



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y SU
APLICACIÓN EN LA LUCHA
ANTITERRORISTA**

María Teresa Gutiérrez Gili
5º Derecho y Relaciones Internacionales
Derecho Constitucional

Francisco Valiente Martínez

Madrid
Abril del 2020

Resumen: Tras cumplir el 40 aniversario de la Constitución Española, resulta interesante hacer balance de uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta la sociedad española: el terrorismo. La lucha contra el terrorismo ha marcado la vida de muchos españoles y supone una significativa amenaza para el Estado de Derecho y de Bienestar. La Carta Magna se consagra como el elemento clave para la lucha antiterrorista pues recoge en sus artículos medidas para combatir este fenómeno en busca de una sociedad cívica, unidad política, cooperación internacional y eficacia policial. Asimismo, cabe reflexionar sobre los límites que establece la Constitución a la hora de adoptar medidas extraordinarias para velar por la seguridad colectiva.

Palabras clave: Terrorismo, Constitución, Lucha Antiterrorista, Seguridad, Libertad y Suspensión de derechos.

Abstract: *After celebrating the 40th anniversary of the Spanish Constitution, it is interesting to take balance of one of the great challenges facing Spanish society: terrorism. The fight against terrorism has marked the life of many Spaniards and poses a significant threat to the rule of law and welfare. The Magna Carta is consecrated as the key element for the fight against terrorism since it includes in its articles measures to combat this phenomenon in search of a civic society, political unity, international cooperation and police effectiveness. It is also worth reflecting on the limits established by the Constitution when it comes to adopting extraordinary measures to ensure collective security.*

Keywords: *Terrorism, Constitution, Anti-terrorism, Security, Freedom and Suspension of rights.*

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I: El derecho ante el terrorismo	8
1.1 La legislación antiterrorista durante la dictadura franquista	8
1.2 La legislación antiterrorista durante la transición política española	10
1.3 Sobre el concepto de terrorismo	14
CAPITULO II: La lucha antiterrorista y su apoyo constitucional	17
2.1 Conflicto seguridad y libertad	17
2.1.1 Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Artículo 15 CE	18
2.1.2 Derecho a la libertad y a la seguridad personal. Artículo 17 CE.....	20
2.1.3 Los derechos que garantizan la protección de la vida privada. Artículo 18 CE	30
2.1.4 Libertades públicas. Artículos 20, 21 y 22 CE	34
2.2 Limitaciones de los derechos fundamentales por la legislación antiterrorista	38
2.2.1 Suspensión General	39
2.2.2 Suspensión Individualizada	41
CAPITULO III: Ley de Partidos Políticos de 2002	43
3.1 Jurisprudencia	45
CAPÍTULO IV. Libertad de expresión y terrorismo	50
4.1 Caso Tasio Erkizia	52
REFLEXIONES FINALES	54
BIBLIOGRAFIA CONJUNTA	59

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo Derechos Humanos
CP	Código Penal
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
HB	Herri Batasuna
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LODA	Ley Orgánica del Derecho de Asociación
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LOPSC	Ley Orgánica de Protección de la Seguridad a la Ciudadanía
OTAN	Organización Tratado Atlántico Norte
ONU	Organización Naciones Unidas
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de fin de grado titulado “*La Constitución de 1978 y su aplicación en la lucha antiterrorista*”, se encuentra recogido dentro de la disciplina del Derecho Público, concretamente en el área de Derecho Constitucional. Estructurado en cuatro capítulos tiene por objeto **destacar el papel esencial que tiene la Constitución de 1978 como patrón de acción para hacer frente al desafío terrorista**. Con motivo del cuadragésimo segundo aniversario de nuestra constitución española resulta interesante hacer balance de una de las amenazas más significativas del Estado de Derecho y de Bienestar: el terrorismo. El fenómeno terrorista ha marcado la vida de muchos españoles y desgraciadamente forma parte de nuestra historia contemporánea y de nuestra actualidad. En consecuencia, **me resulta muy atrayente tratar a fondo la historia de la lucha antiterrorista que a veces ha podido caer en el olvido, como también las medidas legislativas que se han desarrollado en materia antiterrorista para conservar el Estado de Derecho y de Bienestar velando por la seguridad ciudadana**. Asimismo, a través de este trabajo quiero **resaltar aquellos valores y principios constitucionales** que vulnera el terrorismo que no sólo trata de obtener a través del miedo y de la violencia un fin, sino también puede arrastrar a la sociedad que lo padece al extremismo, a la xenofobia o a defender un discurso basado en el odio.

Para ello, se efectuará un análisis jurídico sobre el apoyo constitucional a la lucha antiterrorista a través del **método deductivo**. En consecuencia, se realizará un recorrido por las distintas nociones de esta disciplina con el objetivo de profundizar sobre la materia legislativa y jurisprudencial persiguiendo como fin una sociedad cívica, en la que haya unidad política, cooperación internacional y eficacia policial. Con el propósito de llevar a cabo una reflexión completa y fidedigna se ha procedido a la combinación de fuentes primarias y secundarias.

La violencia terrorista no supone un episodio excepcional en la historia de nuestro país, es por ello, que el **primer capítulo** se detiene en la incidencia del fenómeno terrorista desde el régimen franquista, para proseguir con la descripción del proceso de transición política marcado por los numerosos acontecimientos terroristas que amenazaban gravemente a la población española y a la construcción del sistema democrático. Por último, se cierra el primer capítulo con un análisis del término

terrorismo exponiendo las distintas definiciones otorgadas por la OTAN, el Consejo Europeo y la ONU.

En el **segundo capítulo** dedicado a “la lucha antiterrorista y su apoyo constitucional” se quiere resaltar cómo el constituyente recoge la intrínseca relación entre la seguridad y la libertad y a la vez introduce medidas de materia antiterrorista que limitan derechos y libertades reconocidos por la Carta Magna. Por consiguiente, se procede a exponer los derechos que afectan al binomio libertad y seguridad: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, derecho a la libertad y a la seguridad personal, derechos que garantizan la protección de la vida privada y finalmente un conglomerado de libertades públicas; libertades de expresión e información, libertad de reunión y manifestación, y libertad de asociación.

Una vez desarrollado la regulación de estos derechos civiles, se analizan los mecanismos a través del cual el Estado puede normalizar la suspensión de libertades y derechos fundamentales a nivel general, en situaciones límite o a nivel individual, en el ámbito de las investigaciones relativas al terrorismo. Cobra especial relevancia el apartado de suspensión individualizada, cuya regulación ha sido muy polémica entre la doctrina y la jurisprudencia. No obstante, no sólo el artículo 55.2 de la Constitución ha provocado diferencias entre los expertos de esta disciplina, posteriores regulaciones como la Ley de Partidos Políticos de 2002 o como la redacción del artículo 578 del Código Penal, también han sido objeto de controversia. En los dos últimos capítulos del trabajo se analizan las últimas medidas legislativas que persiguen colaborar contra la lucha antiterrorista.

En el **capítulo tercero**, se procede a explicar las cuestiones pertinentes sobre la Ley de Partidos Políticos de 2002 a través de la exposición de las diferentes valoraciones por la doctrina, como también se exponen los casos más polémicos como Batasuna, Sortu y Bildu recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, en el **último capítulo** se desarrolla uno de los principales retos de toda democracia; la limitación de la libertad de expresión cuando se trate de justificar el uso de la violencia terrorista. Para ello, se examina la constitucionalidad del artículo 578,

como también se recogen los criterios que establece el TEDH y el TC para limitar la libertad de expresión e información. Con objeto de realizar un completo análisis jurídico se procede a exponer el caso Tasio Erkizia como ejemplo práctico de limitación de la libertad de expresión por la consecución de actos que enaltecen y justifican el terrorismo.

CAPITULO I: El derecho ante el terrorismo

1.1 La legislación antiterrorista durante la dictadura franquista.

La forma de entender la cuestión dialéctica seguridad libertad es una pieza clave a la hora de clasificar un determinado régimen. El grado de protección de las libertades por parte de un Estado, demuestra de manera inequívoca las características propias de ese sistema político¹. Partiendo de nuestra propia historia contemporánea, analizaré en este apartado la relación entre seguridad y libertad durante los años de la dictadura Franquista.

El régimen Franquista instaurado por el General Francisco Franco puso fin a la II República Española y a la Guerra Civil Española. La concepción de libertades a lo largo de la dictadura fue inexistente, al considerar el propio régimen que la idea de unos derechos civiles y políticos frente al Estado atacaba a los fundamentos doctrinales del mismo². No obstante, en 1945, se aprueba el Fuero de los Españoles³ por el cuál se reconocía al pueblo español un conglomerado de derechos civiles y políticos. Sin embargo, tal reconocimiento en la práctica no fue real pues esos derechos no podían ser exigidos directamente ante los tribunales ordinarios⁴.

Aún contando con una restrictiva normativa cuyo objetivo era impedir toda actividad contraria al franquismo, el terrorismo supuso una gran amenaza para la viabilidad del régimen. El concepto de terrorismo se encuentra regulado en varios textos

¹ BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

² Las libertades durante el régimen franquista brillaron por su ausencia o estaban estrechamente vigiladas y no había garantías de ningún tipo. IBIDEM

³ En su artículo 43 advertía que el ejercicio de los derechos que este texto legal reconocía no podía ir en contra de la unidad espiritual, nacional y social de España. Fuero de los Españoles BOE N° 199, 18 Julio 1945 (Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>)

⁴ MARTINEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro derecho. España y el fenómeno terrorista en los siglos XIX y XX”, *Anales De Derecho*, 34(2),2016, págs. 28-39.

de la legislación franquista, su última regulación está recogida en el artículo 294 bis a) del Código Penal.⁵

A partir de los años sesenta, se aprecia algunos signos de una tímida apertura por parte del régimen⁶. El cambio de panorama hacia una mayor tolerancia por parte del régimen en ningún momento supuso el fin de la represión pues se mantuvieron los métodos autoritarios⁷.

Con el asesinato por la banda terrorista ETA, del comisario Melitón Manzanas⁸ en 1968, el terrorismo se empieza a fraguar como uno de los principales problemas del régimen pues la sociedad española convive en una tensión continua al tener que vivir asediada por distintas violencias⁹.

Con el paso de los años, las circunstancias se agravan por el asesinato del presidente del Gobierno, Luis Carrero Blanco en 1973. ETA gana publicidad fuera y dentro de España y crea una situación de incertidumbre que motiva la respuesta violenta del Estado, modificando la legislación antiterrorista a través de la promulgación del Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo¹⁰. Estos preceptos

⁵ Definido como terrorismo los delitos cometidos por “los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atacar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos”. RODRIGUEZ JIMENEZ, J. L., “Los terrorismos en la crisis del franquismo y en la transición política a la democracia”, *Historia del presente*, 13, 2009/1 II época, págs. 133-152 ISSN: 1579-8135.

⁶ Se aprueban leyes como la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, se ensanchan los márgenes dentro de los cuales se tolera el “contraste de pareceres” pero la liberalización es sólo relativa y la Ley de Asociaciones de 1964, que viene a ablandar la regulación anterior. BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

⁷ MARTINEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro derecho. España y el fenómeno terrorista en los siglos XIX y XX”, *Anales De Derecho*, 34(2), 2016, págs. 28-39

⁸ RODRIGUEZ JIMENEZ, J. L., “Los terrorismos en la crisis del franquismo y en la transición política a la democracia”, *Historia del presente*, 13, 2009/1 II época, págs. 133-152 ISSN: 1579-8135.

⁹ La violencia legal propia de un régimen dictatorial, la violencia parapolicial al servicio de los intereses de los altos cargos de la cúpula franquista, la violencia antisistema que trata de influir sobre la evolución de acontecimientos políticos y la violencia terrorista. Aparte del conocido grupo terrorista, aparecen otros como Frente Revolucionario Antifascista y Patriota, conocido como el FRAP, organizaciones minoritarias de ideología de izquierdas, que destacan entre otros, el Directorio Revolucionario Ibérico de Liberación y el Movimiento Juvenil Libertario y organizaciones de ideología ultraderechista como Defensa Universitaria y Acción Universitaria Nacional y los denominados Guerrilleros de Cristo Rey. IBIDEM, págs. 133-152

¹⁰ A través de este Decreto Ley se introdujeron relevantes agravaciones o tipos específicos, aunque no se alteraron las conductas recogidas en el Código de Justicia Militar ni en el Código Penal. Alguna de esas

fueron aplicados como respuesta a los atentados de ETA¹¹ y FRAP, imponiéndose penas de muerte a once de los detenidos, llevando a cabo la ejecución de cinco de ellos en septiembre, dos miembros de ETA y tres del FRAP. Estas medidas represivas por parte del régimen franquista ocasionaron el desprestigio del régimen y la condena de éste a nivel internacional¹².

Los últimos años del régimen se caracterizaron por una intensa actividad terrorista con el objetivo de demostrar la debilidad de la dictadura franquista que se enfrentaba a una crisis de sucesión con Franco gravemente enfermo y al aislamiento internacional. A estas circunstancias se suman la acción terrorista de ETA que sigue siendo continua y desgarradora, persistiendo a la vez la actividad ultraderecha y por último nace otra organización terrorista conocida como GRAPO, Grupo Revolucionario Antifascista Primero de Octubre que estará muy presente en la fase de consolidación de la España democrática¹³.

Tras la muerte de Franco, el 20 de noviembre de 1975, se abre un periodo de incertidumbre y esperanza, en el que el pueblo español se enfrenta a acontecimientos decisivos; el proceso de desmantelamiento de las instituciones del régimen franquista paulatinamente, la construcción de una democracia liberal y la restauración de la monarquía parlamentaria.

1.2 La legislación antiterrorista durante la transición política española

La Transición se conoce como el proceso democratizador de las estructuras políticas españolas tras la muerte del dictador Francisco Franco en noviembre de 1975 y

agravaciones es la contenida en el artículo 1º, que agravaba la pena de los delitos de terrorismo contenidos en el Código de Justicia Militar, art 294 bis a) a 294 bis e), y en el Código Penal, artículo 260 a 264, cuando se cometiesen contra Autoridades, sus Agentes, o Fuerzas Armadas o de Seguridad y demás funcionarios públicos. IBIDEM, págs. 133-152

¹¹ El 3 de septiembre de 1974, ETA lleva a cabo un atentado terrorista indiscriminado resultando ser la acción terrorista más sangrienta de la historia de España hasta aquel momento, muriendo trece personas y más de sesenta resultaron heridas, mediante una bomba en la madrileña cafetería Rolando, en las proximidades de la Dirección General de Seguridad. IBIDEM, págs. 133-152

¹² Las ejecuciones tuvieron graves consecuencias como la retirada de quince embajadores europeos, las numerosas manifestaciones antifranquistas en distintos países europeos y americanos y ataques a las instalaciones españolas, entre otras, la embajada española en Lisboa. IBIDEM, págs. 133-152

¹³ IBIDEM, págs. 133-152

el nombramiento de Don Juan Carlos I como rey de España y sucesor de la Jefatura del Estado.

Tras la dimisión de Arias Navarro como presidente del Gobierno, en diciembre de 1976, un joven Adolfo Suárez ocupa la presidencia con el objetivo de llevar a cabo los cambios necesarios para “salir del franquismo” a través de una reforma pacífica que se diferenciara claramente de una ruptura violenta y revanchista. El elemento fundamental del proceso democrático fue la aparición de la conocida “ley bisagra”, la Ley de la Reforma Política¹⁴ aprobada el 15 de diciembre de 1976, en ella se establecía la disolución de las Cortes Franquistas y la elección de otras por sufragio universal en elecciones libres y competitivas.

Como bien decía Tierno Galván, “por una parte hay que respetar la legislación totalitaria y, por otra, hay que destruir esa legislación para dar paso a un sistema democrático”¹⁵. Por ello, es de destacar la sutileza del mecanismo que la reforma utilizó como salida única, pacífica y ordenada a una situación insostenible a la muerte del dictador¹⁶.

En esta línea, la tarea encomendada a los políticos del momento era de gran envergadura pues significaba la instauración de un sistema puro democrático que requería de un proceso electoral que incluyera todas aquellas formaciones políticas que habían permanecido fuera del régimen autocrático anterior, como fueron el Partido Comunista Español o el Partido Socialista Obrero Español, entre otros.

El sentimiento imperante de dar con una fórmula democrática es notorio desde antes de la promulgación de la Constitución. La regulación de las libertades en la Constitución 1978 vino precedida de una intensa fase previa.

En esta línea, señala Del Águila Tejerina, “lo importante en ese momento no era la asepsia jurídica de respecto al principio de la legalidad, (...) sino edificar la concordia

¹⁴ DEL AGUILA TEJERINA, R., “La transición a la democracia en España: reforma, ruptura y consenso”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 25, enero-febrero 1982, págs. 103 y 104.

¹⁵ TIERNO GALVÁN, E., Prólogo a La octava Ley Fundamental, pág. 10.

¹⁶ DEL AGUILA TEJERINA, R., “La transición a la democracia en España: reforma, ruptura y consenso”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 25, enero-febrero 1982, pág. 105

y la reconciliación desde la superación del pasado mediante la ruptura”. Las primeras elecciones democráticas se celebraron el 15 de junio de 1977, proclamándose ganador Unión de Centro Democrático, UCD, liderado por Adolfo Suárez. Las nuevas Cortes tuvieron como tarea fundamental redactar la Constitución.

La Carta Magna fue la reforma de mayor trascendencia basándose en una política de pactos y consenso, como fueron los Pactos de la Moncloa. Con el acuerdo del texto constitucional entre todos los partidos políticos quedó demostrado de forma palpable que tanto la Reforma Política como la Constitución se realizó en democracia y su transición fue democrática.¹⁷ La primera propuesta fue redactada por una comisión de siete expertos conocidos como “los padres de la Constitución”¹⁸, cuyo anteproyecto fue posteriormente debatido y aprobado en las Cortes y sometida a referéndum el 6 de diciembre de 1978. Finalmente fue promulgada el 29 de diciembre de 1978 con la aprobación de la inmensa mayoría del pueblo español.¹⁹

Atendiendo a la doctrina, Peces-Barba señalaba que la Constitución “... marca la realidad de ruptura con la situación anterior (...) la ruptura con la situación de las Leyes Fundamentales y con el régimen anterior exige un todo completo, un todo racional, un todo que corresponde a un orden interior y pleno”²⁰ No obstante, J.L CEBRIÁN va más allá puntualizando “... no es sólo un nuevo ordenamiento jurídico, sino una nueva identidad histórica lo que está reclamando nuestra sociedad”²¹.

Pese que a la transición se considera como un proceso de cambio político pacífico, no debe caer en el olvido la escalada terrorista durante la etapa de gestación democrática. Tras la muerte de Franco, los actos de terrorismo y las reivindicaciones violentas se incrementaron de forma sucesiva. Ejemplo de ello fue el clímax de la violencia que se alcanzó en la semana 23 al 29 de enero de 1977, conocida como la semana trágica al

¹⁷ DEL AGUILA TEJERINA, R., “La transición a la democracia en España: reforma, ruptura y consenso”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 25, enero-febrero 1982, pág.117

¹⁸ DE LA CRUZ, J., “La Transición política y la España Constitucional” *Proyecto Clío* 36. 2010 ISSN: 1139-6237, págs. 1-14

¹⁹ IBIDEM

²⁰ PECES-BARBA, G., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 59, 5 de mayo de 1978, pág. 2030

²¹ CEBRIÁN J.L., “El Gobierno de la etapa constituyente, en Constitución, Economía y Regiones”, Tomo I, Club Siglo XXI, Madrid, 1978, pág. 193.

producirse numerosos atentados por diferentes grupos terroristas que hicieron temblar las bases del Estado Español²².

Esta situación fue el resultado de una serie de acontecimientos trágicos, no relacionados entre sí, como los secuestros de Antonio María de Oriol y el general Emilio Villaescusa por el grupo terrorista GRAPO, el asesinato de los abogados laboristas, conocido como la *matanza de Atocha* propiciado por un grupo ultraderechista y la muerte de la joven universitaria María Luz Nájera por un bote de humo de la policía.²³ El auge del terrorismo se dio en un contexto de construcción de la democracia pues las cortes aún no habían sido renovadas, solo se contaba con la ley bisagra, la ley de Reforma Política. No obstante, el gobierno salió fortalecido tras estos desgarradores acontecimientos pues se consiguió la liberación de los secuestrados, se celebró con rotundo éxito el referéndum sobre la Ley de la Reforma Política y la legalización del Partido Comunista Español que se tradujo en la pérdida de los argumentos principales para proseguir con la violencia por parte de la extrema izquierda.

Atendiendo a expertos sobre esta materia como José Luis Rodríguez Jiménez, el terrorismo en este periodo tenía un común objetivo y consecuencia: desestabilizar España.²⁴

Desgraciadamente, la violencia no supone un episodio excepcional en nuestra historia contemporánea, a pesar del abandono de la violencia por parte de algunos grupos terroristas como el FRAP, otros grupos terroristas incrementaron su actividad hasta llegar a niveles insospechados. Así pues, la población española vivía en continua amenaza, miedo e inseguridad condicionando gravemente las prioridades de los ciudadanos.²⁵

²² PEREZ PICHEL, M., “Jaque a la reforma política: la Semana Trágica de 1977 y la opinión pública”, *Aportes*, nº83, año XXVIII, pág. 10

²³ DUVA, J., “Los siete días que hicieron temblar la Transición”, *El País*, 29 enero de 2012. https://elpais.com/diario/2012/01/29/domingo/1327812756_850215.html

²⁴ RODRIGUEZ JIMENEZ, J. L., “Los terrorismos en la crisis del franquismo y en la transición política a la democracia”, *Historia del presente*, 13, 2009/1 II época, págs. 133-152 ISSN: 1579-8135.

²⁵ MARTINEZ VÁZQUEZ, F., “Cuarenta años de Constitución en la lucha contra el terrorismo”, *ICADE Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* SSN 1889-7045, Nº 104, 2018 págs. 1-20

ETA se convirtió en el principal reto para la democracia, pues este grupo terrorista causó el mayor número de víctimas mortales desde 1976 hasta 1980. A través de los múltiples ataques, ETA quería difundir una imagen victimista del País Vasco sojuzgado por el estado español y a la vez provocar al ejército asesinando al mayor número de militares, con el objetivo de conseguir un golpe de Estado estableciéndose así una dictadura militar, contra la que ETA conseguiría legitimar su estrategia terrorista.

Asimismo, con su política terrorista no quería perder la oportunidad de erosionar la credibilidad del gabinete presidido por Suárez y la confianza en las instituciones democráticas. La intensidad terrorista siguió en aumento cobrándose una media de un muerto cada tres días, la opinión pública acerca del gobierno de Suárez era de desconfianza y desesperación pues eran muchos los que pensaban que ETA estaba ganando la batalla contra el gobierno. Sin embargo, el grupo terrorista vio fallido su objetivo al fracasar el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981.²⁶ A pesar de ello, ETA tardó mucho en perder la batalla pues la violencia de este grupo terrorista aumentó conforme avanzaba el proceso de democratización hasta finalizar su actividad terrorista por completo en el año 2011.

Finalmente, en el ámbito político, la victoria del PSOE en 1982 demostró al mundo que España era estado democrático capaz de llevar a cabo una transición política pacífica y consensuada, aunque ensombrecida por las actividades terroristas.

1.3 Sobre el concepto de terrorismo

El terrorismo ha llegado a convertirse en uno de los principales problemas que acucian a la sociedad. El concepto de terrorismo puede ser estudiado desde numerosas perspectivas: históricas, psicológicas, políticas, sociológicas, organizativas, etc. Son muchos los expertos que señalan la dificultad de dar una definición completa y apropiada pues atendiendo a la práctica comprobamos que la percepción del terrorismo en Occidente muchas veces no coincide con la que tienen algunos Estados islámicos, a pesar de que

²⁶ CONTRERAS, E., “ETA, su enemigo fue la democracia, no Franco”, *ABC*, 20 de junio de 2017, https://www.abc.es/espana/la-transicion-espanola/abci-enemigo-democracia-no-franco-201706200456_noticia.html

exista una voluntad unánime en cuanto a su condena.²⁷ Por otro lado, desde la comunidad internacional se está trabajando para unificar posturas y crear un frente común antiterrorista²⁸.

Retrocediendo en la historia, destacamos como el término terrorismo se utilizó ya en la revolución francesa empleado por los jacobinos para hablar de su forma de actuación. Más adelante, en Gran Bretaña el autor Edmund Burke destacaba el fenómeno terrorista como acto delictivo y señalaba el perfil del terrorista como asesino, fanático cuyas acciones estaban relacionadas con fines ideológicos o políticos²⁹

Con el paso de los siglos, el concepto de terrorismo se amplía y como resultado nos encontramos con dos tipos de terrorismo; el llamado “*terrorismo desde abajo*”³⁰ que consiste en la comisión de actos violentos por un grupo de personas sobre víctimas inocentes con el objetivo de conseguir una alteración o cambio del orden constitucional o de gobierno, y, por otro lado, el conocido “*terrorismo desde arriba*” o “*terrorismo de Estado*”³¹ por el cual sistemas políticos vulneran sistemáticamente los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Como hemos mencionado anteriormente, en numerosas ocasiones autores han denunciado la dificultad de elaborar una única definición de terrorismo alegando su complejidad para describir tal actividad. En consecuencia, se presentan diferentes conceptos a la hora de hablar de terrorismo por ejemplo el autor Reinares que define este fenómeno a partir del impacto psíquico que provoca en las sociedades³². En cambio, para Hoffman, el terrorismo es la creación y explotación del miedo mediante la violencia o amenaza de violencia, cuya finalidad es la alteración del sistema político³³.

²⁷ ORTI PÉREZ, J., “Introducción: terrorismo Internacional: Enfoques y percepciones”, *Cátedra Marqués de Santa Cruz de Marcenado*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Fundación Sagardoy. Junio 2005 págs. 9- 24.

²⁸ IBIDEM

²⁹ BURKE, E., *Reflections on the Revolution in France*. Citado por Tuman, Londres, 1790 págs. 2-3

³⁰ ORTI PÉREZ, J., “Introducción: terrorismo Internacional: Enfoques y percepciones”, *Cátedra Marqués de Santa Cruz de Marcenado*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Fundación Sagardoy. Junio 2005 págs. 9- 24.

³¹ LAMARCA PÉREZ, C., “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 2 1993 págs. 535-560

³² REINARES, F., *Terrorismo global*, Editorial Taurus. Madrid, 2003, págs.16 y 17.

³³ HOFFMAN, B., “A mano armada”, *Historia del terrorismo*, Editorial Espasa Calpe. Madrid, 1999, pág.63

Tras conocer la perspectiva de los distintos autores acerca del terrorismo, conviene señalar como el concepto ha sido recogido por los principales organismos internacionales.

En primer lugar, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) define el terrorismo en su publicación AAP-6 y dice así: “el uso o amenaza de uso ilegal de la fuerza o de la violencia contra personas o propiedades con la intención de coaccionar o intimidar a gobiernos o sociedades para conseguir objetivos políticos, religiosos o ideológicos”³⁴.

Desde la perspectiva europea, el Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001 definió los actos terroristas como aquellos “*actos intencionados que pueden dañar seriamente a un país u organización internacional intimidando a su población, imponiendo toda clase de dificultades, y desestabilizando o destruyendo sus estructuras fundamentales, constitucionales, sociales y económicas*”³⁵.

Igualmente, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su resolución 1566 (2004) ofrece una definición del concepto de terrorismo inspirada en la explicación que da el autor Schmid sobre el terrorismo³⁶.

En conclusión, tratando de hacer un esfuerzo por simplificar las anteriores definiciones podríamos explicar el fenómeno del terrorismo como el uso o amenaza de la fuerza para conseguir un beneficio político. Tras el análisis de los anteriores conceptos fallamos que existen una serie de elementos comunes presentes en la mayoría de las definiciones, estas son: violencia sistemática e imprevisible, de forma que el impacto material es totalmente inferior al impacto psíquico que ocasiona en la sociedad,

³⁴ OTAN PUBLICACION ALIADA AAP-6. Glosario de términos y definiciones 2020.

³⁵ COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Council Framework Decision on Combating Terrorism, Bruselas, 7 de diciembre de 2001: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133208>

³⁶ Esta reza así: “actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo” SC MID, P., “Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories”, *Data Bases and Literature*, Transaction Press. Nueva Brunswick, 1983. (Disponible en www.unodc.org) pág. 70

destrucción de infraestructura, objetivos e interés políticos, papel de la propaganda fruto del dolor de las víctimas, sus acciones no se relacionan con los conflictos de guerra tradicional al igual que se relacionan al margen de la legalidad y son llevados a cabo a través de actores individuales o grupales aplicando un extremismo en los medios ³⁷.

CAPITULO II: La lucha antiterrorista y su apoyo constitucional

2.1 Conflicto seguridad y libertad

“Sin seguridad, el hombre no puede formar ni percibir los frutos de las mismas, pues sin seguridad no existe la libertad (...) debe constituir el fin del Estado y el objeto de su actividad”³⁸ son palabras del polímata humanista Humboldt que remarca el fin último de todo Estado, brindar seguridad a sus ciudadanos para garantizar el disfrute de la libertad.

Tratar de definir el concepto seguridad es bastante difícil pues no acaba de alcanzar un significado unívoco pues dependiendo de que calificativo venga acompañada la palabra seguridad, podemos referirnos a términos distintos³⁹.

Fruto de la gran variedad de conceptos que surgen a la hora de hablar de seguridad nos remitimos a la Constitución de 1978 para acotar el término de seguridad. Conviene destacar como el constituyente quiso recoger la intrínseca relación entre la seguridad y la libertad, apareciendo ambos conceptos en diversos preceptos. Sin embargo, conseguir ese equilibrio del binomio libertad seguridad es uno de los grandes retos de todo Estado constitucional porque la ruptura de esa armonía conlleva hacer frente a determinados riesgos globales, en concreto, el terrorismo, objeto de análisis en este trabajo.

³⁷ ORTI PÉREZ, J., “Introducción: terrorismo Internacional: Enfoques y percepciones”, *Cátedra Marqués de Santa Cruz de Marcenado*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Fundación Sagardoy. Junio 2005 págs. 9- 24.

³⁸ HUMBOLDT, W., “El fin último del Estado”, *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos, págs. 50-51

³⁹ Lo comprobamos al hablar de seguridad nacional, seguridad ciudadana, seguridad pública, seguridad humana, seguridad europea, seguridad global, seguridad interior, seguridad exterior y así podríamos seguir enumerando otros tipos de seguridad. SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”*, 2019 pág. 1 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

Por consiguiente, la seguridad tiene un valor incalculable y a la misma vez imprescindible porque sin seguridad no podemos ejercitar la libertad y sin libertad no hay democracia. Y como un circuito, “a mayor seguridad, mayor garantía de un libre ejercicio de los derechos fundamentales”⁴⁰. En esta línea, Fernández Rodríguez presenta la seguridad como factor clave para conseguir una adecuada calidad democrática, fallando que solo a través de un contexto razonable de seguridad se podrá ejercitar los derechos fundamentales ⁴¹.

Nuestra Constitución es la herramienta clave que regula el binomio libertad seguridad. Nos remitimos a ella para conocer la regulación de los derechos civiles que de forma directa pueden verse afectados por las restricciones que impone el Estado alegando motivos de seguridad colectiva u orden público ⁴².

2.1.1 Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Artículo 15 CE

Partimos del artículo 15, el primero de la Sección 1ª el derecho a la vida y a la integridad física y moral al ser el presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos y libertades. Estos derechos se caracterizan por otorgar a sus titulares protección frente a toda actuación de los poderes del Estado y a la vez impone al Estado la obligación de adoptar medidas para garantizar una completa protección de esos bienes frente ataques de terceros.

En este sentido, conviene aclarar la regulación de la pena de muerte en España. Pues bien, nuestra Constitución de 1978 no establece una interdicción absoluta de la pena

⁴⁰SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”, 2019 pág. 3 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.L., “Los datos del tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n 108. pág. 97

⁴² BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

de muerte, sino que la admite salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra. Sin embargo, con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempos de guerra, derogó el artículo 25 del Código Penal Militar, eliminando así esa posibilidad en el plano legislativo.⁴³ En definitiva, aunque en la Constitución se recoge el caso de pena de muerte en determinadas circunstancias, el hecho de que España haya firmado los mencionados tratados internacionales conlleva la inviabilidad de poner en práctica la pena de muerte.

El artículo 15 de la Constitución no se limita a reconocer el derecho a la vida, sino que también se refiere a la “integridad física y moral” pues se entiende como una prolongación lógica del primero. La Carta Magna queriendo delimitar la protección de este derecho prohíbe expresamente los atentados típicos contra la integridad, la tortura, las penas y los tratos inhumanos o degradantes.⁴⁴ El prohibir no solo los tratos, sino también las penas, provoca que la prohibición afecte tanto a la policía y al personal penitenciario como a las autoridades judiciales, que no pueden imponer penas degradantes⁴⁵.

En relación con los tratos inhumanos y degradantes, se encuentran tipificados en el Código Penal en su artículo 173.1, igualmente, el Tribunal Constitucional ha querido aportar una definición recogida en la sentencia 65/1986 ⁴⁶.

⁴³ En nuestro país a nivel práctico, esta absolutamente abolida, lo que significa su imposible reinstauración, porque España ratificó el Protocolo nº 13 del CEDH, al igual que la Carta Europea, comprometiéndose a la abolición absoluta de la pena de muerte. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 369

⁴⁴ Esta prohibición se reconoce como taxativa, absoluta donde no existe cabida para excepciones. Pues como bien declara el Tribunal Constitucional, la tortura y los tratos inhumanos y degradantes tienen un elemento común “causan padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente” BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

⁴⁵ Es conveniente recordar la dificultad de probar la existencia de torturas, en cuanto a la tortura física, en casos de sumersión, descargas eléctricas, agotamiento físico, o las torturas psicológicas, como privación de sueño, de visión, simulacro de ahogamiento, entre otras, todas estas técnicas de tortura no dejan huellas que prueben su comisión. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág.371

⁴⁶ Por la que se considera tratos inhumanos y degradante todo trato o pena que acarree “sufrimiento de una especial intensidad” o provoque “una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la pena” BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

En este ámbito, se ha regulado por primera vez los registros corporales externos y superficiales, conocidos coloquialmente como *cacheos* en el artículo 20 de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC)⁴⁷. En definitiva, se establece que todos los registros se deberán realizar en conformidad con los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, así como el de injerencia mínima con el objetivo de causar el menor perjuicio a la intimidad y dignidad de la persona.

2.1.2 Derecho a la libertad y a la seguridad personal. Artículo 17 CE

Desde los inicios del parlamentarismo, el derecho a la libertad y a la seguridad se han consagrado como una de las grandes conquistas, dado que suponía una garantía contra las detenciones arbitrarias de los estados absolutistas que pretendían a través de detenciones acallar la más mínima oposición al régimen ⁴⁸.

Sin embargo, el derecho a la libertad y seguridad tal como lo conocemos ahora se entiende como aquel “reconocimiento de una potestad y ámbito de autodeterminación y auto organización que corresponde a los individuos y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias decisiones” ⁴⁹.

El artículo 17.1 reconoce el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad⁵⁰. En este apartado, el legislador se refiere a la libertad personal, traducida como libertad deambulatoria o de movimiento de personas físicas, como ha puntualizado la jurisprudencia constitucional es aquella libertad que se ejerce “frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios”⁵¹. Por lo tanto, el legislador hace referencia a la seguridad para demostrar que en este sistema democrático nadie será privado de su

⁴⁷ La finalidad del legislador con la redacción del artículo 20 es el establecimiento de una serie de requisitos y garantías a la hora de poner en práctica tal ejercicio. Para ello, estipula que se debe proceder a la realización de tales cacheos siempre y cuando haya indicios racionales para suponer que de practicarlos se conseguiría instrumentos, efectos u otros objetos interesantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que recoge las Leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. IBIDEM

⁴⁸ ALZAGA VILLAAMIL, O., “Artículo 17” *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978* Maricial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016 págs. 160-164

⁴⁹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 377

⁵⁰ Artículo 17.1 reza así: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos en la forma previstos en la ley”. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

⁵¹ STC 120/1990. BILBAO UBILLOS. J. “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1st ed., pág. 453. España: Francis Lefebvre.

libertad si no es conforme a lo establecido en la ley y controlando así toda restricción o privación de libertad arbitraria.

En este sentido, hay que puntualizar la distinción existente entre la libertad personal de la libertad en un sentido amplio, en relación con la libertad general de actuación, recogida en el artículo 1.1 de la Constitución, entendida como valor superior de nuestro ordenamiento, o de la libertad que adopta la forma de libre desarrollo de la personalidad, artículo 10.1 estrechamente relacionada con el principio de dignidad, o de la libertad consagrada en el artículo 9.2 de la Carta Magna. Por último, también cabe diferenciar la libertad personal de la libertad de circulación reconocida en el artículo 19 de la Constitución, que conlleva la libertad de desplazamiento físico, la libre movilidad (...) relacionado con la libertad de elección sobre el lugar de residencia dentro del territorio del Estado.

Una vez diseccionado los diferentes conceptos que se extraen del precepto 17.1 de la Constitución, en relación con el binomio seguridad libertad, procedemos a estudiar cuales son las causas o casos de privación de libertad recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Conviene puntualizar que la Constitución no recoge una lista exhaustiva, cerrada de aquellos supuestos en los que la autoridad puede privar de libertad a los ciudadanos, es más, el artículo 17 menciona solo dos posibles supuestos; la detención y la prisión preventiva, pero deja entre ver que existen otras formas. Esta interpretación no es arropada por todos los autores, hay diferencias en la doctrina. Autores como Bilbao Ubillos, abrazan la lista de supuestos contenida en el artículo 5.1 del CEDH, donde se recogen otras formas de privación de libertad a parte de la detención preventiva y la prisión provisional.⁵²

El derecho a la libertad y seguridad únicamente se reconoce a las personas físicas pues guarda una estrecha relación con la dignidad de toda persona de ahí que no quepa

⁵² Otras formas de privación de libertad por parte de los poderes públicos, a parte de la detención preventiva y la prisión provisional son el internamiento de menores o incapaces, recogido en el artículo 211 del Código Civil, el internamiento en centros psiquiátricos en caso de enfermedad mental, o el internamiento de extranjeros en situación ilegal en centros no penitenciarios. IBIDEM

ninguna distinción en función de la nacionalidad del sujeto titular⁵³. Este razonamiento ha sido apoyado por la jurisprudencia constitucional en la STC 115/1987,⁵⁴ como también cuenta como base los textos universales, de la Declaración universal de los derechos humanos⁵⁵ Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico si prevé una excepción a la aplicación de este principio general, pues se reconoce una forma de afectación a la libertad personal que afecta aquellos extranjeros que se encuentren en supuestos de internamiento preventivo al formar parte de un procedimiento de expulsión del territorio⁵⁶.

En el presente trabajo se analizarán las siguientes formas de privación de libertad: la detención preventiva, la prisión provisional sin entrar a estudiar las privaciones de libertad recogidas en el artículo 25, con carácter sancionador penal.

En primer lugar, hablaremos de *la detención preventiva* regulada en el artículo 17.2 de la Constitución. Una aproximación general del concepto de detención preventiva la encontramos en la jurisprudencia constitucional, en la STC 98/1986 que dice así:

cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad.⁵⁷

En definitiva, la detención preventiva goza de un carácter cautelar, que puede ser practicado por cualquier persona, no hace falta que sea autoridad pública, respecto de quien pueda ser responsable de un hecho delictivo⁵⁸.

⁵³ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 págs. 629-639

⁵⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018

⁵⁵ Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reza así “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*” ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 Diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

⁵⁶ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 págs. 629-639

⁵⁷ STC 98/1986. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 págs. 377-381

⁵⁸ Lo comprobamos remitiendonos a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 490 que establece que “cualquier persona puede realizar la detención de aquel sujeto que intentara cometer un delito en el momento de ir a cometerlo; del delincuente sorprendido in fraganti: de los fugados; del procesado o

Ahora bien, el concepto de prevención preventiva expuesto anteriormente es una explicación amplia del término que difiere de la expresada en el artículo 17.2 de la CE. Pues la redacción de tal artículo se refiere a la detención policial, es decir la practicada por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando concurren una serie de “motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente caracteres de delito” y a la vez razones “bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.⁵⁹

Por otro lado, atendiendo a la regulación del CEDH, se exige que toda detención legítima debe basarse en la racionalidad de sospechas fundadas basadas en hechos o informes adecuados para que consigan convencer a una figura imparcial de la posibilidad que ese individuo pueda haber cometido un delito.⁶⁰

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha jugado un papel relevante a la hora de esclarecer o aclarar en la práctica el precepto del artículo 17 de la CE. A través de la jurisprudencia constitucional se ha corroborado la finalidad de la Ley de configurar supuestos de privación de libertad cuyo fin último sea la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o aquellos que a pesar de no estar recogidos en la carta magna por su grado de indeterminación puede conllevar inseguridad o incertidumbre jurídica sobre su modo de aplicación⁶¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha defendido una interpretación del artículo 17 de forma conjunta con el artículo 5 del CEDH, para conocer el sentido y los límites del precepto constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional acepta otras formas de detención a parte de las previstas en el artículo 17 de la Carta Magna, como por ejemplo el supuesto que recoge

condenado en rebeldía”, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵⁹ Artículo 492 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶⁰ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 págs. 629-639.

⁶¹ No sólo la STC 178/ 1985 expone la anterior idea sino también exige “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan, aunque previstas en la Ley, privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. ALZAGA VILLAAMIL, O., “Artículo 17” *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016, págs. 160-164.

el artículo 16.2 de la Ley orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, de acuerdo con el cual los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

Remitiéndonos al artículo 17.2 de la Constitución, vemos como se establece un límite temporal para la aplicación de la detención preventiva, este dice así:

“no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de 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 disposición de la autoridad judicial”.

En consecuencia, será inconstitucional toda detención que no solo se prolongue más allá de las setenta y dos horas, sino cuando se haya superado el tiempo necesario para llevar a cabo las averiguaciones pertinentes. Por ello, tendrá que observarse caso por caso si se cumple con el límite temporal, el cual estará determinado por la propia autoridad en función de las circunstancias específicas, teniendo en cuenta de que este podrá ser objeto de control judicial⁶².

Por otro lado, el legislador da la posibilidad de exceptuar la norma general exclusivamente para casos concretos, cuando se determine una suspensión individual de algunas de las garantías para la persecución de actividades terroristas. Esta excepción será debidamente desarrollada en el apartado siguiente “Suspensión de garantías individuales”.

Continuando con la exposición del artículo 17 de la Constitución, pasamos a analizar el apartado tercero, el cual reconoce el derecho a la información, el derecho a no declarar y el derecho a la asistencia letrada.

- Derecho a la información

El primer derecho otorgado a la persona detenida es el derecho a “ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones

⁶² ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 378

de su detención”⁶³. No solo la Constitución reconoce este derecho, la Ley de enjuiciamiento criminal en su artículo 520.2 añade que la persona debe conocer de manera inmediata, es decir, en el momento de su detención, los hechos que se le imputan y su calificación jurídica. Además, es un derecho del detenido que le sea comunicado los derechos que se le asisten, recogidos en el apartado tercero del artículo en cuestión. Teniendo en cuenta el precepto recogido en la ley enjuiciamiento criminal, artículo 520, relacionado con esta materia, el detenido podrá ponerse en contacto con un familiar u otra persona que lo desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle, el derecho a ser asistido por un intérprete⁶⁴, derecho a ser reconocido por un médico y el derecho a ser asistido por un abogado.

La policía podrá dar la información expuesta anteriormente de manera oral o escrita, aunque deberá recabar toda la información en un escrito, conocido jurídicamente como atestado policial que será remitido al juez de instrucción.

- Derecho a no declarar

El apartado tercero del artículo 17 de la Constitución reconoce también el derecho a no declarar, este derecho guarda una intrínseca relación con los derechos reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En este aspecto, el Tribunal Constitución a categorizado el derecho a no declarar, como garantías instrumentales del derecho de defensa ⁶⁵.

El artículo 24.2 de la LEC supone un complemento del derecho a no declarar reconocido en la Constitución. La redacción de este precepto conlleva el reconocimiento de garantías que proceden del principio de presunción de inocencia y de la garantía de toda persona detenida podrá basar su defensa en el silencio o inactividad. Este derecho se podrá ejercitar en el momento de la comparecencia hasta el juez de turno.

⁶³ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

⁶⁴ STC 74/1987: Se extiende el derecho a ser asistido por un intérprete a todas aquellas personas que demuestren la falta de conocimiento de la lengua española, y se extiende para el caso de los sordomudos. APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, Manual de Derecho Constitucional, Atelier, Barcelona, 2016 pág. 634

⁶⁵ IBIDEM

- Derecho a la asistencia letrada

El derecho a la asistencia letrada se trata de una de los principales hitos en la protección del detenido, pues bien, el artículo 17.3 de la Constitución, “*se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*”, va más allá de su literalidad, al determinar que el derecho asiste a la persona desde el momento de su detención. Es importante señalar que el servicio que presta el abogado al detenido consiste en un asesoramiento jurídico activo desde la primera diligencia judicial hasta la última que se efectúe ante el juez⁶⁶.

Atendiendo a la regulación de la Ley enjuiciamiento criminal, destacamos que la imposibilidad de renunciar a este derecho, materializándose en la ausencia de nombramiento de un abogado por parte del detenido, se procederá a la designación de un abogado de oficio. No obstante, ante tal regla general se acepta exclusivamente la excepción: de poder renunciar a la asistencia letrada cuando la privación de libertad hubiera sido fruto de la comisión de “hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico”⁶⁷.

Respecto del derecho a la asistencia letrada cabe precisar que es una de las garantías afectadas por la legislación antiterrorista. Acudiendo otra vez a la LEC, en su artículo 520 bis, establece en caso de detención por una presunta comisión de delitos del terrorismo, el detenido tendrá derecho exclusivamente a la asistencia de un abogado de oficio y se podrá solicitar al juez la incomunicación de la persona detenida ⁶⁸. Sin embargo, si atendemos a la legislación constitucional nos damos cuenta que la suspensión de garantías únicamente esta prevista para los artículos 17.2, 18.2 y 18.3, por consiguiente, el artículo 17.3 no debería quedar afectado. En este sentido, nos remitimos al Tribunal Constitucional, el cual a través de su sentencia 196/1987 aclara que la limitación del derecho de incomunicación no esta afectada al reconocerse al detenido por

⁶⁶ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 pág. 635

⁶⁷ Artículo 520.8 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁶⁸ Artículo 527 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

presunto delito de terrorismo el derecho a la asistencia letrada, garantizada por el servicio prestado por el abogado de oficio⁶⁹.

El reconocimiento del procedimiento de habeas corpus, en el artículo 17.4 de la Constitución conlleva el cierre completo del sistema de garantías constitucionales de la figura de detención preventiva. El interés por recoger este procedimiento nace de la preocupación de ofrecer al detenido un procedimiento ágil y sencillo que permita así verificar al juez de la concurrencia de los requisitos exigidos en la Constitución y en la Ley para proceder a ese tipo de privación de libertad. En el supuesto, en el que el juez no aprecie ninguno de los requisitos necesarios decretará la puesta en libertad, o a disposición judicial de la persona detenida y a continuación, procederá a la eliminación de toda responsabilidad administrativa o penal ⁷⁰.

Con el objetivo de desarrollar el mandato constitucional se aprobó la Ley orgánica 6/1984, reguladora del derecho habeas corpus, garantía específica contra las detenciones o internamientos ilegales. El fin último de esta ley orgánica es regular un procedimiento especial que permita “la inmediata disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente” ⁷¹. En este sentido, cabe preguntarnos ¿Qué se entiende por detención ilegal?, en relación con lo estipulado en la Ley Orgánica 6/84 decimos que es aquella situación de privación de libertad de manera antijurídica o ilícita fruto de la vulneración de algunas de las condiciones o garantías que legitiman tal privación de libertad sin decisión judicial. De ahí que, pueda concurrir una conducta ilícita tanto en el momento de la detención como en las condiciones de la misma, pues una detención practicada de forma legal puede ser ilícita si por ejemplo supera el plazo establecido en la ley o no se respetan los derechos del detenido.

Pueden instar al desarrollo del procedimiento del habeas corpus, tanto la misma persona detenida, su cónyuge o pareja, descendientes, ascendientes, hermanos, representantes legales de menores incapacitados, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y el juez competente de oficio. Cabe señalar, la obligación que tienen los

⁶⁹ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 pág. 635

⁷⁰ IBIDEM

⁷¹ BILBAO UBILLOS. J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 456). España: Francis Lefebvre.

funcionarios, autoridades o personas que custodien al detenido de poner en conocimiento al juez competente a solicitud del habeas corpus. El juez competente para conocer dicha causa será el juez de instrucción del lugar donde se halle la persona privada de libertad, en el supuesto de aplicación de la legislación terrorista, el juez competente será el Juzgado Central de Instrucción⁷².

El habeas corpus es un procedimiento especial, rápido y preferente por lo que el órgano competente se limitará a verificar la licitud del acto de privación de libertad. Para ello, dictará un auto que estipule la incoación o no del procedimiento. Ahora bien, en contra de tal resolución no cabrá recurso en sede judicial, tan solo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el caso, de dictar la incoación del procedimiento el juez ordenará inmediatamente la puesta en libertad del detenido⁷³.

Por último, habrá que prestar especial atención al plazo recogido en la ley, por el cual se establece el límite temporal máximo de veinticuatro horas desde la publicación del auto de incoación para practicar todas las actuaciones necesarias consideradas por el juez, incluida la resolución.

A continuación, procederemos a exponer el régimen normativo de la segunda forma de privación de libertad, recogida en el 17.4 de la Constitución, la *prisión provisional*. En primer lugar, hay que tener en cuenta el carácter cautelar y excepcional de esta medida de privación de libertad. La prisión provisional consiste en:

el ingreso en prisión de una persona imputada o procesada durante la tramitación de un procedimiento penal con el fin de asegurar la averiguación del delito o la ejecución de la pena, que en su caso, se llegue a imponer en sentencia firme ⁷⁴.

Esta medida cautelar se debe aplicar atendiendo al principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 24 de la CE. Como bien se ha expuesto anteriormente

⁷² BILBAO UBILLOS. J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 456). España: Francis Lefebvre.

⁷³ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 pág. 637

⁷⁴ IBIDEM pág. 638

se trata de una medida excepcional por ello solo podrá ser acordada por la autoridad judicial y de forma proporcional, nunca podrá aplicarse como una condena anticipada.

El artículo 503 de la LEC, de acuerdo con la reforma operada por la Ley orgánica 13/2003, expone las causas exigidas para que el juez pueda decretar la prisión provisional, estas son: la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito sancionado con pena o igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no susceptibles de cancelación, que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la pena imputada, que mediante prisión provisional se persiga evitar: un riesgo de fuga, una obstrucción de la investigación y una reiteración delictiva.

Respecto de los límites temporales, en virtud del artículo 503.4 de la LEC, “*la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos*” y “*en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*”. De esta manera, se aprecia como la ley deja suficiente margen al juez para que decida el tiempo correspondiente para cada caso concreto, aplicando el principio de proporcionalidad.

No obstante, el artículo 504 de la LEC señala unos plazos o topes máximos en relación con los distintos supuestos y de la duración de las penas establecidas para cada caso. Igualmente, se conoce como principio general el límite máximo de prisión provisional de un año para delitos con penas inferiores a tres años, y dos años con penas superiores a tres años. Asimismo, se permite la prórroga temporal, como recoge las sentencias del Tribunal Constitucional, 103/1992 y 142/1998, donde se permite la prórroga “cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos”⁷⁵.

Habría que mencionar, la posibilidad que recoge la LEC de permitir periodos de hasta cuatro años de prisión preventiva. En contraste, autores como APARICIO, defienden un uso restrictivo de la figura de prisión preventiva por parte de los jueces en

⁷⁵ APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 pág. 639.

favor del cumplimiento del principio *favor libertatis*. En esta línea, el TEDH, ha demostrado a través de su jurisprudencia la necesidad de limitar el tiempo de la prisión preventiva a períodos razonables ⁷⁶.

2.1.3 Los derechos que garantizan la protección de la vida privada. Artículo 18 CE

El artículo 18 de la Constitución reconoce el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, además, recoge las manifestaciones específicas del derecho a la intimidad: la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la libertad informática. Cabe mencionar que estos derechos son autónomos, de ahí su análisis diferenciado en este trabajo. Como decíamos, estas manifestaciones concretas del derecho a la intimidad guardan una relación intrínseca con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, regulado en el artículo 10.1 de la Constitución. El fin último del reconocimiento de este derecho es garantizar la esfera privada quedando regulado por el artículo 8.1 del CEDH y el 18 CE.

En atención con el apartado que nos ocupa “Conflicto entre seguridad y libertad”, se analizará la operatividad del derecho a la intimidad como límite a las posibles injerencias de las autoridades públicas. Acudiendo a la jurisprudencia constitucional, en particular la STC 231/1988 nos atrevemos a delimitar el concepto de derecho a la intimidad, a través del cual todo ser humano tiene derecho a proteger su ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de terceros, y supone una condición necesaria para mantener la mínima calidad de vida humana. En definitiva, el legislador trata de poner de manifiesto la dificultad de delimitar los contornos de ese espacio intangible que a priori supone muy difícil de establecer, pues depende de las relaciones jurídicas en cuestión si ese espacio intangible puede sufrir alguna limitación. Por ejemplo, en el caso de los reclusos, estos ven limitada y restringida su intimidad por las exigencias de seguridad en las prisiones.

⁷⁶ El término “*periodo razonable*” utilizado por la jurisprudencia del TEDH, en particular en los casos *Zimmermann* y *Sanders*, es entendido en conexión con la necesidad de limitar el tiempo de prisión preventiva en atención a la complejidad del proceso, la conducta procesal de la persona imputada y a la actuación de las autoridades judiciales. APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 págs. 639.

Ahora bien, se reconoce por regla general la incapacidad de los poderes públicos de llevar a cabo operaciones que impliquen la escucha, filmación o actos que conlleven grabaciones o reproducciones de la vida personal de las personas, ni la divulgación o revelación de hechos relativos a la vida íntima de una persona o familiar que pueda afectar a su derecho de honor y propia imagen. La intimidad personal tal como se recoge en la Constitución se manifiesta en otras dimensiones como es la intimidad corporal, esta protección se materializa con el reconocimiento del derecho de no padecer inspecciones, registros o exámenes en las partes del cuerpo, que conforme a criterios culturales se puedan considerar íntimas ⁷⁷.

Continuando con el análisis expositivo del artículo 18, pasamos a desgranar el apartado segundo que consagra el derecho a la *inviolabilidad del domicilio*. “*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*”⁷⁸. La resolución judicial se manifiesta como la garantía que ofrece el ordenamiento jurídico para proceder a la entrada de forma legal del domicilio, sin llegar a vulnerar ningún derecho. En este sentido, conviene exponer la forma de proceder del juez para que sea legal esta excepción. En primer lugar, el juez antes de autorizar cualquier entrada o registro tendrá que valorar, es decir, realizar un juicio de ponderación previa para decidir sobre el conflicto de prevalencia entre los distintos derechos fundamentales. Por ello, se requiere que la resolución de la decisión judicial este motivada precisando al detalle las razones que llevan a la autoridad judicial a limitar ese derecho fundamental. Se tendrá que exponer de forma clara y concisa las circunstancias espaciales, es decir, la ubicación del domicilio, y las circunstancias temporales, momento y plazo de la entrada y registro⁷⁹

Sin embargo, como recoge el artículo 18.2 cabe una excepción a la entrada o registro del domicilio sin contar con una resolución judicial, en el caso de que se trate de delito flagrante. Nos remitimos a la legislación penal para conocer de forma detallada, el término delito flagrante. Este concepto exige de la consecución de tres requisitos, la

⁷⁷ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pag 409-412

⁷⁸ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311

⁷⁹ BILBAO UBILLOS. J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 456). España: Francis Lefebvre.

inmediatez temporal, que el delito se está cometiendo o se acaba de acometer, inmediatez personal, que sea indudable la participación de los hechos por el delincuente por encontrarse en ese momento allí o en un momento inmediatamente posterior y por último que exista una necesidad urgente, es decir no hay tiempo suficiente para obtener una autorización del juez correspondiente. Además, tiene que ser un delito grave, que se encuentre tipificado en el Código Penal⁸⁰

Acudimos a la jurisprudencia constitucional para obtener una definición más completa de delito flagrante, en concreto en la STC 341/1993, el juez señala como delito flagrante “*la situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido, visto directamente o percibido de otro modo, en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito*”⁸¹. En definitiva, el Tribunal Constitucional puntualiza que la existencia de conjeturas o presunciones de estar cometiendo un delito no son pruebas suficientes para vulnerar el derecho a la inviolabilidad de domicilio, hay que gozar de la máxima seguridad para justificar la entrada en el domicilio.

Asimismo, el artículo 18.3 CE, garantiza otras de las manifestaciones de la vida íntima, el secreto de las comunicaciones, en particular de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. De igual forma, quedan al amparo de este artículo cualquier otro tipo de comunicaciones, como pueden ser mensajes de texto, WhatsApp, etc. En este apartado se pretende proteger la libertad de las comunicaciones, con independencia del contenido de la comunicación, da igual que el contenido tenga datos íntimos o no si se accede a ella se esta vulnerando el presente derecho.⁸² Por ello, no solo se protege la dignidad sino se garantiza la no intromisión de un tercero, en el curso del proceso y la no interceptación del mensaje. Cabe señalar, que toda escucha o registro de una comunicación ajena conlleva la comisión de un delito, no hace falta que el contenido de la conversación se difunda para estar vulnerando este derecho.⁸³

⁸⁰ IBIDEM

⁸¹ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 394.

⁸² El secreto a las comunicaciones se debe interpretar en un sentido amplio, de modo que protege no solo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos, como la identidad de los interlocutores, STC 241/2012, por lo que el listado de llamadas de una persona quedaría protegido bajo este derecho. IBIDEM

⁸³ BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad” In M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 458). España: Francis Lefebvre.

No obstante, según el ordenamiento jurídico prevé una excepción a esta regla general expuesta, por el que se podrá levantar el secreto de las comunicaciones contando con una resolución judicial que lo autorice. El juez de instrucción competente para ello será el que conozca de dicha causa por participar en una investigación criminal.

Acudimos a la jurisprudencia del TEDH y del TC para conocer los cuatro principios exigibles para la intervención de las comunicaciones. Estos son: la judicialidad, la excepcionalidad, la proporcionalidad de la medida y la comisión de hechos delictivos graves. Conviene aclarar, que no se puede llevar a la intervención de las comunicaciones de un abogado con su cliente, pues se estaría vulnerando tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como también el derecho de defensa del acusado.

Por último, falta por explicar el cuarto apartado del artículo 18.4 por el cual se reconoce la libertad informática. Este apartado es uno de los ejemplos que demuestran como nuestra constitución fue una de las más avanzadas y previsoras de los textos constituyentes⁸⁴. Este derecho se clasifica dentro de la cuarta generación pues supone un derecho a la protección de datos. A través del reconocimiento de tal derecho, el estado se compromete a proteger nuestros datos con independencia del contenido de los mismos.⁸⁵ Aparte de la regulación constitucional acerca del derecho de protección de datos, se aprobó en 1999, la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en ella se desarrolla de forma más extensa la regulación del derecho de información, derecho de acceso, derecho de rectificación y derecho de oposición. En este sentido, es interesante traer a colación el derecho al olvido, entendido como aquel derecho a borrar completamente todo rastro de información subido a internet.

Para terminar con el análisis expositivo sobre los derechos que garantizan la protección de la vida privada, explicamos la regla de exclusión, por la cual la vulneración de la inviolabilidad del domicilio y el secreto de comunicaciones lleva a exclusión de la prueba. La cuestión radica en determinar en qué medida esa prueba ha supuesto una pieza clave para la obtención de otras pruebas y si en consecuencia esas pruebas deben ser

⁸⁴ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 397

⁸⁵ STC 290/200 Y STC 292/900. El tribunal constitucional fallo que es irrelevante si se trata de datos íntimos o no, se vulnera el derecho si se accede a datos personales del individuo sin contar con el consentimiento de éste. IBIDEM

anuladas o no. El Tribunal Constitucional ha querido manifestar su opinión desarrollando la teoría de la denominada “conexión de la antijuricidad”, esta viene a decir que no toda prueba que tiene conexión con la prueba anulada debe ser anulada. En otras palabras, el Tribunal Constitucional trata de flexibilizar la regla de la exclusión para ello subraya que será anulada la prueba obtenida a través de una prueba excluida siempre que se demuestre que no se podía haber conseguido tal prueba de otra forma. Esta regla ha sido criticada por muchos autores alegando que podría llevar a la inseguridad jurídica ⁸⁶.

2.1.4 Libertades públicas. Artículos 20, 21 y 22 CE

Las libertades públicas son la pieza angular de todo sistema democrático pues a través de su reconocimiento y su libre ejercicio se llevan a cabo los procesos de participación política que a su vez permiten el control efectivo de la actuación de los poderes públicos.

Resulta imposible analizar de forma profunda y completa la regulación constitucional y legal de todas las libertades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, al igual que exponer la ingente jurisprudencia acumulada en estos cuarenta y dos años de vigencia constitucional. Por ello, nos limitaremos a destacar aquellos aspectos más interesantes en relación con el conflicto de seguridad libertad.

Libertades de expresión e información

Partiendo del estudio del artículo 20 de la Constitución, se reconocen un paquete de libertades, de expresión, de expresión creativa, de cátedra y de información. Todos estos derechos son autónomos y desempeñan una labor muy importante al fomentar la creación de la opinión pública, elemento esencial para el desarrollo de la democracia. Sin embargo, entraremos solo exponer el apartado a) del artículo 20.1, libertad de expresión en el sentido estricto, y el apartado d) el derecho de información.

⁸⁶ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 397.

La libertad de expresión se define como el derecho a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento ⁸⁷. El ordenamiento jurídico español establece la protección de cualquier forma de expresión, ya sea verbal o escrita o de expresión corporal, con independencia de su contenido y sin que sea necesario que tal comunicación sea realizada, por un profesional. Por otro lado, conviene recordar que al hablar de libertad de expresión queda garantizado el derecho a manifestar un pensamiento como también el derecho a no manifestar el pensamiento. La titularidad de este derecho no conoce exclusiones al reconocerse tanto españoles como extranjeros y a personas físicas como jurídicas.

En cambio, la libertad de información garantiza la formación y existencia de una opinión pública libre, la diferencia con la libertad de expresión radica en que la libertad de información debe recaer sobre hechos veraces y noticiables, de los que se espera neutralidad y fidelidad con la realidad. En este sentido, la libertad de información quedará amparada por el artículo 20 de la Constitución cuando se trate de hechos veraces y noticiables y de interés público ⁸⁸.

Otra de las garantías reconocidas en el artículo 20 de la Constitución son la prohibición de la censura y el secuestro. El Tribunal Constitucional ha realizado una gran labor al establecer un concepto de censura de manera muy amplia, pues considerándose cualquier acto tendente a la revisión o autorización de una obra⁸⁹. En esta línea, es imprescindible aclarar que la censura que se prohíbe es la gubernativa y no la judicial. Respecto del secuestro administrativo, el ordenamiento jurídico permite la retirada de una obra que ya había sido publicada y difundida siempre y cuando este sujeto a una decisión judicial. En cambio, el secuestro realizado por el Estado se entiende contrario a la ley.

Hoy en día el acceso a la información sensible queda regulado en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 11 de mayo de 2004, sobre los secretos oficiales⁹⁰. En este sentido, cobra importancia el control judicial sobre aquellas

⁸⁷ IBIDEM págs. 409-412.

⁸⁸ En el caso que no se cumplan estos dos requisitos, veracidad y de interés público no habrá protección constitucional STS 105/1990, caso de José María García. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 págs. 409-412

⁸⁹ STC 52/1983, IBIDEM págs. 409-412.

⁹⁰ Conviene rescatar en este apartado la Ley 9/1968, de 5 abril, sobre secretos oficiales, por medio de la cual se permite declarar una materia clasificada como secreta o reservada teniendo únicamente conocimiento de ella los órganos y personas facultadas. Recientemente, el 29 de noviembre de 2016, el

decisiones que establecen si la clasificación o desclasificación es conforme al Derecho o vulnera algún derecho fundamental. Para ello, nos remitimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹¹ que en numerosas ocasiones a través de sus decisiones jurídicas han puesto de manifiesto que la importancia de preservar la seguridad del Estado no puede convertirse en una coartada para ocultar actividades ilícitas.

Libertad de reunión y manifestación

Continuando con el análisis de las libertades públicas que afectan al binomio libertad seguridad, procedemos a estudiar la libertad de reunión y manifestación recogida en el artículo 21 de la Constitución. En este artículo se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas sin contar con el requisito de una autorización previa necesario solo para los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones⁹². No solo el Tribunal Constitucional ha destacado la importancia de este derecho como cauce elemental del principio democrático participativo, muchos autores como Bilbao Ubillos, Álvarez Vélez consideran el ejercicio de este derecho como uno de los instrumentos esenciales de todo Estado democrático.

En cuanto a la titularidad de este derecho recae sobre personas físicas como jurídicas pues a pesar de ser un derecho individual se ejerce en grupo⁹³. Este derecho cuenta con una serie de requisitos para su ejercicio. Estos son: previa concertación, por un tiempo determinado, con un fin específico, contando con una organización mínima, de carácter público y superen la asistencia de veinte personas.

Pleno del Congreso dio luz verde a una Proposición de Ley cuyo objetivo es reformar esta norma preconstitucional. BILBAO UBILLOS. J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 456). España: Francis Lefebvre.

⁹¹ STS 4 de abril 1997 sobre la desclasificación de los papeles del CESID, los documentos reclamados por los tres jueces de la Audiencia Nacional que instrúan los casos Oñederra, Lasa y Zabala y Lucía Urigoitia. IBIDEM

⁹² Sobre esta materia el Tribunal Constitucional ha ofrecido una definición del derecho de reunión que dice así “*manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones*” IBIDEM pág.461.

⁹³ Sin embargo, existen ciudadanos que tienen limitado el ejercicio de este derecho, es el caso de los Jueces, Magistrados y Fiscales. También aquellas personas que sean miembros del cuerpo nacional de policía o de las fuerzas armadas no podrán ejercer este derecho haciendo uso de la condición de militar o de policía. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 439-441.

Como bien se ha mencionado anteriormente, la Constitución prevé la necesidad de contar con una autorización previa para reuniones que tengan lugar en un espacio público o manifestaciones, añadiendo que la autoridad gubernativa tendrá como finalidad proteger el buen transcurso de las mismas.

Aquellas concentraciones y reuniones que tengan que cumplir con el requisito de comunicación previa a la autoridad gubernativa, tendrán que hacerlo diez días naturales como máximo y treinta días como mínimo antes de su celebración. No obstante, el ordenamiento jurídico prevé que en caso de existir causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de convocatoria y celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones se podrá hacerse con una comunicación antes de las veinticuatro horas de la concentración ⁹⁴.

Cabe la posibilidad de una prohibición del ejercicio de tal derecho por parte de la autoridad gubernativa cuando se estimen que existen razones fundadas que podrían alterar el orden público, o que supusiera un peligro para personas o bienes, cuando sean ilícitas de conformidad con las Leyes penales o cuando se hiciese uso de uniformes paramilitares por los asistentes. También podrán ser prohibidas aquellas que originen un colapso circulatorio durante un periodo de tiempo prolongado.

Libertad de asociación

Finalmente, daremos paso al estudio del derecho de asociación como última libertad objeto de análisis en este trabajo. El derecho de asociación se encuentra recogido en el artículo 22 de la Constitución, es un derecho fundamental que implica la libre disponibilidad de los ciudadanos para constituir formalmente con otros ciudadanos agrupaciones permanentes encaminadas a la consecución de fines específicos de carácter lucrativo. Aparte de la regulación constitucional, el derecho de asociación viene desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo⁹⁵. La legislación constitucional

⁹⁴ Conviene subrayar que el deber de comunicación no se traduce en una solicitud de autorización, es tan solo una comunicación cuyo objetivo principal es que la autoridad administrativa este preparada para adoptar las medidas pertinentes. IBIDEM

⁹⁵ Esta ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por el TC. El recurso se planteo respecto del reparto competencial entre el Estado y las CCAA. Así el TC se limitó a declarar inconstitucional la

excluye expresamente en su artículo 22.5 las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar, al igual que señala que aquellas que incurran con los supuestos de asociación ilícita recogidos en el artículo 515 del Código Penal tampoco podrán ejercer este derecho⁹⁶. Se debe agregar, que para su disolución o suspensión será necesario una resolución judicial motivada en virtud del artículo 22.4 de la Constitución y artículo 38 LODA. No obstante, con la aprobación de la Ley orgánica 6/2002 de Partidos Políticos se introducen otra vía al margen de la judicial para la disolución o suspensión de los partidos políticos. Esta Ley ha suscitado una gran polémica y será posteriormente analizada en el capítulo III del trabajo.

Tras el análisis en el apartado primero del capítulo II de la regulación constitucional y desarrollo de la legislación y jurisprudencia de los derechos que guardan una conexión con el binomio seguridad/ libertad, procederemos al estudio de la suspensión derechos fundamentales prevista en el artículo 55 de la Constitución.

2.2 Limitaciones de los derechos fundamentales por la legislación antiterrorista

Todo Estado de Derecho recoge el derecho de excepción normalizando la suspensión de libertades y derechos fundamentales para casos de situaciones límite como medida protectora de tales derechos y libertades. Por ello, es muy común reconocer en las Constituciones de Estados democráticos de Derecho mecanismos oportunos de defensa de la política de la Constitución, así lo previó el constituyente de 1978, al estipular en el artículo 116 de la Carta Magna la posibilidad de regular los estados de alarma, de excepción y de sitio a través de una ley orgánica⁹⁷. Por consiguiente, el artículo 55 de la CE, establece los efectos que puede acarrear la declaración de un estado de excepción o de sitio en el ámbito de limitación o restricción del ejercicio de libertades y derechos fundamentales. En definitiva, nuestra Constitución recoge dos modalidades de

previsión recogida en la disposición final primera de la Ley de que determinados artículos de la misma eran de directa aplicación en todo el Estado. IBIDEM

⁹⁶ En este sentido, es interesante destacar una de las decisiones que tuvieron especial repercusión mediática, STS- Sala 2ª- de 28 de diciembre de 2011, mediante la cual se acordó la disolución de la asociación neonazi *Hammerskin* España, condenando por asociación ilícita a 15 miembros de la organización por su discriminación a otras personas por razón de raza, orientación sexual o nacionalidad. BILBAO UBILLOS. J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 456). España: Francis Lefebvre.

⁹⁷ ALZAGA VILLAAMIL, O., “Artículo 17” Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978 Maricial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016 pág. 279

suspensión de derechos fundamentales, la general y la individual, ambas serán estudiadas en este apartado.

2.2.1 Suspensión General

En primer lugar, nos remitimos al artículo 55 de la CE para desarrollar la suspensión generalizada de los derechos fundamentales en los supuestos excepcionales de alarma, excepción y sitio. La declaración de estos estados surge como consecuencia de circunstancias extraordinarias que hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. No solo es imprescindible su excepcionalidad, sino también su publicación en el BOE y difusión en los medios de comunicación⁹⁸.

Las medidas que se suelen adoptar en estas situaciones conllevan un incremento de las facultades del poder ejecutivo, de carácter temporal con poderes excepcionales de policía y la limitación o suspensión del ejercicio de determinados derechos. El aumento de facultades por parte del poder ejecutivo pone en juego el equilibrio entre el binomio seguridad y libertad es por ello se reconocen una serie de medidas que tratan de evitar un control abusivo de esas potestades extraordinarias. En la práctica, lo vemos en el estado de excepción, haciendo hincapié en su transitoriedad con unos plazos de vigencia determinados pretendiendo su pronto retorno a la normalidad constitucional. Igualmente se establece en la Constitución unas causas exhaustivas para la declaración de estos estados y como mecanismo de control no se interrumpe el normal funcionamiento de los poderes del estado en concreto el Parlamento ⁹⁹.

Las tres situaciones excepcionales previstas en la Constitución se encuentran desarrolladas por la Ley orgánica 4/1981, de 1 junio, la aplicación de cada una de ellas dependerá de la naturaleza de la crisis ante la que se enfrenta el Estado.

⁹⁸ ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 529

⁹⁹BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 452). España: Francis Lefebvre

En primer lugar, el **estado de alarma** regulado en el artículo 116.2 de la CE pretende proteger a la sociedad de catástrofes, calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias, paralización de los servicios públicos o desabastecimiento de los productos de primera necesidad¹⁰⁰. La aplicación del estado de alarma no implica la suspensión total de derechos si ciertas limitaciones como de circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, requisas temporales de todo tipo de bienes o imponer prestaciones personales obligatorias, racionalizar el uso de servicios o consumo de productos de primera necesidad y por último impartir las órdenes convenientes para preservar el abastecimiento de los mercados. Otras de las medidas que conlleva la aplicación es el sometimiento de todo el personal de las distintas Administraciones Públicas a las órdenes directas del Gobierno.

En segundo lugar, el **estado de excepción** recogido en el artículo 116.3 CE se aplicará cuando aspectos del orden público resulten gravemente alterados, como el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas o los servicios públicos esenciales¹⁰¹. A diferencia con el estado de alarma, con la declaración del estado de excepción se pueden producir la suspensión de derechos y libertades; detención de cualquier persona por parte de la autoridad gubernativa cuando existan sospechas fundadas de alteración del orden público, inspección y registros domiciliarios por la autoridad gubernativa para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos, intervención de toda clase de comunicaciones por la autoridad gubernativa, suspensión de todo tipo de publicaciones sin llegar a cometer censura previa, sometimiento o prohibición de celebraciones de reuniones o manifestaciones e incluso disolver las existentes como la prohibición de huelgas y adopción de medidas de conflicto colectivo.

Por último, el **estado de sitio**, desarrollado en el apartado 4 del artículo 116 de la CE, reza así “*se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra*

¹⁰⁰ La declaración del estado de alarma se hará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros, en el que se señalará el ámbito territorial, la duración y los efectos de la declaración. Es el Gobierno el que procede a su declaración, aunque la iniciativa puede provenir del presidente de la Comunidad Autónoma. ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 529

¹⁰¹ Será declarado por Decreto por el Gobierno acordado en Consejo de Ministros y con previa autorización del Congreso de los Diputados La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial que se extiende y su duración no podrá exceder de treinta días. IBIDEM

la soberanía o independencia de España, su integridad territorial, o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios” ¹⁰². Las medidas adoptadas son todas las previstas para el estado de excepción añadiéndose la suspensión de las garantías jurídicas que el artículo 17.3 CE reconoce a toda persona detenida.

2.2.2 Suspensión Individualizada

El constituyente de 1978 previó la suspensión de algunas garantías fundamentales de los derechos individuales en el ámbito de las investigaciones relativas al terrorismo sin necesidad de proceder a la declaración de los estados de excepción o de sitio. Marcado por el objetivo de toda legislación antiterrorista, de tratar de causar el menor coste posible al ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el normal funcionamiento del estado democrático, el artículo 55.2 de la CE determina que únicamente una ley orgánica podrá establecer la forma y los casos en los que de manera individual y con la intervención judicial y el adecuado control parlamentario específicos artículos podrán ser suspendidos para personas relacionadas con las investigaciones relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas.

El precepto constitucional examinado viene desarrollado por la Ley orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, conocida como la ley antiterrorista, estipula los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la CE. Cuatro años más tarde, fue sustituida por la Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo de dicho precepto. Sin embargo, no contó con muchos años de vigencia tras ser derogada por la Ley orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento criminal¹⁰³.

Tras los acontecimientos del 11S y los atentados de Atocha el contexto demandaba una mayor regulación para acabar con el fenómeno despiadado que significaba el terrorismo. Para ello, se aprobaron la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, como también la inclusión de

¹⁰² El gobierno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.2 CE y el artículo 164 RCD, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio, conteniendo el ámbito temporal, la duración y las medidas a adoptar durante esa situación. IBIDEM pág. 535

¹⁰³ TENORIO SÁNCHEZ, P., “Constitución y legislación antiterrorista”, *UNED. Revista de Derecho Político* N° 71-72, enero -agosto 2008, págs. 553-605

normas en la Ley Orgánica 5/2003 de 27 de mayo, de modificación de la Ley orgánica del poder judicial, de la Ley orgánica general penitenciaria y de la Ley de demarcación y planta y en la Ley orgánica 7/2003, de 30 de junio, de las medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas ¹⁰⁴.

A tenor de lo establecido en el artículo 55.2 de CE, los derechos y garantías que pueden ser individualmente suspendidos para favorecer la investigación policial en materia de antiterrorista son; la garantía de la duración máxima de setenta y dos horas de la detención preventiva, recogida en el artículo 17.2 CE¹⁰⁵, la inviolabilidad del domicilio, la garantía de resolución judicial para las entradas o registros, estipulada en el artículo 18.2 CE y el secreto de las comunicaciones, en el artículo 18.3 ¹⁰⁶.

Respecto de la suspensión individualizada de derechos, la legislación de desarrollo incorpora otras limitaciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales como son la clausura de los medios de difusión, afectando así a la libertad de prensa, artículo 20 CE, la suspensión de un cargo público y privación del sufragio pasivo, artículo 23.2 CE y la declaración de ilegalidad y disolución de partidos políticos y asociaciones, artículo 22 CE ¹⁰⁷.

Conviene destacar como este precepto singular no ha sido muy positivamente valorado por la doctrina ni por el poder legislativo, autores como Sánchez Agesta¹⁰⁸ proponen que el artículo 55.2 debería haberse desarrollado en una ley de urgencia, otros como Fernández Segado¹⁰⁹ mantienen su postura señalando que se trata de un precepto coyuntural.

¹⁰⁴MIRANDA, L.M., Sinopsis artículo 55, Constitución española.

¹⁰⁵ La ampliación del plazo de detención preventiva como medida restrictiva de limitación de derechos y libertades fundamentales fruto de la legislación antiterrorista viene desarrollada en el trabajo en el apartado “*Derecho a la libertad y a la seguridad personal. Artículo 17*” págs. 18- 23

¹⁰⁶ Véase el apartado de “*Derechos que garantizan la protección de la vida privada. Artículo 18*” págs. 27-29, del presente trabajo para conocer con profundidad las limitaciones establecidas para los supuestos recogidos en el artículo 18.2 y 18.3 en materia antiterrorista.

¹⁰⁷ MIRANDA, L.M., Sinopsis artículo 55, Constitución española.

¹⁰⁸ SANCHEZ AGESTA, L., *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980, págs. 179-180.

¹⁰⁹ TENORIO SÁNCHEZ, P., “Constitución y legislación antiterrorista”, *UNED. Revista de Derecho Político* N° 71-72, enero -agosto 2008, pág. 561

CAPITULO III: Ley de Partidos Políticos de 2002

La Ley de Partidos de 2002, conocida como la LOPP, fue aprobada por el Gobierno del Partido Popular contando con el apoyo del Partido Socialista cuyo fin último era colaborar contra la lucha antiterrorista¹¹⁰. Vino a modificar la Ley 1978, de legislación antiterrorista, en ella se introdujeron nuevas causas que determinan la ilegalidad de los partidos políticos. Estableciéndose que todo partido que vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y el funcionamiento democrático será objeto de disolución, al igual que todo partido que de forma reiterada y grave vulnere el régimen de libertades o lleve a cabo conductas¹¹¹ que pongan en peligro el sistema democrático serán declarados ilegales y en consecuencia disueltos.

Igualmente, la Ley de Partidos recoge en su articulado una serie de precauciones con el objetivo de evitar que los partidos políticos objeto de estudio no traten de burlar la ley, para ello, se establece que, en el caso de ser la sentencia estimatoria, el partido disuelto no podrá reconstituirse bajo otro nombre o con otra apariencia, y en el caso de ser desestimatoria, no se podrá reclamar la disolución del mismo partido a no ser que concurran nuevos hechos.

Acudiendo a la exposición de motivos de la LOPP, queda de manifiesto el principal objetivo de esta ley; diferenciar aquellas organizaciones políticas que defienden y promueven ideas y programas dentro de la legalidad institucional, de aquellos grupos

¹¹⁰ IBIDEM pág. 563

¹¹¹ Estas conductas se encuentran desarrolladas en el artículo 9.2 de LOPP y se agrupan en tres apartados: a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo o u orientación sexual; b) fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos...; y c) complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma. Incluso en su artículo siguiente 9.3 de la LOPP, se recoge a título ejemplificativo que será posible la disolución de un partido por el comportamiento reiterado y grave, de sus miembros, por medio de discursos o comunicados en el seno de las instituciones frente a la opinión pública, cuando los mismo no hayan repudiado públicamente los fines y los medios terroristas y hayan proporcionado apoyo expreso o tácito al terrorismo.

cuya acción política se basa en la convivencia en el terror, discriminación, exclusión y violación de derechos y libertades¹¹².

En cuanto al órgano competente para declarar la ilegalidad de partidos políticos el propio Tribunal Constitucional ha declarado en alguna ocasión su falta de jurisdicción para decretar la suspensión o disolución de un partido político tras verificar su ilicitud ¹¹³. Pues la propia Constitución en su artículo 22, en el apartado del reconocimiento del derecho de asociación, estipula que, en materia de asociaciones, esto incluye los partidos políticos, existe reserva de jurisdicción, y, en consecuencia, todo conflicto relacionado con esta materia será resuelto por el Poder Judicial. En este sentido, antes de la aprobación de la LOPP, la única vía para decretar la disolución de un partido político fuera la prevista en el artículo 520 del Código Penal, siendo esta una vía extremadamente complicada y poco habitual para la disolución de asociaciones. En efecto, el legislador cree necesario introducir otra vía para la disolución de partidos políticos desvinculado de cualquier causa penal para hacer frente a quienes apoyan políticamente el terrorismo, regulado en los artículos 10 a 12 de LOPP ¹¹⁴.

En virtud del artículo 61 de la LOPJ, el órgano jurisdiccional competente para conocer de los posibles conflictos respecto de esta materia es la Sala especial Tribunal Supremo. No obstante, cabe recurso de amparo frente la decisión del Tribunal Supremo ante el Tribunal Constitucional ¹¹⁵. Por otro lado, la legitimación activa recae sobre el Ministerio Fiscal o el Gobierno, este último puede instar la disolución de partidos políticos promovido por el Congreso de los Diputados y el Senado¹¹⁶.

Gran parte de la doctrina esta dividida en cuanto a la aceptación de la Ley de Partidos; algunos autores como el profesor Pérez Royo la considera “*agresión a la*

¹¹² BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pp. 463-465). España: Francis Lefebvre.

¹¹³ STC 3/1981

¹¹⁴ Díez-PICAZO, L., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2002 Estudio Editorial Aranzadi, S.A. U., Cizur Menor. 2002

¹¹⁵ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹¹⁶ Díez-PICAZO, L., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2002 Estudio Editorial Aranzadi, S.A. U., Cizur Menor. 2002

democracia”¹¹⁷, como Marc Carrillo la tacha de “desafortunada y traumática”¹¹⁸ otros como el profesor Aguiar la ven como una ley con defectos insalvables o profesores como Torres del Moral, Tajadura y Vírjala reconocen que la ley tiene defectos pero quedan sanados por la sentencia interpretativa 48/2003, de 12 de marzo del Tribunal Constitucional, que será explicada posteriormente^{119 120}.

3.1 Jurisprudencia

El motivo de la polémica acerca de la nueva ley de partidos políticos surge en relación con el asunto de disolver el partido político Batasuna, tras ser probado en juicio que tal partido justificaba el terrorismo y era el instrumento político de la organización terrorista ETA. Aquellos que denuncian la inconstitucionalidad de la Ley, defienden que la disolución de un partido político al margen del procedimiento penal va en contra de la Constitución puesto que la Carta Magna no recoge la posibilidad de adoptar medidas relacionadas con la democracia militante¹²¹ y, asimismo, queda recogida en el texto constitucional que la única vía para instar a la disolución de un partido político es el procedimiento penal. En este sentido, conviene aclarar que la democracia militante no sea constitucionalmente obligatoria o no se encuentre regulada en la constitución no significa que la adopción de medidas en favor de esta esté constitucionalmente prohibida.

Los defensores de esta teoría parten del texto constitucional para probar que no existe ninguna cláusula de intangibilidad respecto de los partidos políticos, por lo que siempre que se cumplan con el procedimiento establecido en la ley y se alcancen las mayorías exigidas, cabría reputarse tales partidos dentro de la legalidad. No obstante, otro

¹¹⁷ TENORIO SÁNCHEZ, P, “Constitución y legislación antiterrorista”, UNED. *Revista de Derecho Político* N° 71-72, enero -agosto 2008, pág. 571

¹¹⁸ CARRILLO, M., “Desafortunada y traumática”, *El País*, 21 de abril 2002.

¹¹⁹ TORRES DEL MORAL, A., “La inconstitucionalidad de los Partidos Políticos. A propósito de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos”, *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* n° 60, Madrid 2004, págs.39 y ss.

¹²⁰ TAJADURA TEJADA, J., “El caso Bildu: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre-diciembre 2011 págs. 327-375.

¹²¹ Las medidas adoptadas en el marco de la defensa de la democracia militante se caracterizan por ser aquellas tendentes a excluir del juego de participación democrática a los enemigos de la democracia misma. Desde la perspectiva de la democracia militante, es lícito privar de libertad política a los liberticidas. DÍEZ-PICAZO, L., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2002 Estudio Editorial Aranzadi, S.A. U., Cizur Menor. 2002

sector de la doctrina ha especificado que la ausencia de una cláusula expresa de intangibilidad de la Constitución no significa que se pueda admitir todos los fines políticos dentro de ese paraguas pues la democracia no puede servir a causas que buscan su propia destrucción.

En este terreno, resulta imprescindible exponer las principales sentencias que se han calificado como prolongación de la política antiterrorista gubernamental dictadas en aplicación de la Ley de Partidos de 2002.

En primer lugar, en efecto de la publicación de la LOPP, el gobierno Vasco presentó un recurso de inconstitucionalidad contra varios artículos de la LOPP, el recurso fue desestimado, STC 48/2003, por decisión unánime del Tribunal Constitucional, pues reconoció la constitucionalidad de los preceptos recurridos diciendo así “ *no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución*”¹²². A través de esta sentencia, el Tribunal Constitucional presenta una serie de criterios para tener en cuenta a la hora de establecer el vínculo necesario entre el partido disuelto y la agrupación de electorales ¹²³.

Días más tardes, el Tribunal Supremo dictó sentencia del 27 de marzo de 2003 estimando los recursos presentados por el Gobierno y el Ministerio Fiscal que demandaban la ilegalización de los grupos políticos Herni Batasuna (HB), Euskal Herritarrok (EH) y Batasuna, por ser considerados brazos políticos de la organización terrorista ETA. La sentencia concluía que las formaciones de estos grupos políticos tenían como objetivos el reparto de tareas entre el terrorismo y la política, continuando con la justificación del terrorismo como una de las funciones encomendadas a Batasuna

¹²² BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pág. 464). España: Francis Lefebvre.

¹²³ Lo decisivo para el Tribunal Constitucional recogido en su sentencia 85/2003, “Los criterios acreditativos utilizados abonen la convicción fundada de que las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como componentes constitutivos de un partido de facto y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los particulares que ellas se agrupan. En este sentido conviene subrayar que todas las resoluciones de los tribunales españoles anulando las candidaturas de las agrupaciones de electores por su conexión con ETA han logrado el apoyo del TEDH. CATALÁ I BAS, A., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin del ciclo de la ley orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pág. 556.

y a HB. En este sentido, el Tribunal Supremo defendió su línea argumentativa basándose en elementos de prueba que ponían de manifiesto la conexión entre la banda terrorista ETA y estos grupos. La existencia de vínculos jerárquicos, miembros que cumplieran condena por delitos de terrorismo, participación de apoyo a terroristas, declaraciones de sus máximos responsables en favor de la lucha terrorista fueron algunas de las pruebas presentadas ante el Tribunal Supremo que hizo que este resolviera que estos grupos políticos servían de herramientas políticas de la estrategia terrorista ETA. Con el objetivo de salvaguardar el orden constitucional, democrático y el Estado de Derecho la sala estimó que las conductas anteriormente expuestas concurrían con los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la LOPP¹²⁴.

La decisión adoptada por el Tribunal Supremo de ilegalizar los anteriores partidos fue abrazada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 5 y 6/ 2004, de 16 de enero, rechazando los recursos interpuestos por los dos partidos recurrentes.

Resulta interesante exponer la actitud adoptada por Europa en este ámbito, pues su postura fue positiva reconociendo la ilegalización de Batasuna en España como una actuación del Estado español conforme a los “principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho”¹²⁵. El espaldarazo europeo a la Ley de Partidos fue un factor a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la polémica Ley.

No obstante, el Gobierno Vasco quiso recurrir ante el TEDH la Ley de Partidos alegando que dicha ley vulneraba los derechos reconocidos por el CEDH. El recurso fue inadmitido ¹²⁶por el TEDH, alegando que el Gobierno Vasco no tiene legitimidad activa para demandar al Estado español por tratarse de una Organización Gubernamental conforme a los 34 y 35.4 CEDH.

¹²⁴ IBIDEM.

¹²⁵ Esta afirmación queda recogida en el informe del 4 de septiembre de 2003, presentado ante el Pleno del Parlamento Europeo sobre la situación de los derechos fundamentales en la UE. TORRES DEL MORAL, A., “La inconstitucionalidad de los partidos políticos a propósito de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos” Revista de Derecho Político, núm. 60, 2004, págs. 41-71.

¹²⁶ Auto del TEDH de 6 de febrero 2004. IBIDEM

Conviene destacar la labor del TEDH que través de su jurisprudencia ha establecido en que circunstancias se permite legítimamente declarar la ilegalidad de un partido político, procediendo así a su suspensión o disolución.¹²⁷

Con la rotunda sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2009, en el asunto *Herni Batasuna y Batasuna contra España*, se pone fin al ciclo iniciado con la aprobación de la Ley de Partidos de 2002. Por decisión unánime, el TEDH sigue la tesis defendida por el Gobierno y los Tribunales españoles concluyendo que el modelo de sociedad propugnado por dichos partidos políticos va en contra de toda sociedad democrática, entendiendo así que su modelo político como instrumento incompatible con la democracia. La izquierda abertzale y las fuerzas nacionalistas que tanto esfuerzo puso en criticar la LOPP no les quedo otra opción que aceptar su derrota ante los tribunales europeos, no existiendo posibilidad de el ejercicio político de tales grupos.

Sin embargo, ETA no ha dejado de intentar instalarse en las instituciones democráticas utilizando diferentes estrategias, como la creación de partidos políticos aletargados¹²⁸, como es el caso del Partido Comunista de las Tierras Vascas, (PCTV) o el Partido Acción Nacionalista Vasca (ANV) los cuales fueron ilegalizados en la STS 22 de septiembre de 2008 tras comprobar que estos tenían una estrecha colaboración de distinta naturaleza política y económica con Batasuna y su legalización suponía una sucesión fraudulenta¹²⁹. Meses más tarde, el Tribunal Constitucional con su sentencia 31/2009, de 29 de enero, declara: “la relación política existente entre el partido demandante de amparo, de una parte, y Batasuna y el grupo terrorista ETA, de otra”¹³⁰.

¹²⁷ En este terreno, cabe mencionar la Sentencia Partido de la Prosperidad c. Turquía de 31 de julio de 2001, (TEDH 2001, 496) pues supuso un giro de perspectiva dentro de la argumentación del TEDH al no aplicar el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que admitía solo el control de medios aceptando en este caso un control de fines por ser un supuesto de partido totalitario que pone en peligro los fundamentos de la democracia constitucional. DÍEZ-PICAZO, L., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2002 Estudio Editorial Aranzadi, S.A. U., Cizur Menor. 2002

¹²⁸ Català I Bas, describe como partidos políticos aletargados aquellos que no han desarrollado una actividad relevante por un periodo largo de tiempo y sorprendentemente retoman su actividad de forma frenética cercanos a comicios electorales. Es interesante en esta materia porque como consecuencia de su inactividad tales partidos no pueden ser declarados ilegales conforme al artículo 9 de la LOPP. Se propugnan como instrumentos idóneos para burlar la Ley. CATALÀ I BAS, A., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin del ciclo de la ley orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma”, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, pág. 556.

¹²⁹ BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018* (1st ed., pág. 464). España: Francis Lefebvre.

¹³⁰ STC 31/2009, de 29 de enero, IBIDEM pág.464

La aparición de Bildu es otra de las posibles técnicas fraudulentas objeto de análisis por parte de los Tribunales españoles. Bildu nace de la unión de dos partidos políticos Eusko Alkartasuna (EA) y Alternatiba Eraikitzen, formaciones políticas que en el pasado habían condenado la violencia terrorista. Para las elecciones locales y autonómicas de 2011, misteriosamente ocupan gran parte de los puestos de salida listas que formaban parte de la Izquierda Abertzale, lo que levanta sospechas entre la oposición y gobierno de otra técnica fraudulenta más. En ese sentido, el TS en la sentencia del 1 de mayo de 2011, estimó los recursos, alegando una serie de pruebas que demostraban que tal formación política era un instrumento para continuar con el vínculo ETA-BATASUNA desde la perspectiva económica, política, institucional y funcional a costa de la legalidad vigente ¹³¹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/2011¹³², de 5 mayo estima el recurso de amparo a los demandantes, dejando sin efecto la sentencia de ilegalización de Batasuna dictada por la Sala Especial en 2003, al igual que la STS del 1 de mayo de 2011. El alto tribunal con esta sentencia tan polémica considera que la ilegalización de Bildu decretado por el Tribunal Supremo es consecuencia de una simple sospecha de connivencia con ETA, pues no estima que existan pruebas claras que justifiquen la exclusión del ejercicio del derecho a la participación política. En este contexto, el Tribunal Constitucional realizó un examen aislado de las pruebas sin tener en cuenta las pruebas practicadas por el Tribunal Supremo¹³³.

¹³¹ “La indudable trayectoria histórica de los partidos coaligados en contra de la violencia terrorista, y sus declaraciones pasadas y actuales en el mismo sentido, no empecen el hecho de que al fin y al cabo, a tenor de la prueba practicada en este proceso, han consentido la ocupación de Batasuna de la mayor parte de sus puestos de las candidaturas electorales concernidas” CATALÁ I BAS, A., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin del ciclo de la ley orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma”, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, págs. 569.

¹³² STC 62/2011, de 5 mayo, fallando así el Alto Tribunal “*es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probada la realidad del fraude de una Sentencia de disolución de partidos políticos para disipar el riesgo de que termine por perjudicarse, precisamente, la pluralidad ideológica que la Constitución misma promueve y ampara con un valor fundamental del Ordenamiento*” IBIDEM pág. 561

¹³³ STC 62/2011, concluye “*Si dos organizaciones políticas contrarias al terrorismo abren sus candidaturas a independientes carece de sentido presumir que lo han hecho con abandono de aquella posición o por haber sido víctimas del engaño (...) los partidos coaligados avalan y por el momento confirman la no sumisión de los independientes que figuran en sus listas a la organización criminal y su posición crítica frente a la violencia que practica*” IBIDEM pág. 569

La decisión del Tribunal Constitucional ha causado gran controversia criticada entre la doctrina entre ellos, Tajadura Tejada quién denuncia la postura del Alto Tribunal, por haberse extralimitado de sus funciones invadiendo el ámbito competencial del TS. Puesto que el TC tiene que limitar su actividad a resolver el recurso de amparo entendiendo que es correcta la a valoración de la prueba efectuada por la Sala Especial comprobando si se ha vulnerado alguno de los derechos reconocidos en la Constitución. Lo sorprendente en este aspecto, es la postura adoptada por el TC haciendo una valoración aislada y descontextualizada de las pruebas, llegando a sustituir la valoración de la prueba del TS por la suya propia¹³⁴.

El 20 de noviembre de 2011, ETA anunció el cese definitivo de la violencia terrorista. Con ello, surge la pregunta de la vigencia de la LOPP, pues desaparecido el fenómeno terrorista algunos autores entienden que la LOPP pierde su razón de ser. Tras un balance conjunto de la eficacia de esta Ley podemos concluir que esta no ha mermado el pluralismo político pues hoy la amplitud de proyectos que se defienden democráticamente cuenta, con una gran variedad respecto a la de años anteriores ¹³⁵.

CAPÍTULO IV. Libertad de expresión y terrorismo

Como se ha ido exponiendo a lo largo del trabajo, las libertades de expresión y de información son una pieza angular en el desarrollo de las democracias occidentales, sin embargo, pueden quedar limitadas en consecuencia del reconocimiento de otros derechos o bienes constitucionales.

Este apartado tiene por objeto analizar una de las cuestiones que ha generado mayor polémica entre la doctrina:¹³⁶ la limitación de los discursos públicos que justifican el uso de la violencia terrorista para la consecución de fines políticos. Atendiendo a nuestro ordenamiento jurídico, tales restricciones se encuentran reguladas en el artículo

¹³⁴ TAJADURA TEJADA, J., “El caso Bildu: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre-diciembre 2011 págs. 327-375.

¹³⁵ CATALÁ I BAS, A., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin del ciclo de la ley orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma”, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, págs. 572

¹³⁶ MAGDALENO ALEGRÍA, A., “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-218.

578 del Código Penal, recogido en la LO7/2000 de 22 de diciembre¹³⁷, a través del cual se tipifica como delito la justificación pública o enaltecimiento del terrorismo y en la LO 6/2002 de Partidos Políticos, por la que se establece la regulación de la ilegalización de partidos políticos, explicado en el anterior apartado.

Por cuestiones formales y de extensión en esta sección desarrollaremos la concreta restricción recogida en artículo 578 del Código Penal. En primer lugar, es necesario exponer cuales son los criterios para la admisibilidad constitucional de limitar las libertades de expresión y de información. Partiendo de la perspectiva del Alto Tribunal, la cual otorga a la libertad de expresión e información una doble naturaleza, una dimensión individual desde el punto de vista de los derechos subjetivos, y una dimensión institucional, ligada a la formación de una opinión pública libre directamente relacionada con el pluralismo político¹³⁸. En consecuencia, este derecho por su función social tiene un valor preponderante, no prioritario, frente a otros derechos fundamentales ante un posible conflicto ¹³⁹.

Desde la perspectiva europea, el TEDH ha desarrollado una labor muy importante a la hora de establecer los límites de las libertades de expresión e información. En primer lugar, el TEDH defiende una concepción amplia sobre la libertad de expresión, por un lado, la libertad de expresión como pilar fundamental de la sociedad democrática, ejerciendo una función social, y a la misma vez, como una condición básica para el pleno desarrollo individual. Como resultado de esa dimensión institucional y social, el TEDH considera legítimo la posibilidad de una restricción de la libertad de expresión siempre y cuando se cumplan con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. En definitiva, afirmamos que los derechos fundamentales no son ilimitables, al contrario, podrán estar limitados a través del principio de reserva de ley, del principio de proporcionalidad y sin llegar a afectar al contenido esencial del derecho¹⁴⁰.

¹³⁷ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹³⁸ STC 127/1994, de 5 de mayo, El Alto Tribunal falló “en diversas ocasiones hemos reiterado que los derechos de libre expresión e información, (...) en su dimensión institucional, suponen una garantía de una opinión pública libre y del mantenimiento del pluralismo político”.

¹³⁹ MAGDALENO ALEGRÍA, A., “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-218.

¹⁴⁰ MAGDALENO ALEGRÍA, A., “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-218.

En este sentido, en defensa del estado democrático y de la paz social, la libertad de expresión puede verse limitada. Acudimos al artículo 578 del Código Penal¹⁴¹ para exponer la tipificación del enaltecimiento o justificación por cualquier medio de expresión público de los delitos terroristas o de quienes hayan participado en su ejecución, y el menosprecio o la humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares. Este precepto plantea dudas entre el sector de la doctrina acerca de su constitucionalidad. Partiendo de la dimensión institucional que se deriva de la libertad de expresión, el Alto Tribunal entiende que toda justificación o enaltecimiento de la violencia terrorista va en contra de la formación de la libre opinión pública, pues más bien atenta contra ella ¹⁴². Asimismo, atendiendo a la jurisprudencia del TEDH, observamos como estos comportamientos que fomentan la violencia terrorista no se encuentran amparados bajo el paraguas de la libertad de expresión. Por consiguiente, cualquier individuo que incite o justifique públicamente el empleo de la violencia terrorista con objetivos políticos o ideológicos conlleva la retirada de la especial protección reconocida a todo derecho fundamental en un estado democrático¹⁴³. No obstante, la retirada de la protección se tiene que hacer a través del cumplimiento de los criterios expuestos anteriormente señalados por la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional.

4.1 Caso Tasio Erkizia

Particular relevancia merece para un completo análisis del apartado de libertad de expresión y terrorismo, la STC 112/2016, en la que por primera vez el Alto Tribunal abordó la debatida constitucionalidad del delito de enaltecimiento de terrorismo, recogido en el artículo 578 del CP. Los antecedentes de hecho enjuiciados por el Tribunal

¹⁴¹ “El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años” Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹⁴² Ruiz Landáburu en ese sentido llega a afirmar que en numerosas ocasiones este enaltecimiento de la violencia terrorista coarta la libertad de expresión de los demás. RUIZ LANDÁBURU, MJ., “Provocación y apología: delitos de terrorismo”, *Colex*, Madrid, 2002, pág. 79.

¹⁴³ MAGDALENO ALEGRÍA, A., “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-218.

Constitucional consistían en la valoración de determinadas manifestaciones realizadas por Tasio Erkizia en un acto homenaje a José Miguel Bañarán Ordeñana, conocido como “Argala” miembro de la banda terrorista E.T.A. El condenado pronunció un discurso pidiendo “*una reflexión (para) escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*”¹⁴⁴. Tal actuación fue condenada por la Audiencia Nacional como un delito de enaltecimiento del terrorismo y refrendada por el Tribunal Supremo un año más tarde en su Sentencia 180/2012, de 14 de marzo.

En ambas sentencias se afirma la legitimidad constitucional del delito tipificado en el artículo 578 CP, con el objeto de castigar el ejercicio incorrecto de la libertad de expresión y así, evitar caer en la forma desvirtuada de ese derecho, el discurso del odio. Como hemos expuesto a lo largo de este apartado el TEDH y el TC español prohíben e imponen sanciones penales a todo acto que “vaya dirigido a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales”¹⁴⁵. Asimismo, el TC en su STC 112/2016 expone cuales son los factores para que tales mensajes de los que hablan las figuras contempladas en el artículo 578 puedan traducirse en formas específicas del discurso del odio, y, en consecuencia, no se encuentren amparados por el derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, el TC falla que será necesario que con su publicación se aprecie una situación de riesgo para personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades¹⁴⁶. Es decir, el TC se decanta por exigir la generación de un riesgo como consecuencia de la difusión de los mensajes de los que expone el artículo 578 CP, entendiéndose, tal figura como un delito de peligro.

Otro de los factores que llevaron al TC a ratificar la sentencia condenatoria del solicitante de amparo, fue la introducción de la cláusula de incitación a la violencia.¹⁴⁷ El

¹⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones Constitucionales”, *Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2018.

¹⁴⁵ GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudio Penales y Criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018 <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/5127>

¹⁴⁶ STC 112/2016, 28 de julio de 2016

¹⁴⁷ SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La libertad de expresión, apariencia y realidad”, *Boletín Límites a la libertad de Expresión, Juezas y Jueces para la democracia*, mayo 2018.

Alto Tribunal apreció que, como resultado del medio empleado por el condenado, un acto público previamente publicado y dado del contexto social, una España, en particular el País Vasco, donde la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social, tales actos únicamente contribuían a crear un caldo de cultivo o ambiente social favorable a la consecución de acciones terroristas.¹⁴⁸

Tras este análisis dedicado a la libertad de expresión y terrorismo reconocemos el papel fundamental de la jurisprudencia TEDH y del TC. Ambos tribunales a través de sus decisiones judiciales han fijado los criterios que legitiman la restricción del ejercicio de la libertad de expresión atendiendo a los principios de proporcionalidad, reserva de ley y contenido esencial del derecho. En el ámbito de la lucha antiterrorista, como se ha señalado anteriormente, el ejercicio de la libertad de expresión puede quedar limitado por la consecución de actos que enaltezcan y justifiquen el terrorismo. En este contexto, el TC se ha pronunciado en distintas ocasiones, como en el caso de Tasio Erkizia, un claro ejemplo que demuestra la constitucionalidad del precepto 578 CP y su aplicación.

REFLEXIONES FINALES

Hasta aquí se ha tratado de subrayar la importancia de la Constitución de 1978 como pieza clave para combatir el terrorismo. Atendiendo a las limitaciones del tiempo y del papel se ha querido señalar aquellas cuestiones más esenciales sobre el terrorismo y su apoyo constitucional.

Partiendo este análisis jurídico desde el régimen franquista nos damos cuenta cómo el terrorismo ha sido una amenaza desde antes de la instauración del Estado democrático cobrándose la vida de inocentes españoles, con la intención de propagar la inseguridad entre los ciudadanos y de dismantelar las estructuras del Estado. La existencia de la banda terrorista ETA ha marcado la historia de España convirtiéndose esos 50 años en los más sangrientos de la historia de nuestro país. En contraste, cabe reconocer el esfuerzo de la clase política, así como el de la ciudadanía que hizo frente al

¹⁴⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones Constitucionales”, *Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2018

terrorismo con la esperanza de estar contribuyendo a la construcción de un sistema democrático de Derecho y de Bienestar.

La promulgación de la Constitución de 1978 fue un logro sin precedentes pues con ella España demostraba al mundo cómo a través del consenso era capaz de llevar a cabo una transición política de forma pacífica. En la Carta Magna se recogen todos los derechos y libertades de los españoles, en concreto se regula la relación intrínseca seguridad y libertad, objeto de estudio de nuestro trabajo. La relevancia que tiene la seguridad en todo sistema democrático es fácilmente notoria pues “sin seguridad no nos sentimos libres, y sin libertad no hay democracia”¹⁴⁹. Como bien dice Fernández Rodríguez, “la seguridad es una cuestión clave para conseguir una adecuada calidad democrática. Solo en un contexto razonable de seguridad pueden ejercitarse realmente los derechos fundamentales”¹⁵⁰. Por consiguiente, recurriendo al contenido de nuestra Constitución y prestando especialmente atención al conglomerado de derechos y libertades desarrolladas en el segundo capítulo de este trabajo, destacamos cómo la Carta Magna marca las pautas para conseguir un equilibrio entre el binomio libertad y seguridad. En este sentido, se imponen unos mecanismos de restricciones a los derechos a nivel general e individual como respuesta ineludible en la búsqueda de objetivos legítimos como la seguridad nacional, seguridad colectiva o la batalla contra el terrorismo¹⁵¹.

Cabe señalar las diferencias generadas entre la doctrina tras la redacción del precepto que recoge la limitación de derechos, artículo 55.2 CE, pero conviene hacer un esfuerzo por entender las circunstancias en las que fue redactado el artículo, cuando el terrorismo suponía uno de los principales desafíos para la instauración de la democracia

¹⁴⁹ SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”*, 2019 pág. 9 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.L., “Los datos del tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n 108. pág. 97

¹⁵¹ SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”*, 2019 pág. 9 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

española. Su redacción demuestra la preocupación del constituyente por acabar con esta lacra. No obstante, no sólo el constituyente tiene una labor memorable en la lucha contra el terrorismo sino también la jurisprudencia ha hecho posible la victoria del Estado democrático frente al terrorismo.

El control jurisdiccional ha sido el método para poner en práctica la limitación de derechos y libertades velando por la seguridad de los ciudadanos con el objetivo de perturbar lo menos posible sus derechos. Para ello, se han venido aplicando los criterios establecidos por TEDH, el TC y el TS que exigen que se cumplan con los principios de proporcionalidad y necesidad, reserva de ley y la no afectación al contenido esencial del derecho para toda limitación de derechos y libertades en detrimento del reconocimiento de otros derechos o bienes constitucionales. En consecuencia, afirmamos que los derechos fundamentales y las libertades públicas son limitables, en concreto señalamos que no todo acto puede estar amparado por el paraguas de la libertad de expresión e información. Así lo comprobamos a través de la exposición del caso Tasio Erkizia, un ejemplo de restricción a la libertad de expresión al entender que tales declaraciones van en contra de la dimensión social de la libertad de expresión es más, enaltecen y justifican la violencia terrorista delito tipificado en nuestro CP.

Por otro lado, conviene entrar a evaluar la eficacia de una de las medidas legislativas antiterroristas desarrolladas en nuestro trabajo, la LOPP. A pesar de ser duramente criticada al inicio de su aplicación, con el paso de los años podemos afirmar que la LOPP fue de gran utilidad. En primer lugar, porque trataba de responder a uno de los principales retos de la democracia, el intento de la banda terrorista, ETA, de introducirse en las instituciones democráticas. En este sentido, destacamos la aplicación fructífera de la presente ley, a través de la cual los tribunales españoles y el TEDH, ilegalizaron los partidos; Herri Batasuna (HB) y Euskal Herritarrok (EH) en las sentencias del TS del 5 y 6 de marzo de 2004 y TEDH 30 de junio 2009; Partido Comunista Tierras Vascas y el Partido de Acción Nacionalista Vasco en las sentencias de TS 22 septiembre de 2008 y STC 3/2009, del 29 enero.

Sin embargo, la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 62/2011 del 5 de mayo, rompió con la línea argumentativa adoptada hasta entonces por los tribunales españoles al extralimitarse de sus funciones y llevar a cabo una valoración autónoma

marcada por la descontextualización de las pruebas que dejó sin efectos las anteriores sentencias que ilegalizaban los partidos políticos por conexiones probadas con ETA. Esto condujo a la participación de Bildu en el juego democrático.

A pesar del cambio de rumbo inexplicable adoptado por el TC en su sentencia 62/2011 del 5 de mayo, queda de manifiesto la grandeza de nuestra democracia y nuestro Estado de Derecho al permitir el derecho de participación política no excluya a los que antes apoyaban a los terroristas pudiendo rectificar y presentar su proyecto a través de los cauces democráticos. No obstante, no se debe olvidar el gran sacrificio que supone para las víctimas aceptar la presencia de antiguos terroristas en el juego democrático. Por ello, es imprescindible que el Estado exija de manera firme y sin excepción el respeto de las normas democráticas.

España con su moderada normativa antiterrorista, en comparación con otros países¹⁵², ha demostrado al mundo la madurez de nuestro sistema democrático. Así lo demostró en el periodo histórico de la transición con la redacción de la Constitución de 1978 y desarrollando medidas legislativas para acabar con esta lacra. No obstante, España ha sabido estar a la altura de las circunstancias, que tras los atentados del 11S en 2001 y el atentado de Atocha en 2003 ha adoptado medidas con el objetivo de combatir el terrorismo desde las instituciones, ejemplo de ello es la aprobación de la LOPP y la redacción del artículo 578 del CP. Sin embargo, los nuevos ataques terroristas de corte Yihadista plantean nuevos desafíos al constitucionalismo al enfrentarnos a un nuevo terrorismo en la era digital.

En los últimos años las respuestas a los atentados Yihadistas han venido acompañadas de decisiones legislativas de carácter preventivo que han llegado a afectar las libertades del ciudadano de a pie. Estas respuestas contrastan con las medidas antiterroristas adoptadas anteriormente que afectaban a aquellos ciudadanos vinculados con bandas terroristas. Sin embargo, este cambio de paradigma del derecho antiterrorista plantea muchas dudas puesto que tales planteamientos antiterroristas implican el control

¹⁵² SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”*, 2019 pág. 11 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

masivo de datos y comunicaciones electrónicas que puede conducir a la vulneración del derecho a la intimidad, del secreto de las comunicaciones o del derecho de autodeterminación informativa. En definitiva, el nuevo paradigma se presenta como todo un reto para la sociedad española, sus dirigentes y para el propio constitucionalismo que deben evitar que, en esa lucha por la seguridad, no retrocedamos en el marco general de libertad que tanto nos ha costado garantizarnos. En este sentido, cabría preguntarnos ¿Seremos capaces de mantener el equilibrio entre seguridad y libertad consagrado en la Constitución como hasta ahora? o, en consecuencia, ¿Habría que modificar la Constitución para preservar la seguridad de los ciudadanos en esta nueva era digital? Para conocer las respuestas a estas cuestiones tan interesantes nos tocará esperar a ver qué nos depara el futuro de nuestro país.

BIBLIOGRAFIA CONJUNTA

OBRAS DOCTRINALES

ALCÁCER GUIRAO, R., “Opiniones Constitucionales”, *Revista para el Análisis del Derecho*, enero 2018.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 6 edición, 2018 pág. 369

ALZAGA VILLAAMIL, O., “Artículo 17” *Comentario Sistemático a la Constitución Española de 1978* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2016 págs. 160-164

APARICIO PEREZ, M.A y BARCELÓ I SERRAMALERA, M., “Tema 30: Los derechos del ámbito individual”, *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2016 págs. 629-639

BILBAO UBILLOS, J., “Libertad versus seguridad”, M. Álvarez Vélez & C. Vidal Prado, *La Constitución Española: 1978-2018*, 1 edición, págs. 2600-2699

BURKE, E., *Reflections on the Revolution in France*, Citado por Tuman, Londres, 1790 págs. 2-3

CARRILLO, M., “Desafortunada y traumática”, *El País*, 21 de abril 2002.

CATALÁ I BAS, A., “Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos Bildu y Sortu y el fin del ciclo de la ley orgánica de partidos políticos. Propuestas de reforma”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pág. 556.

CEBRIÁN J.L., “El Gobierno de la etapa constituyente, en Constitución, Economía y Regiones”, Tomo I, Club Siglo XXI, Madrid, 1978, pág. 193.

CERRADA MORENO, M., *El terrorismo. Concepto jurídico* Barcelona: J. B. Bosch. 2018 (1st ed., pp. 98-106).

CONTRERAS, E., “ETA, su enemigo fue la democracia, no Franco”, *ABC*, 20 de junio de 2017, https://www.abc.es/espana/la-transicion-espanola/abci-enemigo-democracia-no-franco-201706200456_noticia.html

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Proposal for a Council Framework Decision on Combating Terrorism», Bruselas, 7 de diciembre de 2001: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133208>

DE LA CRUZ, J., “La Transición política y la España Constitucional” *Proyecto Clío* 36. 2010 ISSN: 1139-6237, págs. 1-14

DEL AGUILA TEJERINA, R., “La transición a la democracia en España: reforma, ruptura y consenso”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) núm. 25, enero-febrero 1982, págs. 103 y 104.

DÍEZ-PICAZO, L., “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Partidos Políticos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15/2002 Estudio Editorial Aranzadi, S.A. U., Cizur Menor. 2002

DUVA, J., “Los siete días que hicieron temblar la Transición”, *El País*, 29 enero de 2012. https://elpais.com/diario/2012/01/29/domingo/1327812756_850215.html

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.L., “Los datos del tráfico de comunicaciones: en la búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n 108. pág. 97

GALÁN MUÑOZ, A., “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes raperos, twitteros y titiriteros?”, *Estudio Penales y criminológicos*, Vol. XXXVIII, 2018 <https://revistas.usc.gall/index.php/epcl/article/view/5127>

GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, coordinado por José Luis Gómez Colomer y el propio José Luis González Cussac, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 98-99.

HOFFMAN, B., “A mano armada”, *Historia del terrorismo*, Editorial Espasa Calpe. Madrid, 1999, pág.63

HUMBOLDT, W., “El fin último del Estado”, *Los límites a la acción de Estado*, Madrid, Tecnos, págs. 50-51

LAMARCA PÉREZ, C., “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 2 1993 págs. 535-560

MAGDALENO ALEGRÍA, A., “Libertad de expresión, terrorismo y límites de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 181-218.

MARTINEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro derecho. España y el fenómeno terrorista en los siglos XIX y XX”, *Anales De Derecho*, 34(2), 2016, págs. 28-39

MARTINEZ VÁZQUEZ, F., “Cuarenta años de Constitución en la lucha contra el terrorismo”, *ICADE Revista cuatrimestral de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* SSN 1889-7045, [Nº 104, 2018 págs. 1-20](#)

MIRANDA, L.M., Sinopsis artículo 55, Constitución española

LAMARCA PÉREZ, C., “Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 46, Fasc/Mes 2 1993 págs. 535-560

ORTI PÉREZ, J., “Introducción: terrorismo Internacional: Enfoques y percepciones”. *Cátedra “Marqués de Santa Cruz de Marcenado”* Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional. Fundación Sagardoy. Junio 2005 págs. 9- 24.

PECES-BARBA, G., *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 59, 5 de mayo de 1978, pág. 2030

PEREZ PICHEL, M., “Jaque a la reforma política: la Semana Trágica de 1977 y la opinión pública”, *Aportes*, nº83, año XXVIII, pág. 10

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., <<https://dle.rae.es>>

REINARES, F., *Terrorismo global*, Editorial Taurus. Madrid, 2003, págs.16 y 17.

RODRIGUEZ JIMENEZ, J. L., “Los terrorismos en la crisis del franquismo y en la transición política a la democracia”, *Historia del presente*, 13, 2009/1 II época, págs. 133-152 ISSN: 1579-8135.

RUIZ LANDÁBURU, MJ., “Provocación y apología: delitos de terrorismo”, *Colex*, Madrid, 2002, pág. 79.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La libertad de expresión, apariencia y realidad”, *Boletín Límites a la libertad de Expresión, Juezas y Jueces para la democracia*, mayo 2018.

SCMID, P., “Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories”, *Data Bases and Literature*, Transaction Press. Nueva Brunswick, 1983. (Disponible en www.unodc.org) pág. 70

SANCHEZ AGESTA, L., *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editorial Nacional, Madrid, 1980, págs. 179-180.

SERRA CRISTÓBAL, R., “El desafío constitucional del terrorismo. En busca de la seguridad, pero preservando las premisas del Estado Democrático de Derecho”, *Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España: “Seguridad y libertad”*, 2019 pág. 1 (disponible en <https://www.acoes.es/congreso-xvii/wp-content/uploads/sites/3/2019/02/PONENCIA-ROSARIO-SERRA3130.pdf>)

TAJADURA TEJADA, J., “El caso Bildu: un supuesto de extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre-diciembre 2011 págs. 327-375.

TENORIO SÁNCHEZ, P., “Constitución y legislación antiterrorista”, *UNED. Revista de Derecho Político* N° 71-72, enero -agosto 2008, págs. 553-605

TIERNO GALVÁN, E., “Prólogo a La octava Ley Fundamental”, pág. 10.

TORRES DEL MORAL, A., “La inconstitucionalidad de los Partidos Políticos. A propósito de la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos”, *Revista de Derecho Político de la Universidad Nacional de Educación a Distancia* n° 60, Madrid 2004, págs.39 y ss.

LEGISLACIÓN

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1989. LEG 1889/27

Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948

Fuero de los Españoles BOE N° 199, 18 Julio 1945 (Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>)

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, publicado en BOE núm.77 de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, publicado en BOE núm. 257 de 27 de octubre de 2003

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, publicado BOE núm. 298, de 14/12/1999

Ley 9/1968, de 5 abril, sobre secretos oficiales, publicado BOE núm.84, de 6 de abril de 1968, páginas 5197 a 5199 (3 págs.)

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, publicado en el BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2002, páginas 11981 a 11991

Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, publicado en BOE, núm.154, de 28 de junio de 2002.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, publicado BOE núm. 134, de 05/06/1981

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, de protección de la seguridad ciudadana, publicado BOE núm.77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27216 a 27243

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicado BOE núm. 239, de 05/10/1979

Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, publicado en BOE núm. 307 de 23 de diciembre de 2000.

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de las medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas, publicado en BOE núm. 156 de 01 de julio de 2003.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos., Los Derechos Humanos, el Terrorismo y la Lucha contra el Terrorismo, N° 32. 2008, pp 6. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet32sp.pdf> última consulta 16/03/2020)

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicado en BOE núm. 260, de 17/09/1882

JURISPRUDENCIA

- **Resúmenes de las principales sentencias desarrolladas en el trabajo.**

STC 120/1990, de 27 de junio

Sentencia dictada por el Tribunal constitucional que deniega el recurso de amparo declarando el derecho de la administración penitenciaria de suministrar asistencia médica a reclusos en huelga de hambre una vez que la vida de estos corra peligro. Fallando así que tal actuación por parte de la administración penitenciaria no supone la vulneración de los derechos fundamentales, entendiendo que los reclusos se encuentran en una situación especial con la administración. Por ello, se debe cumplir expresamente con los límites que imponga la Constitución para preservar otros derechos constitucionalmente protegidos como el derecho fundamental a la vida, derecho fundamental a la integridad física y moral, libertad personal y a la seguridad.

STC 65/1986 de 22 mayo

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que deniega recurso de amparo al entender que no existe una notoria desproporción de la pena impuesta con la que la LO 8/1983, de 25 junio, prevé para los delitos de hurto, estafa. apropiación indebida. Destacando que no se vulnera ningún derecho fundamental respecto de la legalidad penal, al igual que tampoco se vulnera el derecho fundamental a la vida y a la integridad, en concreto destacando que no cabe la consideración respecto del caso de penas de privación

de libertad y de inhabilitación absoluta, que puedan ser calificadas de inhumanas o degradantes, y por último tampoco queda afectado el derecho fundamental de la igualdad ante la ley.

STC 98/1986 de 10 julio

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que deniega recurso de amparo, denegando solicitud de “habeas corpus” por no contemplarse ninguno supuesto de vulneración de los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva, integridad física y moral y a la moral y a la libertad y seguridad.

STC 178/1985 de 19 de diciembre

Se plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 1335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 3 de febrero de 1881, por la que el Tribunal Constitucional falla que el arresto de una persona que vulnera la ley debe ser compatible con el derecho a la presunción de inocencia, que tendrá que valorar el juez de manera motivada y en el caso de que se adopte la medida de restricción de la libertad tiene que estar justificado por la protección de bienes constitucionales. Cabe atender a los preceptos de la constitución artículo 17, párrafo primero y artículo 24, párrafo segundo. En suma, declara que toda restricción o privación de libertad debe contar con los requisitos de reserva de ley, proporcionalidad y no afectación al contenido esencial del derecho.

STC 74/1987 de 25 de mayo

El Gobierno Vasco plantea ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucional contra la Ley Orgánica 14/1983, siendo objeto de análisis el artículo 17 párrafo 3 de la CE y la modificación de los artículos 520 y 527 de la LEC. El TC falla que el artículo 520 párrafo 2 apartado e) de la LEC no es inconstitucional puesto que este debe ser interpretado desde la perspectiva de la no privación del derecho a ser asistido por intérprete a los ciudadanos españoles que no entiendan o hablen el castellano. En cuanto a la cuestión inconstitucional respecto del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva, el tribunal declara que debe hacerse una interpretación amplia del derecho incluyéndose toda clase de actuaciones que afecten a un posible juicio y condena.

STC 196/1987 de 11 de diciembre

Se plantea ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 527, apartado a) de la LEC. En ella el Tribunal falla que en relación con el derecho de asistencia letrada de oficio recogido en la LEC no conlleva la vulneración del artículo 17 párrafo 3 de la Constitución. Aclarando el Alto Tribunal que la limitación de incomunicación no esta afectada al reconocerse al detenido por presunto delito de terrorismo el derecho a la asistencia letrada, garantizada por el servicio prestado por el abogado de oficio.

STC 231/1988, de 2 de diciembre

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que estima el recurso de amparo a la recurrente por considerar que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del difunto de la recurrente por la grabación y comercialización de videos sin autorización que recogía escenas de la vida privada, condenando a indemnizar a la empresa actora una determinada cantidad. En esta sentencia el Tribunal delimita el concepto de derecho a la intimidad, a través del cual todo ser humano tiene derecho a proteger su ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de terceros, y supone una condición necesaria para mantener la mínima calidad de vida humana.

STC 341/1993, de 18 de noviembre

Sentencia que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los noventa y un diputados del congreso respecto de concretos preceptos de la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero de 1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. El tribunal constitucional estima parcialmente los recursos de inconstitucionalidad, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos 21.2 y 26, j, de la Ley Orgánica 1/1992. El tribunal aclara el alcance del artículo 17.1 de la CE especificando que una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte, al igual que especifica que el interrogatorio tendrá como limite negativo la obtención de datos personales a los que se refiere el artículo 9.3 de la LOPSC. En cuanto al derecho fundamental relacionado con la inviolabilidad de domicilio, el Tribunal otorga una definición de delito flagrante, señalado la constitucionalidad del concepto de delito flagrante otorgado a través de la formación legislativa. Además, recoge en su sentencia el principio de legalidad penal reconociendo la inconstitucionalidad del artículo 26, j, de la LOPSC.

STC 24/2012 de 27 de febrero

Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que deniega recurso de amparo al no apreciar la vulneración del derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. En esta sentencia se analiza una colisión con el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen por la intromisión ilegítima como consecuencia de un reportaje periodístico por medio de una cámara oculta. Se vulnera por tanto la ética periodística en cuanto a la solvencia y objetividad del contenido informativo, por captación intrusiva al utilizar un método inadecuado para la averiguación de información.

STC 290/2000, de 30 de noviembre

Sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos. A través de esta sentencia se reconoce y se protege el derecho fundamental, el derecho de libertad informática, pero se concede una mayor protección a los datos de carácter personal siendo irrelevante si se accede a los datos personales del individuo quedando vulnerado este derecho cuando se accede a este tipo de información personal sin el consentimiento de éste.

STC 105/1990 de 6 de junio

Sentencia de denegación del amparo contra la decisión judicial de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenaba al periodista, José M^a G, como autor de un delito de desacato a las cortes de Aragón. En el ámbito de derecho fundamental de libertad de información se entiende que el periodista no actuó dentro del criterio de veracidad de información empleando en la emisión numerosas expresiones ofensivas e innecesarias para la información que comunicaba por lo que dichos actos no se encuentran bajo el paraguas de protección del artículo 20.1 CE.

STC 3/1981 de 2 de febrero

Sentencia que desestima el recurso de amparo a través de la cuál se deniega la inscripción en el registro de partidos políticos, del partido comunista de España de corte Marxista y Leninista. A través de esta sentencia se reconoce el derecho a crear partidos políticos con el límite de interponer un recurso de amparo, como un ejemplo de manifestación concreta

del derecho de asociación. En ella se regulan también los requisitos y funciones para el registro de partidos políticos.

STC 48/2003, de marzo

Sentencia que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesta por el gobierno vasco contra varios artículos de la LOPP. La decisión del TC fue unánime reconociendo la constitucionalidad de los preceptos recurridos y estableciendo una serie de criterios a tener en cuenta a la hora de establecer el vínculo necesario entre el partido disuelto y la agrupación de electorales. Los criterios acreditativos utilizados abonen la convicción fundada de que las agrupaciones electorales cuya proclamación se deniega operan materialmente como componentes constitutivos de un partido de facto y no como verdaderos instrumentos de participación política que agotan su sentido en la actualización del ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los particulares que ellas se agrupan.

STC 62/2011, de 25 de junio

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/2011, de 5 mayo estima el recurso de amparo a los demandantes, dejando sin efecto la sentencia de ilegalización de Batasuna dictada por la Sala Especial en 2003, al igual que la STS del 1 de mayo de 2011. El alto tribunal con esta sentencia tan polémica considera que la ilegalización de Bildu decretado por el Tribunal Supremo es consecuencia de una simple sospecha de connivencia con ETA, pues no estima que existan pruebas claras que justifiquen la exclusión del ejercicio del derecho a la participación política. En este contexto, el Tribunal Constitucional realizó un examen aislado de las pruebas sin tener en cuenta las pruebas practicadas por el Tribunal Supremo. Fallando así el Alto Tribunal “es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probada la realidad del fraude de una Sentencia de disolución de partidos políticos para disipar el riesgo de que termine por perjudicarse, precisamente, la pluralidad ideológica que la Constitución misma promueve y ampara con un valor fundamental del Ordenamiento”.

STC 112/2016, de 28 de julio

El Alto Tribunal abordó la debatida constitucionalidad del delito de enaltecimiento de terrorismo, recogido en el artículo 578 del CP. Los antecedentes de hecho enjuiciados por el Tribunal Constitucional consistían en la valoración de determinadas

manifestaciones realizadas por Tasio Erkizia en un acto homenaje a José Miguel Bañarán Ordeñana, conocido como “Argala” miembro de la banda terrorista E.T.A. El condenado pronunció un discurso pidiendo “*una reflexión (para) escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático*”. Tal actuación fue condenada por la Audiencia Nacional como un delito de enaltecimiento del terrorismo y refrendada por el Tribunal Supremo un año más tarde en su **Sentencia 180/2012, de 14 de marzo**.

En ambas sentencias se afirma la legitimidad constitucional del delito tipificado en el artículo 578 CP, con el objeto de castigar el ejercicio incorrecto de la libertad de expresión y así, evitar caer en la forma desvirtuada de ese derecho, el discurso del odio. Como hemos expuesto a lo largo de este apartado el TEDH y el TC español prohíben e imponen sanciones penales a todo acto que “vaya dirigido a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y en la paz de la comunidad con sus actos criminales”. Asimismo, el TC en su STC 112/2016 expone cuales son los factores para que tales mensajes de los que hablan las figuras contempladas en el artículo 578 puedan traducirse en formas específicas del discurso del odio, y, en consecuencia, no se encuentren amparados por el derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, el TC falla que será necesario que con su publicación se aprecie una situación de riesgo para personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

STS 4 de abril 1997

Sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre el asunto de la desclasificación de los papeles del CESID, los documentos que reclamaban los jueces de la Audiencia Nacional que tenían gozaban de competencia en los casos Oñederra, Lasa y Zabala y Lucía Urigoitia, durante las investigaciones sobre la actuación de los servicios de inteligencia y de los cuerpos policiales en la guerra ilegítima contra ETA. Se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de Consejo de Ministros que mantenía en privado información clasificada, por el que se ordenaba la entrega de esos documentos al órgano jurisdiccional reclamante.

STS Sala 2º 28 de diciembre de 2011

Sentencia dictada por la Sala 2º del Tribunal Supremo por el que se acuerda la disolución de la asociación neonazi *Hammerskin* España y se condena a 15 miembros de esta organización ilícita, cuyos miembros defendían una ideología nacional socialista, la

supremacía de la raza blanca y la discriminación de otras personas por razón de raza, nacionalidad y orientación sexual.

STS, 27 de marzo de 2003

El TS dicta una sentencia estimatoria de los recursos presentados por el Gobierno y el Ministerio Fiscal que demandaban la ilegalización de los grupos políticos Herni Batasuna (HB), Euskal Herritarrok (EH) y Batasuna, por ser considerados brazos políticos de la organización terrorista ETA. La sentencia concluía que las formaciones de estos grupos políticos tenían como objetivos el reparto de tareas entre el terrorismo y la política, continuando con la justificación del terrorismo como una de las funciones encomendadas a Batasuna y a HB. En este sentido, el Tribunal Supremo defendió su línea argumentativa basándose en elementos de prueba que ponían de manifiesto la conexión entre la banda terrorista ETA y estos grupos. La existencia de vínculos jerárquicos, miembros que cumplían condena por delitos de terrorismo, participación de apoyo a terroristas, declaraciones de sus máximos responsables en favor de la lucha terrorista fueron algunas de las pruebas presentadas ante el Tribunal Supremo que hizo que este resolviera que estos grupos políticos servían de herramientas políticas de la estrategia terrorista ETA. Con el objetivo de salvaguardar el orden constitucional, democrático y el Estado de Derecho la sala estimó que las conductas anteriormente expuestas concurrían con los supuestos previstos en el artículo 9.3 de la LOPP. La decisión adoptada por el Tribunal Supremo de ilegalizar los anteriores partidos fue abrazada por el Tribunal Constitucional en sus **sentencias 5 y 6/ 2004**, de 16 de enero, rechazando los recursos interpuestos por los dos partidos recurrentes.

STS 22 DE SEPTIEMBRE 2008

Sentencia del Tribunal Supremo por la que se ilegalizaron las organizaciones políticas del Partido Comunista de las Tierras Vascas o el Partido Acción Nacionalista Vasca tras comprobar el Tribunal Supremo que tenían una estrecha colaboración de distinta naturaleza política y económica con Batasuna y su legalización suponía una sucesión fraudulenta.

TEDH, 30 junio 2009 asunto HERNI BATASUNA Y BATASUNA contra España

Con la rotunda sentencia del TEDH, de 30 de junio de 2009, en el asunto *Herni Batasuna y Batasuna contra España*, se pone fin al ciclo iniciado con la aprobación de la Ley de

Partidos de 2002. Por decisión unánime, el TEDH sigue la tesis defendida por el Gobierno y los Tribunales españoles concluyendo que el modelo de sociedad propugnado por dichos partidos políticos va en contra de toda sociedad democrática, entendiendo así que su modelo político como instrumento incompatible con la democracia.

TEDH, 31 de julio 2001 asunto Partido de la Prosperidad contra Turquía

La Sentencia Partido de la Prosperidad c. Turquía de 31 de julio de 2001, (TEDH 2001, 496) pues supuso un giro de perspectiva dentro de la argumentación del TEDH al no aplicar el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que admitía solo el control de medios aceptando en este caso un control de fines por ser un supuesto de partido totalitario que pone en peligro los fundamentos de la democracia constitucional.