

La regulación española: la constitución de 1978 y su desarrollo legislativo*

*Jesús González Amuchastegui***

Introducción

Características del Estado de Derecho

a. No todo Estado cuyo funcionamiento se ajusta a lo establecido por normas jurídicas es un Estado de Derecho; no todo régimen político es un régimen constitucional; no toda norma fundamental o suprema de un ordenamiento jurídico es una Constitución (recuérdese el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789).

b. Ley: expresión de la soberanía popular; reconocimiento del sufragio universal.

c. Separación de poderes; supremacía del Legislativo.

d. Control de legalidad de la Administración.

e. Derechos fundamentales; criterio de legitimidad del Estado.

Características de los derechos fundamentales

a. Los derechos fundamentales son derechos. Reconocimiento:

- a todos los individuos (adscripción individualizada);

- de un conjunto de bienes (la justificación de los derechos fundamentales radica en la consideración por parte de la sociedad de que hay determinados bienes—vida, integridad física, educación, libertad religiosa...— de los que todos los individuos deben disfrutar);

* Texto de la Conferencia pronunciada en Bogotá el 29 de mayo de 2003 en el seminario "La lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho. Análisis en una perspectiva comparada", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y la Fundación Conrad Adenauer. Se ruega no citar.

**Universidad Complutense de Madrid.

- que justifica la adopción de una serie de técnicas de protección y garantía (adscripción de deberes a terceras personas, limitación del ámbito de actuación estatal, justificación de políticas públicas, limitación de poderes de los propios titulares de los derechos..).

b. Son derechos universales, inalienables y absolutos. Absolutos significa:

- criterio de legitimidad del Estado; su respeto o violación determina la actitud que los ciudadanos deben observar en relación con el derecho (obediencia, crítica, desobediencia, rebelión);

- límite al poder de las mayorías. Los derechos fundamentales deben estar al margen del juego político de mayorías o minorías. Coto vedado;

- límite a las políticas públicas que persiguen maximizar el bienestar general. Los derechos fundamentales son *triumfos*;

- exigencias morales más fuertes existentes en los ordenamientos jurídicos. Los derechos fundamentales ceden sola y exclusivamente:

(i) en caso de conflicto con otros derechos fundamentales,

(ii) en caso de conflicto con bienes colectivos que son imprescindibles para la garantía de los derechos fundamentales. Como veremos posteriormente, estos conflictos son los que justifican la suspensión de derechos fundamentales;

- distinto de ilimitado; necesidad de precisar el contenido de los derechos; los derechos no reconocen un poder ilimitado a su titular.

Terrorismo y derechos fundamentales

a. Definición de terrorismo. No hay acuerdo en la definición, si bien puede destacarse un cierto acuerdo en algunos elementos característicos del fenómeno terrorista:

- recurso a la violencia indiscriminada;

- objetivo: sembrar el terror, la alarma y la inseguridad;

- objetivo político: cambio de régimen político por medios no democráticos (se discute tanto por la existencia de grupos terroristas que no persiguen objetivos políticos, como por la existencia del *terrorismo de Estado*, práctica a la que en ocasiones recurre el Estado –incluso el democrático– sin perseguir cambios de régimen político);

- ataque directo a derechos fundamentales de un número elevado de personas;

- pone en peligro bienes básicos para el disfrute de los derechos fundamentales: paz, orden público, estabilidad, convivencia.

b. Supuesto de justificación de la suspensión de (algunos) derechos fundamentales. Cuestiones clave:

- ¿En qué supuestos puede estar justificada la suspensión de derechos fundamentales?
- ¿Qué significa suspender derechos fundamentales?
- ¿Qué derechos fundamentales pueden suspenderse? ¿Cuándo?
- ¿Qué derechos fundamentales no pueden suspenderse nunca?

I. El diseño constitucional

A. Introducción

1. La Constitución española de 1978 aborda abiertamente el problema del terrorismo y establece mecanismos excepcionales de respuesta frente al mismo. Es un claro ejemplo de normativización de la excepcionalidad, pues:

- trata de prever *lo imprevisible*, lo extraordinario, la existencia de perturbaciones que pudieran poner en peligro la estabilidad constitucional;

- el objetivo, por paradójico que parezca, es que lo excepcional deje de serlo, que ningún fenómeno por grave o perturbador que fuere, vaya a propiciar una respuesta que no haya sido prevista por la Constitución. En este sentido, podemos afirmar que la finalidad de estas medidas excepcionales es doble: por un lado, facilitar la lucha contra las amenazas más graves al orden constitucional; por otro, regular y limitar las facultades de los poderes públicos en dicha lucha;

- su justificación radica:

- (i) en la defensa de los valores que inspiran el ordenamiento constitucional,

- (ii) en la existencia de una amenaza grave para el orden político y social, y para los derechos fundamentales de sectores numerosos de la población,

- (iii) en la imposibilidad de enfrentarse con esas amenazas por medio del normal funcionamiento de las instituciones,

- (iv) en la necesaria proporcionalidad entre las medidas excepcionales adoptadas y la amenaza existente;

- en definitiva, se trata de asegurar la máxima eficacia en la lucha contra el terrorismo –y otras graves amenazas al orden constitucional– y causar el menor trastorno posible al libre ejercicio de los derechos fundamentales y al funcionamiento del

Estado de Derecho, con el convencimiento de que la ruptura de ese equilibrio puede conducir, si se prima la eficacia de la lucha antiterrorista sobre los derechos, a la arbitrariedad o a poner en peligro el orden constitucional y a colocar en situación de indefensión a la sociedad, si el énfasis en la garantía de los derechos olvida las posibles amenazas que se ciernen sobre el régimen constitucional.

2. La excepcionalidad va a consistir precisamente en la matización de dos principios constitutivos del Estado de Derecho:

a. Sistema de pesos y contrapesos entre los diferentes poderes del Estado. En determinados supuestos, se va a producir una concentración de poderes en manos del poder Ejecutivo en detrimento del Legislativo, aunque ello no puede implicar la desaparición del control parlamentario de los actos del Ejecutivo, ni, por supuesto, el control judicial.

b. Suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales.

3. La Constitución española aborda explícitamente el problema del terrorismo en dos artículos diferentes (13(3) y 55). Del tenor literal de dichos preceptos inferimos dos elementos claves del diseño constitucional:

a. Los delitos de terrorismo no son delitos políticos: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo” (artículo 13(3)).

b. El terrorismo justifica la suspensión de determinados derechos fundamentales en supuestos concretos: “Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes” (artículo 55(2)).

B. Suspensión de derechos fundamentales

La Constitución ha regulado los supuestos de suspensión de los derechos fundamentales en el título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), concretamente en su capítulo V, que consta de un solo artículo, el 55, y que se titula precisamente *De la suspensión de los derechos y libertades*. Este artículo contempla dos supuestos diferentes de suspensión de derechos:

- Suspensión con carácter general vinculada a la declaración de los estados de excepción o de sitio (artículo 55(1), desarrollado por el artículo 116).
- Suspensión individualizada vinculada a la investigación de la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (artículo 55(2)). Se trata de un mecanismo suspensivo constitucionalmente novedoso que no contaba con referentes en el derecho comparado.

1. Significado de suspensión

a. La suspensión afecta el ejercicio de los derechos

• Suspender no es limitar; es imprescindible –al margen de los supuestos de suspensión de derechos– proceder a la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, siendo conscientes de que los derechos no implican el reconocimiento a sus titulares de un poder ilimitado ni siquiera en el ámbito acotado por el derecho:

“Los derechos y libertades... vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que...” (artículo 53(1))

• Suspensión es diferente de derogación provisional de determinados preceptos constitucionales; mientras que la derogación de una norma afecta a su validez (la norma derogada deja de ser válida, ya no forma parte del ordenamiento jurídico), la suspensión afecta a la eficacia de la norma: no se trata de la suspensión de derechos, sino de la suspensión del ejercicio de derechos.

b. La suspensión es una competencia del poder Ejecutivo

Pues las dos tareas vinculadas al supuesto de suspensión de derechos son típicamente ejecutivas:

- constatar el cambio en las condiciones de hecho que manifiesta la imposibilidad de la aplicación del régimen de normalidad constitucional;
- decidir la entrada en vigor del régimen excepcional;

c. No es posible fijar criterios jurídicos para captar las circunstancias que constituyen una situación de crisis

Esta cuestión exige una valoración política, que le corresponde hacerla al poder Ejecutivo, sometido siempre –a veces *a priori*, a veces *a posteriori*– al control del poder Legislativo.

d. La concentración de competencias en manos del poder Ejecutivo no significa la desaparición de los controles propios del Estado de Derecho. Esto por tres razones:

- debe seguir vigente el principio de responsabilidad de la autoridad administrativa proclamado por el artículo 103 de la Constitución;
- deben seguir vigentes los controles parlamentarios: en los supuestos más graves de crisis, el Parlamento no debe disolverse;
- debe seguir vigente el principio de responsabilidad penal para los supuestos de utilización abusiva de los resortes excepcionales previstos constitucionalmente.

2. Suspensión de carácter general

a. El artículo 55(1) permite la suspensión de determinados derechos cuando se acuerde la declaración de los estados de excepción o sitio. Se trata de una suspensión de derechos caracterizada por las notas de generalidad, territorialidad y publicidad. Concretamente, el artículo 55(1) proclama que “los derechos reconocidos en los artículos 17 y 18, apartados 2 y 3, artículos 19 y 20, apartados 1 (a) y (d), artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración del estado de excepción”.

Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en las formas previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de *hábeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Así mismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Artículo 18.

...

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Artículo 19. Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Así mismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

(a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción;

(d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

...

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Artículo 21.

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

...

Artículo 28.

...

2. Se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Artículo 37.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

b. El artículo 116 regula los estados de excepción y sitio previstos en el artículo 55(1), así como el estado de alarma. Deben destacarse las siguientes notas:

- dichos tres estados serán regulados por una Ley Orgánica (artículo 116(1)). En este sentido se promulgó la Ley Orgánica 4 de 1981 de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

- no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrá interrumpirse durante la vigencia de estos estados (artículo 116(5));

- la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes (artículo 116(6)).

- El estado de alarma (artículo 116(2)):

- (i) no implica la suspensión de derechos,

- (ii) será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de 15 días,

- (iii) se dará cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo,

- (iv) el decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración;

- el estado de excepción (artículo 116(3)):

- (i) será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros,

- (ii) previa autorización del Congreso de los Diputados,

- (iii) la autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración,

- (iv) la duración no podrá exceder treinta días prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos,

(v) la declaración del estado de excepción no permite suspender los derechos proclamados por el artículo 17(3): derecho de toda persona detenida a ser informada de forma inmediata y comprensible de sus derechos y de las razones de su detención; derecho a no ser obligada a declarar; derecho a la asistencia letrada;

- el estado de sitio (artículo 116 (4)):

(i) será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno,

(ii) el Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

c. Notas básicas de la regulación constitucional de los estados de excepción y sitio:

- enumeración tasada de los derechos que pueden ser objeto de suspensión; los derechos que no aparecen citados en el artículo 55(1) no pueden ser suspendidos en ninguna ocasión;

- no es necesario en caso de declaración de estado de excepción o sitio suspender todos los derechos citados; sigue vigente el principio de proporcionalidad; la suspensión debe constituir una respuesta adecuada a la perturbación padecida y debe limitarse a aquellos derechos cuyo ejercicio pleno se considere perjudicial para el restablecimiento de la normalidad constitucional;

- el principio de legalidad sigue plenamente vigente: la mayor discrecionalidad de la que goza el Poder Ejecutivo durante la vigencia de estos estados no es sinónimo de arbitrariedad;

- el principio de justiciabilidad general sigue plenamente vigente: rige el control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa;

- el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes sigue plenamente vigente;

- los particulares tienen derecho a ser indemnizados por los daños que sufran.

3. Suspensión individualizada

a. El artículo 55(2) de la Constitución proclama que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”.

b. Significado de este precepto:

- refleja la preocupación del constituyente español por el fenómeno terrorista;
- dado el carácter esencialmente limitado y minoritario del fenómeno terrorista, se consideró necesario arbitrar un conjunto de medidas diferentes a las previstas en el artículo 55(1) (suspensión de derechos vinculada a la declaración de los estados de excepción y sitio, y caracterizada por las notas de generalidad, publicidad y territorialidad);

- la lucha eficaz contra el terrorismo puede requerir la suspensión de determinados derechos para individuos *vinculados* a bandas armadas y elementos terroristas;

- se trata de contar con instrumentos jurídicos que, por un lado, faciliten la actuación gubernativa en el campo de la investigación y prevención de este tipo de delitos, y por otro, hagan más rápida, expedita y ejemplar la acción de la justicia;

- al mismo tiempo señala los mecanismos, procedimientos y garantías que deben observarse en los casos de suspensión de derechos, limitando, en definitiva, las facultades de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo;

c. Exégesis del precepto:

- “Una ley orgánica podrá...” es una medida potestativa –no preceptiva– de desarrollo legislativo:

(i) el constituyente establece una reserva de ley orgánica: la suspensión de derechos prevista en el artículo 55(2), si es objeto de desarrollo legislativo, deberá regularse mediante una ley orgánica. Se excluye de esta competencia al legislador ordinario y al extraordinario (el Gobierno a través de los decretos-legislativos y decretos-leyes),

(ii) no se impone al legislador la obligación de elaborar esa norma; sólo en el supuesto de que considere discrecionalmente el legislador que se dan determinadas circunstancias, procederá a la elaboración de esa norma, que deberá ser una ley orgánica. Corresponde al legislador valorar la necesidad y oportunidad de la elaboración de esa norma,

(iii) dos cuestiones debatidas:

– ¿se trata de una ley orgánica excepcional? Esa excepcionalidad, ¿se manifiesta de algún modo en relación con su vigencia temporal? ¿Debe ser una ley temporal? Aunque la doctrina ha mantenido de manera mayoritaria el carácter excepcional de esa posible ley orgánica –excepcionalidad que se explica por los supuestos que regula y por las medidas que propone–, se ha discutido si su vigencia temporal debía ser limitada (estableciendo la propia norma su vigencia temporal) o si se podía incorporar de manera permanente al ordenamiento jurídico; no creo que quepa tachar de inconstitucional una ley de vigencia temporal no limitada, pues lo cierto es que la promulgación de la citada ley no implica la suspensión de derechos,

sino sólo el establecimiento de los mecanismos, procedimientos y garantías que deben observarse al proceder a la suspensión de esos derechos. Además, la consideración del terrorismo como un fenómeno no coyuntural avala la conveniencia de contar con mecanismos no transitorios ni coyunturales;

– ¿el desarrollo del artículo 55(2) debe ser objeto de una única ley orgánica, cuyo contenido sea exclusivamente el desarrollo de tal precepto, o podría esa ley contener otra clase de previsiones, o incluso podría tratarse de una ley destinada a regular otras materias y que se refiriera además a cuestiones relacionadas con el desarrollo del citado precepto? Probablemente las tres posibilidades sean constitucionales. El legislador español en un principio optó por desarrollar el artículo 55(2) mediante una ley orgánica específica, aunque en la actualidad no hay una ley específica que desarrolle ese precepto, cuyo desarrollo se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal;

• “...los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos...”.

“Artículo 17.

...

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Este artículo establece dos tipos de límites temporales frente a la detención preventiva: “No podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos” y en ningún caso podrá durar más de setenta y dos horas.

La suspensión de dicho derecho parece implicar la posibilidad de ampliar el plazo de setenta y dos horas, aunque no se indica cuál debería ser el nuevo límite temporal.

“Artículo 18.

...

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

La suspensión de este derecho parece implicar la posibilidad de que en el marco de las investigaciones, funcionarios policiales podrán entrar en el domicilio de las personas afectadas sin su consentimiento y sin resolución judicial.

“3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

La suspensión de este derecho permite que el Gobierno pueda acordar la observación de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas en el transcurso de las investigaciones;

• “...la forma y los casos en los que, de forma individual...para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”. Dos son las cuestiones más relevantes en este punto:

(i) ¿quién es la autoridad competente para proceder a la suspensión? Aunque los supuestos planteados por los tres derechos susceptibles de suspensión no son idénticos, lo cierto es que la suspensión es en principio competencia de la autoridad gubernativa, aunque con la correspondiente intervención judicial,

(ii) ¿a quiénes puede afectar la suspensión? ¿Qué tipo de vinculación deben tener con la banda armada o los elementos terroristas? ¿Deben las personas susceptibles de ver sus derechos suspendidos haber sido autores, cómplices o encubridores de delitos? La respuesta a estos interrogantes debe estar basada en los siguientes argumentos:

– son medidas aplicables en el marco de investigaciones por terrorismo; esto supone un criterio restrictivo, pero no individualizador;

– el carácter individualizador viene dado por la necesaria existencia de elementos racionales que vinculen a la persona investigada con la participación en cualquiera de sus grados (autor, cómplice, encubridor, inductor...) en actos concretos de terrorismo;

• “...con la necesaria intervención judicial...”:

(i) se trata de un elemento configurador necesario del mecanismo suspensivo previsto en el artículo 55(2) de la Constitución,

(ii) la legislación que ha desarrollado este precepto constitucional ha otorgado esta competencia a la Audiencia Nacional y a los juzgados centrales de instrucción,

(iii) aunque algún sector de la doctrina ha defendido que la intervención judicial debería ser previa, se admite pacíficamente que ésta tenga lugar a posteriori, dependiendo del momento en que deba llevarse a cabo la suspensión del derecho:

“Artículo 17(2). Debe ponerse en conocimiento del juez la prolongación del plazo de 72 horas, antes de que éste transcurra; y el juez debe controlar todo el proceso, incluso teniendo la potestad de denegar o autorizar la prolongación propuesta”.

“Artículo 18(2). La intervención judicial debe ser a posteriori. ¿En qué debe consistir? Parece razonable pensar que no puede limitarse a la mera recepción de información. Debe comprobar la racionalidad de la medida, la suficiencia de las

razones de urgencia esgrimidas, y que la medida ha sido adoptada por el órgano correspondiente”.

Artículo 18(3). La decisión gubernamental de intervenir las comunicaciones debe comunicarse de inmediato al juez competente, el cual debe pronunciarse revocando o confirmando tal medida, supervisando en este último caso la aplicación de la misma. Levantada la medida, el juez deberá comunicar la adopción de la medida a la persona afectada”;

• “...y el adecuado control parlamentario...”:

(i) se trata de un elemento configurador necesario del mecanismo suspensivo previsto en el artículo 55(2) de la Constitución, y configura, por tanto, una obligación de carácter específico y no un mero recordatorio de las ordinarias obligaciones parlamentarias de control de la actuación del Gobierno,

(ii) no está claro en qué se debe concretar el adecuado control parlamentario; lo cierto es que las primeras leyes que desarrollaron el artículo 55(2) sí previeron un mecanismo concreto; en la actualidad no existe un mecanismo específico, practicándose el control parlamentario con arreglo a lo establecido en los reglamentos de las cámaras;

• “La utilización injustificada... producirá responsabilidad penal...”:

(i) como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes,

(ii) esa responsabilidad puede ser exigida por los particulares ante los tribunales de justicia,

(iii) también es competente el Ministerio Fiscal,

(iv) el legislador goza de libertad para establecer dicha responsabilidad penal en la ley que desarrolle el precepto constitucional, o para incluirla en cualquier otro instrumento normativo de carácter general (Código Penal) o especial;

II. Evolución legislativa

A. Principales instrumentos normativos empleados

Estos son:

1. El Decreto-Ley 3 de 1979 y el Decreto-Ley 19 de 1979.
2. La Ley Orgánica 11 de 1980 de suspensión de derechos constitucionales por comisión de delitos de terrorismo.
3. La Ley Orgánica 9 de 1984 de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes.

4. La Ley Orgánica 4 de 1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

B. Líneas básicas de la evolución legislativa

En 1988 y los años siguientes, fundamentalmente con la Ley Orgánica 4 de 1988 y el Código Penal de 1995, el legislador cambió radicalmente la estrategia seguida en la lucha contra el terrorismo. Ese cambio se percibe en un triple sentido:

- en primer lugar, la legislación antiterrorista deja de ser considerada legislación especial para contemplarse como legislación ordinaria; se trata de una legislación que desarrolla un precepto constitucional y que, dado el carácter estructural –y no meramente coyuntural del fenómeno terrorista– requiere una respuesta estable y permanente que debe integrarse armoniosamente en el conjunto del ordenamiento jurídico;

- en segundo lugar, se renuncia a contar con un instrumento específico de desarrollo del artículo 55(2) de la Constitución, incluyéndose los diferentes elementos relacionados con el desarrollo de dicho precepto en varios textos normativos ordinarios; así, las medidas suspensivas de derechos establecidas en la Ley Orgánica 4 de 1988 son incorporadas dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido, puede afirmarse que las medidas antiterroristas pasan a formar parte del ordenamiento procesal ordinario;

- tras renunciar en los primeros textos normativos a fijar un delito específico de terrorismo, en el Código Penal de 1995 se incluye una sección completa (la sección segunda del capítulo V del título XXII, titulado *Delitos contra el orden público*) destinada a tipificar los delitos de terrorismo.

Sectores importantes de la doctrina sostienen que el hecho que los instrumentos normativos creados para hacer frente al fenómeno terrorista estén incluidos en el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores y la Ley General Penitenciaria, no impide que pueda seguirse considerando que se trata no sólo de una legislación especial, sino excepcional (fundamentalmente por los principios que la inspiran y las respuestas que ofrece). En este sentido, estos sectores doctrinales se han manifestado críticos con la tipificación de los delitos de terrorismo recogida en el Código Penal, toda vez que –argumentan– se podía estar asumiendo un derecho penal de autor, al definir el tipo no sobre la base de las acciones cometidas (asesinatos, lesiones, secuestros...), sino por la condición del autor y por la finalidad que persigue. Se añade desde esta perspectiva crítica que bajo la rúbrica de *Delitos de terrorismo* no se contemplan tanto delitos como normas de agravación de las penas de otros delitos previstos en el propio Código Penal.

C. Características fundamentales de la regulación actual

1. En la actualidad, después de la entrada en vigor del Código Penal, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4 de 1988, ó lo que es lo mismo, el ámbito de aplicación de las medidas suspensivas de derechos incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se extiende a los siguientes tipos delictivos:

- (a) artículo 515: determinados tipos de asociaciones ilícitas;
- (b) artículo 516: promotores o directores de bandas armadas y organizaciones terroristas, o meros integrantes;
- (c) artículo 571: actos de terrorismo que incluyen delitos de estragos (artículo 346) y de incendio (artículo 351);
- (d) artículo 572: actos de terrorismo con resultado de muerte o lesiones, o contra miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad;
- (e) artículo 573: depósito o tenencia de armas... actuando al servicio de bandas armadas o grupos terroristas;
- (f) artículo 574: actos diversos con finalidad terrorista;
- (g) artículo 575: actos contra el patrimonio realizados para financiar actividades terroristas;
- (h) artículo 576: actos de colaboración con grupos terroristas;
- (i) artículo 577: terrorismo individual;
- (j) artículo 578: enaltecimiento o justificación por medios de expresión pública de los delitos de terrorismo;
- (k) artículo 579: provocación, conspiración y proposición para cometer actos de terrorismo;
- (l) artículos 472 y ss.: rebelión.

2. Las medidas suspensivas de derechos previstas en el artículo 55(2) de la Constitución son reguladas en los artículos 520 bis, 553 y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

- (a) "artículo 520 bis: detención preventiva.

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis (delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) será puesta a disposición del juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea auto-

rizada por el juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del juez que decreta su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el juez de instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste”;

(b) “artículo 553: Registro. Los agentes de policía podrán, así mismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme con lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado.

Así mismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos”;

(c) artículo 579: secreto de las comunicaciones.

1. Podrá el juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Así mismo, el juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de

las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirven para la realización de sus fines delictivos.

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

3. El Código Penal de 1995 regula en los artículos 530 a 536 los usos abusivos o injustificados de las atribuciones conferidas por el artículo 55(2) de la Constitución y señala las correspondientes sanciones penales. El capítulo V en el que están recogidos estos delitos se titula ilustrativamente *De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*.

4. La Ley Orgánica 4 de 1988 no prevé ningún mecanismo específico de control parlamentario de la aplicación de las medidas suspensivas de derechos. Ello sorprende toda vez que la legislación anterior estableció la exigencia de realizar cada tres meses sesiones informativas de las cámaras con el objetivo de darles a conocer el uso que se había hecho de las facultades conferidas por el artículo 55(2) y los resultados alcanzados con su aplicación.

5. La lucha contra el terrorismo también ha implicado cambios en la legislación sobre menores. Los más relevantes son los siguientes:

(a) se impide la aplicación de la legislación de menores para mayores de 18 años y menores de 21, cuando se trate de delitos de terrorismo;

(b) se crea un Juzgado Central de Menores en la Audiencia Nacional para conocer los delitos de terrorismo cuando son cometidos por menores;

(c) el internamiento en régimen cerrado y la libertad vigilada se ven agravados considerablemente en su duración, al tiempo que se establece una nueva medida de inhabilitación absoluta por tiempo superior entre 4 y 15 años al de la medida de internamiento;

(d) los delitos de terrorismo prescribirán no conforme con los plazos de la Ley del Menor, sino de acuerdo con los establecidos en el Código Penal, considerablemente más largos.

6. La Ley Orgánica 4 de 1988 incorporó a la Ley de Enjuiciamiento Criminal la suspensión provisional en el ejercicio de cargos públicos como resultado del dictado de un auto firme de procesamiento e ingreso en prisión.

7. Mediante Ley Orgánica 7 de 2000, posteriormente modificada por Ley Orgánica 1 de 2003, se sanciona a “quienes sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el acceso a los mismos, el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, así como a “quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de corporaciones locales”.

D. Legislación penitenciaria y terrorismo

La Constitución y la Ley General Penitenciaria proclaman que la finalidad última de las penas privativas de libertad es la reeducación y reinserción social del condenado.

Ello no es óbice para reconocer que la política penitenciaria es un instrumento muy útil para una eficaz política antiterrorista: por ejemplo, la política de dispersión de presos permitió tanto favorecer la reinserción social de los condenados, como el debilitamiento de la organización terrorista al dificultar el uso de la coacción interna y externa, y la transmisión de consignas.

En materia terrorista, rigen una serie de medidas excepcionales también en el ámbito penitenciario:

1. La legislación obliga a clasificar en régimen cerrado a los condenados por pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones; es decir, la separación de la disciplina de la organización es la única vía para progresar al segundo o tercer grado.

2. El régimen general de las comunicaciones orales permite su suspensión o intervención por la autoridad administrativa, salvo cuando se trata de comunicaciones con abogado defensor o abogado expresamente llamado por el interno. Esas comunicaciones pueden ser suspendidas por orden judicial y para supuestos de terrorismo.

3. En el régimen general, la condición de abogado defensor o representante del interno se acredita mediante la presentación de un volante del Colegio Profesional. En los casos de terrorismo, hace falta un volante especial expedido por la autoridad judicial que conoce la correspondiente causa.

III. Epílogo: política y derecho en la lucha contra el terrorismo

La persistencia del fenómeno terrorista, transcurridos más de 20 años desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y del Estatuto de Autonomía del País Vasco, condujo a los partidos políticos mayoritarios de ámbito nacional, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, a acordar la estrategia política y jurídica por seguir para enfrentarse con esa lacra. Desde una perspectiva política, el gran objetivo consistía en hacerles saber a los grupos terroristas que no iban a obtener ningún rédito político de su actividad delictiva, y que existía una firme voluntad política de poner fin con toda firmeza y desde el respeto a los principios inspiradores del Estado de Derecho al fenómeno terrorista. Desde el punto de vista jurídico se abría la puerta a la adopción de medidas que pudieran implicar un endurecimiento del tratamiento dispensado a los terroristas.

A. El Acuerdo por las Libertades y contra el Terrorismo de 8 de diciembre de 2000

Según este acuerdo, los dos principales partidos de ámbito nacional, el Partido Popular (pp) y el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), están “decididos a reforzar su unidad para hacer plenamente efectivas las libertades y acabar con el terrorismo...” y convencidos de la necesidad de “hacer explícita, ante el pueblo español, nuestra firme resolución de derrotar la estrategia terrorista, utilizando para ello todos los medios que el Estado de Derecho pone a nuestra disposición”. Las líneas maestras del acuerdo son las siguientes:

1. “Combatir el terrorismo es una tarea que corresponde a todos los partidos políticos democráticos, estén en el gobierno o en la oposición”. Por ello, “manifestamos nuestra voluntad de eliminar del ámbito de la legítima confrontación política o electoral entre nuestros dos partidos las políticas para acabar con el terrorismo”.

2. “No existe ningún objetivo político que pueda reclamarse legítimamente en democracia mediante coacciones o asesinatos... Por ello, el PP y el PSOE nos comprometemos a trabajar para que desaparezca cualquier intento de legitimación política directa o indirecta de la violencia... Por eso, también, afirmamos públicamente que de la violencia terrorista no se extraerá, en ningún caso, ventaja o rédito político alguno”.

3. “Cualquier proyecto político, incluso aquellos que pretenden revisar el propio marco institucional, debe respetar las reglas y los procedimientos en él establecidos. El diálogo propio de una sociedad democrática debe producirse entre los representantes legítimos de los ciudadanos, en el marco y con las reglas previstas en nuestra Constitución y estatuto y, desde luego, sin la presión de la violencia. La paz, la convivencia libre y el respeto a los derechos humanos son valores no negociables”.

4. Aunque “nuestro sistema penal ofrece una respuesta jurídica adecuada para reprimir esos delitos (de terrorismo), ... si nuevas formas delictivas o actitudes y comportamientos que constituyeran objetivamente colaboración o incitación al terrorismo exigiesen reformas legales, nos comprometemos a impulsarlas en el marco del mutuo acuerdo”.

5. “La política penitenciaria forma parte de la estrategia de persecución contra las bandas terroristas y, por tanto, se sitúa en el marco de acuerdos entre ambos partidos y con el Gobierno. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la legislación penitenciaria ha de aplicarse asegurando el más completo y severo castigo a los condenados por actos terroristas. La política penitenciaria contemplará las formas de reinserción de aquellos que abandonasen la organización terrorista y muestren actitudes inequívocas de arrepentimiento y voluntad de resocialización tal como establece nuestra Constitución”.

6. “...la importancia que tiene la cooperación internacional para la lucha antiterrorista... A tal efecto, ambos partidos creemos necesario mantener una actividad informativa permanente a escala internacional, en el ámbito de las instituciones y de las organizaciones políticas y ciudadanas”.

7. “Las víctimas del terrorismo constituyen nuestra principal preocupación... La ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo ha sido una expresión unánime y cualificada de su reconocimiento moral y material. Pero nuestras obligaciones no han terminado... ambos partidos nos comprometemos a impulsar, junto con las asociaciones de víctimas, la creación de una fundación en la que estén representadas dichas asociaciones que coordinará sus actividades con las fundaciones ya existentes”.

8. “Pero la definitiva erradicación de la violencia terrorista en España no es una tarea exclusiva de los partidos políticos democráticos. Exige el compromiso activo de todos, instituciones, gobiernos y ciudadanos en la afirmación constante de los valores cívicos y democráticos... Para ello, trabajaremos conjuntamente para que los valores y principios plasmados en este acuerdo alcancen el máximo apoyo social y de las instituciones, en las que ambos partidos nos comprometemos a defenderlos”.

B. La Ley Orgánica 6 de 2002 de 27 de junio. De partidos políticos

Según se proclama en la exposición de motivos, los elementos más destacados de esta ley son los siguientes:

1. “El objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas”.

2. “A estos efectos, se establece un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o al terrorismo...”.

3. “La presente ley, sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos... no se trata, con toda evidencia, de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional”.

4. “...la presente normativa se sitúa en una posición de equilibrio, conciliando con extrema prudencia la libertad inherente al máximo grado de pluralismo con el respeto a los derechos humanos y la protección de la democracia”.

5. “...sólo la autoridad judicial es competente para controlar la ilegalidad de sus (de los partidos políticos) actuaciones o para decretar, ante violaciones repetidas y graves, la disolución o suspensión del propio partido político... La principal novedad que ahora se introduce es la regulación de la competencia y el procedimiento para la disolución judicial de un partido por no respetar los principios democráticos y los derechos humanos”.

6. “El texto establece... que sea la Sala Especial del Tribunal Supremo¹ prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el órgano competente para poder disolver un partido político, cuando éste desarrolle graves conductas contrarias a la Constitución”.

7. “Se establece un proceso judicial específico, preferente, en única instancia, que sólo podrán instar el Ministerio Fiscal y el Gobierno, por sí o a instancia del Congreso de los Diputados o del Senado”.

¹ Está integrada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de cada una de las cinco salas que integran el Tribunal Supremo, así como dos magistrados de cada una de ellas, el más antiguo y el más moderno.

C. Proyecto de ley orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Las principales modificaciones planteadas por este proyecto de ley, a fecha de hoy y en fase de tramitación parlamentaria, son:

1. Se introduce en el ordenamiento español el conocido en otros derechos europeos como *período de seguridad*, el cual supone que en determinados delitos de cierta gravedad —en la propuesta, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años— el condenado sólo podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta cuando haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

2. Se amplía el límite máximo de cumplimiento de penas a cuarenta años, en los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a veinte años; se eleva igualmente a cuarenta años el límite máximo de cumplimiento de las penas en los supuestos en que se hayan cometido dos o más delitos de especial gravedad, castigados por la ley con más de veinte años de prisión.

3. Los plazos para la obtención de beneficios penitenciarios, permisos de salida, la clasificación en tercer grado y para la libertad condicional se refieren siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias. Con esta regla, se persigue que frente a los supuestos de condenas a cien años o más, el delincuente cumpla en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.

4. Se incorporan, además, períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas que permitirían acceder a los beneficios penitenciarios. En los casos de delitos de terrorismo, se podrá acordar la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite.

5. En los supuestos de delitos de terrorismo, en caso de incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que permitieron obtener la libertad condicional, el condenado cumplirá el tiempo que resta del cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

6. Los recursos contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional tienen efecto suspensivo.

7. Se exige la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito como requisito para alcanzar el tercer grado, así como que se haya abandonado la actividad terrorista y se haya colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas.✍

Bibliografía

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Tecnos, Madrid.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Suspensión de los derechos y libertades. Comentario al artículo 55”. En: ALZAGA, Oscar (1996). *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Edersa, Madrid.

LÓPEZ GUERRA, Luis, PÉREZ TREMPES, Pablo y otros (2002). *Derecho constitucional*. Tirant lo Blanch, Valencia.

PECES-BARBA, Gregorio (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid, B.O.E.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2003). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.

REMOTTI CARBONELL, José Carlos (1999). *Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías*. Colex, Madrid.

