. FIANDACA/MUSCO. op. cit. p. 33.

³⁵ Vid. FIANDACA/MUSCO. op. cit. p.45.

³⁶ Vid. FIANDA/MUSCO. ibid.

³⁷ Vid.BGHSt 31, 202, 239; 20,60; BGH NJW 1966, 311. Los Tribunales alemanes han discutido sobre el número de personas que son necesarios para integrar la asociación. Para unos cuatro, para la mayoría, un mínimo de tres (BGH NstZ 1982, 68; BGH StV 1992, 15.Vid. RUDOLPHI. SK. op. cit. 1994. p. 46. también OTTO, requiere un mínimo de tres personas y una organización duradera bajo el control de una estructura jerarquizada y con una voluntad delictiva. GRUNDKURS STRAFRECHT. Berlin. 1998. p. 458. Sobre las características de la organización criminal. SIEBER/BÖGEL, *Logistik der Organisierten Kriminalität*, 1993, p. 358. En la misma línea, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD. op. cit. p. 401; LENC-KNER, op. cit. p. 964.

³⁸ La STS de 1 de marzo de 1988. (R.1515), interpreta que el artículo 174 bis a) del Código penal -según la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo- (R.1052) en relación con el artículo 1 de la Ley 11/1980, de 1 de diciembre, comprendieron por igual a los terroristas y a las demás bandas armadas cuya actividad incida gravemente en la seguridad ciudadana...

Este planteamiento del Tribunal Supremo en el caso Amedo se opone, asimismo a otra sentencia del Tribunal Supremo en la que se niega la existencia del elemento estructural: STS. 29 de julio de 1998 (Caso Marey).

Los hechos probados demuestran que de octubre a diciembre de 1983, los acusados crearon una organización con la intención de combatir ilegalmente el terrorismo llevando a cabo una serie de actos violentos. En el caso concreto de la sentencia que comentamos, los acusados tomaron la decisión de secuestrar a dos personas. El primer intento quedó en grado de tentativa, el segundo se consumó. Se trataba de una estructura constituida por cargos políticos, funcionarios policiales y mercenarios³⁹.

Según los hechos probados, los acusados llegaron a la conclusión de que era preciso proceder al uso de acciones ilegales contra el terrorismo. Es más, indica la referida sentencia que, “el propio Centro de Estudios para la Investigación y Defensa (CESID), órgano dependiente del M.º Defensa, con fecha de 6 Jul. 1983, confeccionó un documento, llamado “Nota de Despacho”, en el que bajo el título “Acciones en Francia” se examinaban los pros y contras de las distintas posibilidades de intervención en el sur de este país, documento que termina con la frase siguiente: “En cualquier circunstancia se considera que la forma de acción más aconsejable es la desaparición por secuestro”⁴⁰.

Los acusados planearon y ejecutaron el secuestro de un etarra al que confundieron con Segundo Marey, así como el secuestro de otro presunto etarra que no llegó a realizarse⁴¹.

³⁹ Los acusados ocupaban los siguientes cargos: Barrionuevo –Ministro del Interior–, Vera – Director de la Seguridad del Estado, máximo responsable, bajo la autoridad del Ministro, de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y Jefe del Mando Único para la Lucha contra el Terrorismo–. Sancristobal, Gobernador Civil de Vizcaya y, posteriormente, Director de la Seguridad del Estado en 1984. García Damborenea, Secretario General del Partido Socialista de Euskadi en la provincia de Vizcaya, y miembro del Comité Ejecutivo Federal del PSOE. Francisco A. S., Comisario del Cuerpo Nacional de Policía. En febrero de 1984 fue destinado a Madrid como Jefe del Gabinete de Información y Operaciones Especiales, cargo del M.º Interior directamente dependiente del nuevo Director de la Seguridad del Estado, Julián S. Miguel Planchuelo, Comisario del Cuerpo Nacional de Policía, era Jefe de la Brigada Regional de Información de la Lucha Antiterrorista. Más tarde, fue nombrado Jefe Superior de Policía de Bilbao. José Amedo. F.Subcomisario del mencionado Cuerpo Nacional de Policía, estaba destinado en dicha Brigada Regional de Información. Francisco Saiz Oceja, Inspector del mismo Cuerpo Nacional de Policía. Julio Hierro. Moset., también Inspector del mismo Cuerpo. En Febrero de 1984 fue nombrado Jefe de la Brigada Regional de Información de la Lucha Antiterrorista, con sede en Bilbao, cargo hasta entonces ocupado por Miguel P. Luis Hens. S. Inspector de 3.ª, última de las categorías de la escala ejecutiva del mismo Cuerpo Nacional de Policía. Juan Ramón C. R. De la misma categoría profesional que el anterior. Michel Domínguez. M., con la misma categoría profesional que los dos anteriores, pero destinado en Bilbao, no en la citada Brigada, sino en el Gabinete Regional de Identificación.

⁴⁰ Cfr. Hechos probados .A. (Segundo). Otro documento del mismo organismo (CESID), de 28 Sep. 1983, Nota de Despacho titulada «Asunto: Sur de Francia», asegura que está previsto realizar acciones violentas en el sur de Francia en fechas inmediatas.

⁴¹ Se recoge un resumen de los comportamientos delictivos, respetando el tenor literal de los hechos probados por el Tribunal Supremo.

El 5 de octubre de 1983, tras producirse el secuestro del Capitán del Ejército Sr. Martín Barrios, el Gobernador Civil de Vizcaya, Sr. S., y los Jefes Policiales, Sres. A. y P., consideraron que era posible la detención en Francia para su posterior traslado a España, por medio de efectivos policiales españoles, del dirigente de ETA L. G. S. Tras consultarlo con Vera y Barrionuevo, éstos aceptaron tal plan y se encargó de organizarlo el Jefe Superior de Bilbao, Francisco A. Este último logró traer a un policía destinado en Barcelona, G. A., y a otros tres policías del Grupo Especial Operativo (GEO), para que, ya definido el objetivo y con las informaciones debidamente contrastadas, pasaran a Francia para la detención de dicho L. que, al parecer, podía proporcionar datos del paradero del citado Capitán M. B. La operación fracasó, el día 18 Oct. 1983 se produjo la detención de estos funcionarios españoles y al día siguiente apareció el cadáver del Capitán M. B.

Ante tal fracaso y asesinato, S., A., P. y A., planean un nuevo secuestro en Francia, ahora valiéndose, no de las propias fuerzas policiales españolas, sino de unos mercenarios franceses.

Determinada la persona que habría de ser detenida y traída a España para interrogarla en tal lugar, y concretada la operación en contacto con los franceses que iban a ejecutarla, P. y A., con la aprobación de S. y A., acordaron con los mercenarios que el precio que había que abonarles por esta operación sería 1.000.000 de francos franceses.

Planeado de este modo el secuestro en Bilbao, el Gobernador Civil Sr. S., obtiene la autorización de Vera y Barrionuevo, tanto para el secuestro como para su financiación. Vera, que era la persona que en el Ministerio, por delegación del Ministro, estaba encargada de disponer de los fondos reservados, entregó a S. un maletín con la mencionada cantidad de 1.000.000 de francos; de los cuales, ya en Bilbao, este último dió 500.000 a A. para su posterior entrega al Comisario francés que se había concertado con quienes materialmente iban a efectuar el secuestro de L. G. y otros 50.000 para que se los diera a Pedro S., uno de esos mercenarios. Como antecedente de tal planificación, hay que resaltar que con fecha 3 Nov. 1983, el CESID confeccionó una «Nota de trámite interno» sobre el asunto titulado «Actividades en el Sur de Francia» en el que se fijaban varias personas de ETA como objetivos concretos, entre las que figuraba el mencionado L.

El 4 Dic. 1983, los mercenarios Pedro S., Mohamed T. y Jean Pierre E. se acercaron al domicilio que en Hendaya tenía Segundo M. S. y le secuestran.

Para seguir el desenlace de la operación, estaban reunidos en Bilbao, en el despacho del Jefe Superior de Policía, Sr. A., éste, S. y P., y allí sobre las 9,30 horas se recibió la llamada telefónica de Rafael V. que recogió P. y éste pasó a S., por medio de la cual el Director de la Seguridad del Estado hizo saber al Gobernador Civil de Vizcaya que había habido un error en la persona secuestrada porque no lo había sido L. G., sino un señor llamado Segundo M. S., según le habían comunicado de Francia.

En ese momento entre P., A. y S. se planteó la duda de qué hacer con la persona secuestrada. Llamó entonces S. a G. D. diciéndole lo que había ocurrido, éste se presenta enseguida en el despacho de A. y allí se delibera sobre lo que es más conveniente, resolviendo los tres allí presentes, es decir, S., D. y A., que lo más conveniente era quedarse con Segundo M. S. y llevarlo a la cabaña que tenían preparada para L., porque así podrían presionar a las autoridades francesas, en concreto para conseguir la liberación de los policías españoles que aún permanecían presos en Francia desde el 18 de octubre, cuando trataron de detener a L. G., como ya se ha dicho. Para ello estiman necesaria la autorización de Madrid, que obtienen mediante una conversación telefónica de S. con B. Durante esa noche y, en todo el tiempo que duró el secuestro, el Gobernador Civil de Vizcaya habló con frecuencia con los señores V. y B. que, de este modo, participaban en las decisiones y seguían las incidencias. El 6 de diciembre, A. recibió de manos de S. un papel que había sido redactado entre el propio S. y Ricardo G. D. en el que éste escribió de su puño y letra lo siguiente: «Escuche, le hablo del secuestro de Segundo M. S. Está secuestrado por sus relaciones con ETA Militar, ocultando terroristas y por participar en el cobro del impuesto revolucionario. Como éste irán desapareciendo todos. Repetir y “clíc”». A tal texto, después de la palabra todos, añadió el propio S. dos palabras: «los implicados».

El Gobernador Civil entregó tal papel escrito a A., para que uno de los dos secuestradores lo tradujera al francés y su contenido lo transmitiera por teléfono a algún medio de comunicación. Esto lo hizo en los términos expuestos, quedándose A. con el original del mencionado documento que conservó muchos años hasta que lo entregó al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en el transcurso de su declaración del 16 Dic. 1994.

También ese mismo día 6 de diciembre (o quizá en fecha anterior), las personas que estaban planeando y dirigiendo desde Bilbao y Madrid el desarrollo del secuestro, es decir, B., V., S., A., P. y G. D., o alguno o algunos de ellos con el conocimiento de los demás, acordaron dar un comunicado con el contenido siguiente: «si en el plazo de cuarenta y ocho horas no liberan a los cuatro policías españoles, ejecutarán a Segundo M. S., de 51 años, de Irún».

Si en la sentencia de la Audiencia Nacional se negaba la existencia de banda armada por la ausencia del elemento subjetivo “intentar subvertir el ordenamiento constitucional” (elemento que, como ha quedado demostrado, no exigen los tipos relativos a bandas armadas pues sólo requieren que se cree un estado de inseguridad ciudadana), el Tribunal Supremo aún compartiendo esta última tesis, niega, sin embargo, la existencia de tres de los cuatro elementos que caracterizan la pertenencia a banda armada: la estabilidad, el armamento, la creación del temor a un grupo o a la generalidad de la población y, por fin, la perturbación de la seguridad ciudadana.

Entiende el Tribunal Supremo que “...el delito de banda armada, como agravación específica del de asociación ilícita, requiere los siguientes elementos:

- 1.º) Que exista realmente una banda, es decir, una asociación que tenga por objeto cometer delitos. Evidentemente no es necesario que se trate de una asociación que haya adoptado alguna de las formas jurídicamente previstas al respecto: basta con la unión de varios para un fin, unión que ha de tener una cierta duración en el tiempo o estabilidad.
- 2.º) Que tal banda sea armada, es decir, que utilice en esa actuación delictiva armamento, entendiéndose por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros ins-

Tal comunicado se transmitió en la tarde del referido día 6 por medio de una llamada telefónica a la Cruz Roja de San Sebastián y fue difundido por varios medios de comunicación.

No aparece probado que A. participara en la confección o transmisión de este último comunicado, pero sí que conoció su existencia.

Lo que sí consta acreditado es que precisamente el día 8 de ese mismo mes, por la mañana, es decir, inmediatamente antes de transcurrir el plazo concedido de las 48 horas, fue cumplido lo exigido en dicho comunicado, quedando en libertad esos cuatro policías españoles que habían sido detenidos, como antes se ha dicho, cuando trataban de secuestrar a L. G. el 18 de octubre anterior, quienes inmediatamente regresaron a España.

La privación de libertad de Segundo M. S. continuó en el primitivo inmueble de la montaña de Cantabria con el conocimiento de todos los procesados, incluso de los señores V. y B. que estaban al tanto de todo a través de las conversaciones telefónicas mantenidas con S.

Así las cosas, el día 13 de diciembre, S., V. y B. deciden poner en libertad al secuestrado. A. y P. contactan con Michel D., y se elaboró un comunicado.

Tal comunicado en castellano decía así: «A causa del crecimiento de los asesinatos, secuestros y extorsiones cometidos por la organización terrorista ETA sobre suelo español, programados y dirigidos desde el territorio francés, nosotros hemos decidido eliminar esta situación. Los Grupos Antiterroristas de Liberación -GAL- fundados a tal objeto, exponen los puntos siguientes: 1. Cada asesinato por parte de los terroristas tendrá la respuesta necesaria, ni una sola de las víctimas permanecerá sin respuesta. 2. Nosotros manifestamos nuestra idea de atacar los intereses franceses en Europa, ya que su Gobierno es responsable de permitir actuar a los terroristas en su territorio impunemente. 3. En señal de buena voluntad y convencidos de la valoración apropiada del gesto por parte del Gobierno francés, nosotros liberamos a Segundo M. S., arrestado por nuestra organización, a consecuencia de su colaboración los terroristas de ETA. Tendrán más noticias del GAL».

Era la primera vez en que se usaron tal nombre y las siglas GAL.

trumentos semejantes, que son aquéllos cuyo uso repetido, o especialmente intenso en una sola ocasión, puede causar alarma en la población y la alteración en la convivencia ciudadana a que nos referimos a continuación.

- 3.º) La referida TC S 199/1987 (FJ 4.º) nos obliga a una interpretación restrictiva del concepto de banda armada, en coincidencia con la jurisprudencia de esta Sala, porque este último concepto no puede separarse del de «elementos, organizaciones o grupos terroristas» con el que aparece unido, tanto en nuestra CE (arts. 55.2) como en las distintas Leyes que han regulado esta materia en los últimos tiempos y en el CP vigente (arts. 515.2.º y 571 a 577), de tal modo que hemos de añadir un elemento más a este concepto: que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo.
- 4.º) Por último, se requiere un especial elemento subjetivo del injusto. No basta que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población a que antes nos hemos referido. Es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 CP vigente: de este modo, se sintetiza lo que venía siendo doctrina de esta Sala. Por ello, son bandas armadas tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1 CE, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental.

Para ver si concurre o no en el caso presente este delito de pertenencia a banda armada, hemos de repetir una vez más la limitación del objeto de esta causa penal: el secuestro de Segundo Marey y los delitos de malversación de caudales públicos y pertenencia a banda armada, si bien limitando estos dos últimos a los hechos concretos relacionados con dicho secuestro. Es decir, para determinar si existió el delito que ahora examinamos sólo podemos tener en cuenta la actuación de los acusados en el hecho de dicho secuestro.

Así las cosas, negamos la existencia de este delito, porque faltan los tres primeros elementos antes examinados:

Respecto del 1.º, no consta que nos encontremos ante una agrupación de personas de carácter estable. Recordemos que fue la primera vez que se hizo uso de las siglas GAL.

En referencia al 2.º, es claro que no aparece en todo el secuestro de Segundo Marey el armamento necesario para la definición del concepto de banda armada.

Con relación al 3.º, no puede decirse que el hecho aislado del secuestro llegara a perturbar la convivencia ciudadana por producir la alarma o miedo propios del terrorismo.

Por todo ello, la presente resolución ha de ser absoluta respecto de las acusaciones formuladas contra varios de los procesados por el delito de pertenencia a banda armada...⁴².

Respecto al estudio que el Tribunal realiza del concepto de bandas armadas, es muy importante que el propio Tribunal Supremo admita la posibilidad del terrorismo de Estado cuando, al analizar el elemento subjetivo, reconoce que se cumple tal elemento aún cuando erróneamente se trata de legitimar la democracia utilizando una violencia ilegal. Tesis que contradice las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en el caso de Amedo y Domínguez.

Sin embargo, es incomprensible la exclusión que el Tribunal realiza de los tres elementos restantes del concepto de bandas armadas. El Tribunal Supremo se basa en que se trata de enjuiciar sólo el caso Marey y, en esa época, la organización aún carecía de estabilidad. Además, en la operación de secuestro no se empleó el armamento necesario y, asimismo, el hecho aislado de un secuestro no es capaz de generar un temor colectivo propio del terrorismo.

Pues bien los tres argumentos son incorrectos:

En primer lugar, porque no falta el requisito de estabilidad aunque el supuesto de referencia sea sólo el caso Marey. Se ha demostrado que se trataba de una organización creada en octubre de 1983 con la finalidad de realizar diversos secuestros y otras acciones violentas. El primer intento de secuestro

⁴² Vid Fundamento jurídico decimoquinto.

de Larretxea se realiza en los primeros días del mes de octubre sin lograr su objetivo mientras que la detención de Marey se produce el cuatro de diciembre de 1983, habiendo transcurrido, en consecuencia, tres meses desde la primera acción ilegal de los G.A.L. Este tiempo es más que suficiente para poder constatar que no se trataba de una asociación ocasional sino de una estructura antiterrorista de carácter permanente. Por otro lado, son los propios responsables de los G.A.L. los que, a través de un comunicado en la liberación de Marey, reconocen que se trata de una organización y, transmiten a la opinión pública, utilizando por vez primera el sello de los G.A.L., que cada asesinato de los terroristas tendría su respuesta y también su intención de atacar los intereses franceses en Europa⁴³.

Si, por ejemplo, el Tribunal Supremo hubiera utilizado el mismo argumento en el primer atentado de ETA no hubiera podido condenar a sus integrantes como miembros de una banda armada.

Con relación al segundo argumento: se sustenta la falta de armamento necesario para un delito como el de secuestro. Esta tesis parte del error de vincular la necesidad de armamento al delito en concreto (para secuestrar a un hombre de cincuenta y un años no es imprescindible el uso de armas) y no a una estructura estable que amenazó con la muerte y, de hecho, cumplió sus objetivos. Resulta sorprendente la “ingenuidad” del Tribunal Supremo al negar la existencia del armamento adecuado, basándose en el secuestro de Marey cuando, en realidad, se trataba de una organización compuesta por funcionarios del Estado –que contaban consecuentemente con armas reglamentarias– y mercenarios contratados con cargo a los fondos reservados .

Finalmente, es inadmisibles la negativa del Tribunal a aceptar que el secuestro de Marey generó temor e inseguridad; es inadmisibles, sobre todo, cuando respecto al elemento subjetivo reconocía que el terrorismo de Estado afecta igualmente a la seguridad ciudadana y a la paz pública. Considera el Tribunal que no afectó a la seguridad ciudadana un secuestro en el que, al margen de los malos tratos psíquicos que se infligieron a la víctima, se la amenazó de muerte⁴⁴. En ese discurso se olvida que no se trataba simplemente de un secuestro, sino de la elaboración de un secuestro, planificado desde el Ministerio del Interior, ejecutado por funcionarios del Estado y por mercenarios a los que Vera pagaba con cargo a los fondos reservados.

⁴³ No es la primera vez que el Tribunal Supremo rechaza la autoinculpación de los integrantes de los G.A.L. como miembros de una estructura organizada y armada terrorista. Recuérdese la STS de 18 de marzo de 1991. (R.2173).

⁴⁴ En este sentido hay que recordar que el 6 de diciembre de 1983, se transmitió un comunicado elaborado por las personas que dirigieron el secuestro: Barrionuevo, Vera, Sancristobal, Alvarez, Planchuelo y García Damborenéa. Un comunicado en el que se decía: “Si en el plazo de cuarenta y ocho horas no liberan a los cuatro policías españoles, ejecutarán a Segundo Marey, de 51 años, de Irún”.

La demostración de que el Ministerio del Interior optó, no por la vía legal sino por la comisión de delitos para combatir el terrorismo, destruye las bases del Estado de derecho y, en consecuencia, afecta inevitablemente a la seguridad de todos los ciudadanos y, por supuesto, a la paz pública.

La conclusión a la que se llega tras el estudio de las diversas sentencias sobre los G.A.L. es que se cumplen todos y cada uno de los elementos que integran la existencia de una organización armada de carácter terrorista: el elemento subjetivo y el estructural. También se advierte una gran resistencia por parte de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo para llegar a esta misma conclusión. Unas veces se alude a la falta de pruebas que permita vincular a los implicados con los G.A.L., otras, cuando se demuestra tal conexión, debido a la falta de un estricto elemento subjetivo –subversión del orden constitucional–. Finalmente, cuando se demuestra la integración de los procesados en un grupo terrorista financiado por el Ministerio del Interior, con finalidad de alterar gravemente la seguridad ciudadana mediante secuestros y asesinatos, se niega la participación de éstos en una banda armada debido a la falta de estabilidad y permanencia de un grupo que actuó durante tres años.

Pues bien, una vez que el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia del terrorismo de Estado, al considerar que tanto el Ministro del Interior como el Director de la Seguridad del Estado fueron los organizadores de los G.A.L. y coautores de un delito de secuestro y otro de malversación de caudales, es necesario preguntarse si estamos ante el final de la cadena o si realmente sólo se ha sancionado a algunos de sus eslabones.

Resulta sorprendente que el Tribunal no se cuestione la posible participación en comisión por omisión del ex Presidente del Gobierno respecto a los delitos cometidos por esta banda armada. Es más, con relación a si Felipe González debía o no declarar en torno a este asunto, el auto de la Sala 2ª del TS consideró que, además del negativo efecto estigmatizador que ello tendría sobre el ex Presidente del Gobierno, no se habían apreciado indicaciones fundadas de culpabilidad⁴⁵. Aún hoy desconocemos qué medidas adoptó el Gobierno durante el periodo –1983 a 1986– respecto a los delitos cometidos por los G.A.L. y si además del Director General de Seguridad del Estado y el Ministro del Interior, el Gobierno tenía el deber de fiscalizar los gastos a cuenta de los fondos reservados.

Respecto a la necesidad de declarar sobre los fondos reservados como materia clasificada, el artículo 417.2 de la L.E.Crim. establece que no podrán ser obligados a declarar “los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieran declarar sin violar el

⁴⁵ Vid. La acertada crítica que Gimbernat Ordeig realiza al auto judicial, en “Crítica al auto de exculpación de Felipe González”, en *Ensayos Penales*. Madrid. 1999.

secreto que por razón de sus cargos estuviese obligados a guardar; o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida”. Algún sector doctrinal ha interpretado la necesidad de subordinación del auxilio judicial al secreto de algunas materias⁴⁶. Esta también ha sido la tesis defendida por la STS de 12 de marzo de 1992, con motivo del caso “GAL”; en esta sentencia se afirma con relación al uso y control de los fondos reservados que “la calificación reservada de determinadas partidas implica a su vez el carácter secreto de las mismas, según se desprende del art.1.2 de la Ley 5-4-68...Parece que entonces queda vedada cualquier publicidad sobre ellas si el nuevo artículo 367 del Código penal (ley Orgánica 9/1991) castiga al funcionario público o autoridad que revelare los secretos o información de que se tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, y que no deban ser divulgados”. En parecidos términos, se expresa la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995, con motivo de un conflicto de competencias entre el Ministro de Defensa y el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional sobre ciertos documentos legalmente clasificados por el Consejo de Ministros. Recuérdese los hechos que motivaron el fallo fueron los siguientes: se requirió por parte del Juez a los responsables del CESID ciertos documentos referentes al uso de determinados fondos reservados, pues se sospechaba que habían sido utilizados para financiar operaciones antiterroristas. Ante la negativa, el Juez dirigió un escrito al Ministro de Defensa que también se negó, argumentando que se trataba de materia reservada. En esta sentencia, se falla a favor del Ministro de Defensa al interpretarse que corresponde a éste la competencia para resolver sobre la entrega de los documentos, informaciones y relaciones personales objeto del requerimiento judicial. Se dice que “es patente que no puede hablarse de creación de espacios de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las Administraciones públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieran conocimiento. Lo que hace entonces el ordenamiento no es dejar fuera de la labor investigadora del Juez espacio delictivo alguno, sino, únicamente, modular, restrictivamente, la utilización de determinados medios probatorios”.

Se puede afirmar, que en esta sentencia se pretende configurar el delito de revelación de secretos en función de la decisión exclusiva del Consejo de Ministros. En caso de aceptarse la tesis de la sentencia citada, si el Consejo de Ministros decide clasificar como secreta o reservada una determinada materia no podría declararse ante el juez sobre el contenido de la misma salvo que se incurriese en el delito mencionado. Puede ocurrir, por tanto, que un delito

⁴⁶ Vid. BERNAL VALLS. “Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical”, *Poder Judicial*, n.º.5. 1987,p.22).

cometido por miembros del Gobierno fuera considerado materia legalmente clasificada por el propio Gobierno sin que la Administración de Justicia tenga acceso a la misma. Como acertadamente pone de manifiesto Andrés Ibañez, en un planteamiento que suscribo, “la sola idea de blindar de secreto cualquier actividad de poder tendría que suscitar inquietud y desconfianza por principio. La prueba está en que la asociación de ambos términos en condiciones de “autonomía de la política” ha producido resultados concretos dignos de un poder dictatorial: crímenes de Estado, depredación masiva del dinero público, obtención ilícita de informaciones y posterior apropiación privada de éstas”⁴⁷. Asimismo, Gimbernat Ordeig, al hilo de esta sentencia, considera que “esta absolutización del “secreto oficial” significa un ataque masivo a los valores constitucionales... –y continúa este autor afirmando– que, “el juez no les está pidiendo que revelen la identidad de posibles confidentes que han sido útiles para desarticular un eventual grupo mafioso o terrorista, sino que entreguen documentos que pueden ayudar a determinar hasta dónde alcanzan las responsabilidades penales de una banda terrorista organizada dentro del mismo Ministerio del Interior y, probablemente también, del CESID”⁴⁸.

Sin embargo, pese al artículo 417.2 de la LECrim. aludido y esa línea jurisprudencial, no debe interpretarse que los funcionarios pueden negarse de forma sistemática a cooperar con la Administración de Justicia. En el conflicto que se produce al negarse a revelar el secreto –infracción del correcto desarrollo de la Administración de Justicia– y el descubrir tal información –vulneración del buen funcionamiento de la Administración Pública–, prevalece, como dice Muñoz Conde, el fin de realización de la Justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del secreto⁴⁹.

Otros autores entienden que tal conflicto no existe pues el artículo 5 de la LOFCSE, al establecer que el funcionario debe colaborar en los términos establecidos en la Ley, sólo permite un deber, el de “atender el requerimiento judicial revelando las circunstancias de identidad, localización y actuación de sus colaboradores”⁵⁰. Asimismo, sobre la obligación legal del funcionario de proporcionar los datos y explicaciones requeridas por la autoridad judicial que derivan de los artículos 283 y 287 de la L.E.Crim⁵¹. Esta autora plantea la posibilidad de aplicar los delitos de denegación de auxilio o de desobediencia en aquellos casos de funcionarios que se niegan a colaborar con la Administración de justicia⁵².

⁴⁷ Cfr. “Estado y Secreto”. En *El País*. 8 de noviembre de 1995.

⁴⁸ Vid. “La sinrazón de la sentencia del Tribunal de Conflictos”, en *Ensayos Penales*. Madrid. 1999. p. 107.

⁴⁹ Vid. MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. 1999. pp. 940 y ss.

⁵⁰ Cfr, MAQUEDA ABREU. “El caso Ballesteros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1986”. *Poder Judicial*. nº.2. p.102.

⁵¹ Cfr. *ibid.* p. 99.

⁵² Cfr. *ibid.* pp. 99 y ss.

Finalmente, otros autores, acuden a la colisión aparente de deberes penales para resolver este hipotético conflicto. En esta dirección, MORALES GARCÍA considera que “la cooperación debida, esto es, el deber de auxilio, nacerá –siempre que sujeto pasivo sea idóneo para prestar el auxilio– a través del requerimiento de autoridad judicial competente capaz de justificar, motivadamente, la vinculación de lo requerido con el objeto del sumario, así como su esencialidad en el desarrollo del proceso y capaz por último, de garantizar el hermetismo de las declaraciones o documentos exigidos, cuestión ésta que habrá de materializarse desde la proyección del secreto sumarial hacia dentro (intrapartes, esto es, extendiendo el secreto de las actuaciones hacia las partes, ex art.302 de la LECr) y fuera del mismo (extrapartes, únicamente hacia la opinión pública, ex art. 301 de la LECrim)”⁵³. En parecidos términos se expresa el Auto de 20 de febrero de 1995, en el que se decide el archivo de la querrela presentada contra un Magistrado por un posible delito de provocación para la comisión del delito de revelación de secretos. De este modo, se afirma que “revelar a la autoridad judicial que investiga la posible comisión de un delito de uso concreto de fondos reservados no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado, que no puede ampararse en el art. 417.2 LECrim. constituyendo en cambio para el funcionario imputado una facultad, al poderse hacer uso por él del derecho fundamental a no declarar en su contra que establece el artículo 24 CE”. Más en concreto, sobre el uso de fondos reservados, se declara en este Auto que, “en manera alguna tal secreto puede ser obstáculo para la investigación de un tipo delictivo concreto, ya que de malversación para usos privados ya de aplicación pública para fines diferentes a los que estuvieran destinados, ya, en fin, a través de su forma más grave: su aplicación instrumental para la comisión de delitos. Entender lo contrario sería, si no su fin, un grave atentado contra la existencia misma del Estado de Derecho y valor superior de la justicia”.

En mi opinión, estamos ante un conflicto aparente entre la denegación de auxilio a la justicia y el delito de descubrimiento y revelación de secretos. Este conflicto debe resolverse siempre a favor del derecho a la investigación judicial cuando se presuma, razonable y motivadamente, que la información legalmente calificada puede referirse a la existencia de un delito. En definitiva, el funcionario conocedor de la información –salvo que sea un imputado– tiene la obligación legal de revelarla si el Juez o Tribunal lo solicita. No es necesario exigir, como hace Morales García, que el juez se comprometa a un hermetismo absoluto sobre las declaraciones o documentos presentados puesto que el secreto del sumario exige ya tal silencio. Además, tampoco es

⁵³ Vid. “Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio”. En *Actualidad penal*. n.º. 16. 1996. p. 292.

correcto plantear un “aparente” conflicto entre el buen funcionamiento de la Administración Pública y el desarrollo adecuado de la Administración de Justicia, ya que, no sólo no afecta, sino todo lo contrario, beneficia el correcto funcionamiento de la Administración Pública el descubrimiento de los crímenes de Estado. Debe haber, en consecuencia, una sintonía entre los intereses de la Administración de Justicia y los de la Administración Pública: el descubrimiento del delito. Lo que beneficia a la Administración de Justicia no puede perjudicar nunca a la Administración Pública.

Finalmente, en tres sentencias de 4 de abril de 1997, la Sala 3ª de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo ha reconocido que de los bienes jurídicos ponderados, el derecho a la tutela judicial efectiva prevalece sobre la seguridad del Estado al tratarse de valores como la vida de los ciudadanos. El Tribunal Supremo ordenó al Gobierno la entrega de los documentos a los Juzgados que lo solicitaron⁵⁴.

Volviendo a la posibilidad de determinar la responsabilidad en comisión por omisión del ex Presidente del Gobierno en torno a la custodia de los fondos reservados y al resto de acciones criminales ejecutadas por los GAL y financiadas con los mismos, es preciso realizar algunas puntualizaciones: es garante quien ostenta una posición de protección o de control, si con su omisión no evita o dificulta el resultado, siempre y cuando tenga el dominio actual –no sólo pasado– de los factores que dan lugar al resultado que él mismo ha generado o que aumentan el peligro de lesión del bien jurídico.

En mi opinión, sólo es admisible partir de las tesis materiales corregidas por criterios de estricta equivalencia, lo que significa aceptar las funciones de protección o de control del garante siempre que, en el omitente de aquellas posiciones, se den criterios de causalidad hipotética e imputación objetiva suficientes para fundamentar que, con su intervención, probablemente el resultado no se hubiera producido.

Desde luego, no es correcto afirmar que el ex Presidente del Gobierno ostentaba en todo caso una obligación jurídica genérica de protección de los ciudadanos frente a la lesión o puesta en peligro de cualquier bien jurídico. Ahora bien, la ausencia de control de los fondos reservados con los que se pagaron los atentados de los G.A.L., sí puede conllevar la responsabilidad

⁵⁴ Ante esta nueva línea jurisprudencial subraya Gimbernat que “la orden dada entonces por el ministro del Interior a los testigos Julián Sancristobal, Francisco Álvarez y Miguel Planchuelode que, por tratarse de una materia secreta, no declararan ante la autoridad judicial sobre los fondos reservados, con los que se habían financiado los GAL, fue una orden antijurídica, ya que la tutela judicial efectiva en el esclarecimiento de esos asesinatos frustrados prevalecía sobre el secreto formal de Estado, por lo que los referidos testigos -en su calidad de tales- incurrieron objetivamente en un delito de desobediencia al negarse a contestar a las preguntas que el juez les formuló”. Vid. “La lucha por el derecho”, en *Ensayos penales*. Madrid.1999, p.128.

penal por omisión dolosa o imprudente en aquellos delitos cometidos por personas del Ministerio de Interior que se encontraban bajo su control.

En otros supuestos semejantes, puede afirmarse la responsabilidad de la Administración con relación al tráfico de drogas, lesiones, muertes, transmisión del VIH, etc., en centros penitenciarios⁵⁵.

El incumplimiento de estos deberes supondrá, siempre que se den los requisitos que hemos expuesto, la autoría o participación omisiva del garante en la muerte o lesiones causadas. Para que tal responsabilidad se produzca es preciso la existencia de la probabilidad de que con su intervención se hubiera evitado o limitado el resultado y, además, que tenga un dominio de la situación que conduce al resultado. No obstante, tal comportamiento no debe quedar reducido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado sino a la responsabilidad penal como autor o partícipe omisivo⁵⁶.

Si aplicamos esta tesis a la materia que se analiza, la conclusión sería el reconocimiento de la participación omisiva en delitos comisivos, siempre que se reúnan los elementos necesarios al efecto: el tipo penal debe admitir la construcción omisiva, el omitente debe ostentar una función de protección o de control, el dominio actual de los factores que originan o aumentan el peligro de lesión del bien jurídico protegido y, por último, una hipotética intervención debiera haber dificultado la producción del resultado o haberla evitado –autor– pero sin que concurren en el omitente los elementos de autoría propios del precepto analizado. Si falta alguno de estos criterios, en todo caso, el delito sería de omisión propia.

Por todas las razones expuestas, considero factible la elaboración dogmática de la comisión por omisión en el supuesto que se analiza. Una hipotética intervención del ex Presidente del Gobierno sobre los gastos de los funcionarios –sobre los que tenía una función de control– con cargo a los fondos reservados hubiera evitado con toda seguridad la mayoría de los delitos cometidos por los G.A.L.

⁵⁵ Los artículos 3.4 y el 21.2 de la Ley General Penitenciaria imponen a la Administración penitenciaria el deber de velar por la vida, integridad y salud de los internos. En este sentido, se ha pronunciado, además, el TC en las sentencias 120/90 y 137/90.

⁵⁶ Cfr. En cambio, mantiene otra opinión SILVA SÁNCHEZ, en “Muerte violenta del recluso en un centro penitenciario”, *Revista Jurídica de Cataluña*.n. 2.1992; y en “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *CPCr*, n. 38, 1989.

Un caso semejante es el que fue juzgado en Francia con el procesamiento del ex primer ministro, al que se acusó de participación por omisión en un delito de envenenamiento por trasfudir sangre infectada de VIH a hemofílicos; responsabilidad penal que deriva de la no evitación de un resultado que pudo evitar cuando tenía la obligación jurídica de hacerlo y el dominio efectivo de la situación que provocó el resultado.