

La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible *tipificación* española del delito

MONTSERRAT ABAD CASTELOS

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.
Facultad de Derecho. UCM

SUMARIO: I. La respuesta normativa internacional frente al fenómeno de la toma de rehenes: A. La elaboración progresiva de un entramado normativo. B. La tipificación del delito internacional y los obstáculos generados por la inexistencia de premisas conceptuales universalmente aceptadas. C. El punto de partida convencional para la acción estatal de prevención y los posibles modelos de instrumentación.—II. La respuesta jurídica española: A. Los delitos de terrorismo.. B. La detención ilegal y el secuestro. C. Otros delitos que conllevan ataques contra la libertad personal

I. LA RESPUESTA NORMATIVA INTERNACIONAL FRENTE AL FENÓMENO DE LA TOMA DE REHENES

A. La elaboración progresiva de un entramado normativo

A diferencia de lo que probablemente pudiera intuirse en un principio, la toma de rehenes ha consistido en un acto, si no lícito, al menos no prohibido por el Derecho internacional en determinadas circunstancias hasta hace relativamente poco tiempo (1). Este vacío

(1) Etimológicamente el término rehén procede del árabe *rahn* (prenda), figurando por primera vez en nuestro país en documentación fechada en el siglo XIII;

jurídico vino a cubrirse sólo parcialmente en 1949 con el establecimiento expreso de la prohibición de tales actos con respecto a determinadas categorías de personas para tiempo de conflicto armado, tanto interno como internacional, en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de los con-

cfr. *Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, Vol. III, Ed. Gredos, Madrid, 1954, p. 1071.

La figura del rehén ha existido desde antiguo con el mero significado de prenda, fianza o seguro, sin que a la misma se atribuyera ningún significado ilícito o delictivo. Así, durante la Edad Media y hasta el siglo xvii por rehenes solía entenderse las personas, generalmente elegidas en el entorno inmediato del soberano, que quedaban en poder del enemigo mientras estaba pendiente el cumplimiento de un tratado. Pero, además, durante ese tiempo y con posterioridad al final del siglo xvii puede advertirse la realización de otras determinadas prácticas en relación con los rehenes. Así, tanto en algunas de las guerras habidas en el último tercio del siglo xix como en las dos Guerras Mundiales los llamados «rehenes de acompañamiento» eran los habitantes de un territorio ocupado obligados a trasladarse a bordo de los convoyes de vehículos del enemigo a fin de garantizar la seguridad de tales medios de transporte y evitar que fueran atacados por sus compatriotas; igualmente, en rehenes se convertían las personas seleccionadas y detenidas por las Potencias ocupantes, bien para asegurarse la entrega de víveres o el pago de indemnizaciones, bien para salvaguardar la protección de sus tropas, de modo que en caso de que se cometieran atentados contra ellas sin que los presuntos culpables pudieran ser arrestados los rehenes respondieran con su vida o continuarán mantenidos en cautividad; asimismo, entre otros objetivos, estos rehenes capturados en tiempo de guerra por el Estado enemigo eran utilizados para garantizar la vida de los rehenes que a su vez mantenía detenidos la parte adversa; cfr. GARDON, G., «Le problème des otages», *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, I-1, 1962, pp. 71-83; pp. 71-74; HAMMER, E., y SALVIN, M., «The taking of hostages in theory and practice», *American Journal of International Law*, Vol. 38, Number 1, January 1944, pp. 20-33; KUHN, A. K., «The execution of hostages», *American Journal of International Law*, Vol. 36, Number 2, April 1942, pp. 271-274; PILLOUD, C., «La question des otages et les Conventions de Genève», *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 32e année, Juin 1950, pp. 430-447; pp. 431-433; VEUTHEY, M., *Guérilla et droit humanitaire*, 2e édition, Genève, C.I.C.R., 1983, pp. 115-117.

En cualquier caso, el tratamiento otorgado a las personas capturadas con ocasión de un conflicto armado fue experimentando un visible *proceso de humanización*, pues si en la Antigüedad su destino solía ser la muerte, en la Edad Media era posible acceder a la recuperación de la libertad a través del pago de un rescate y, con posterioridad al siglo xvii, la captura de rehenes se concebía, ante todo, como un medio para obligar al adversario al cumplimiento de las costumbres de la guerra (aunque tal consideración no les eximía de posibles represalias que acabarán con su vida). En realidad, es con posterioridad al siglo xviii cuando comienzan a realizarse negociaciones a fin de proceder al canje y liberación de prisioneros sin necesidad de proceder al pago de un rescate; sobre esta evolución, pueden consultarse DRAPER, G. I. A. D., «The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the two Additional Protocols of 1977», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 164, 1979-III, pp. 1-54, y SALINAS BURGOS, H., «La toma de rehenes en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 93, mayo-junio 1989, pp. 210-232; pp. 214 y 215.

flictos armados (2) y en el artículo 34 del IV Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (3).

La tipificación penal internacional de los actos de toma de rehenes cometidos en situación de paz ha sido, en cambio, más tardía. Comenzó a intrumentalizarse a partir de los años setenta a través de la elaboración de una serie de tratados internacionales destinados a prevenir y reprimir una relativamente amplia gama de delitos, con los que se pretendía, en realidad, avanzar sectorialmente en la lucha contra el terrorismo internacional en un ámbito universal. Debido a la entonces constatada imposibilidad de visualizar armónicamente el posible concepto y proceder frente al problema del terrorismo internacional globalmente en el marco de la Comunidad internacional organizada, los Estados optaron por ir regulando sucesivamente las manifestaciones de aquel fenómeno que se iban mostrando más acuciantes y que más fricciones interestatales iban generando. La primera muestra de ello vino constituida por la Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves de 16 de diciembre de 1970 (que desde ahora se citará como Convención de La Haya) (4), que fue

(2) I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BOE núm. 236, de 23 de agosto de 1952), II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BOE núm. 239, de 26 de agosto de 1952), III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (BOE núm. 249, de 5 de septiembre de 1952) y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (BOE núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

(3) Los terroríficos acontecimientos de la II Guerra Mundial, en especial la captura masiva de rehenes en los territorios ocupados y su exterminio, habían supuesto un luctuoso punto de inflexión y sin ninguna duda determinaron la nueva respuesta de prohibición absoluta de tales atentados contra *la libertad* de las personas civiles en el caso de los conflictos armados internacionales y, en general, contra todas las personas que no participen directamente en las hostilidades en el caso de los conflictos armados sin carácter internacional. Por fin, a partir de la entrada en vigor del régimen jurídico previsto en los instrumentos de Ginebra de 1949 se pone término a aquella odiosa consideración de la toma de rehenes como una práctica justificada por necesidades militares. Sobre el castigo por causar la muerte a rehenes («killing of hostages») durante la segunda contienda mundial como crimen de guerra (aunque no por su captura —todavía no proscrita—), *vid.* «Judgement of the International Military Tribunal (Nuremberg 1946)», reproducido en *American Journal of International Law*, Vol. 41, 1947, pp. 172 y ss; también MELEN, A. C., «La question des otages à la lumière du droit», *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, Vol. 24, Janvier-Mars 1946, pp. 17-25 y PILLAUD, C., *loc. cit.*, pp. 436-445.

(4) BOE núm. 13, 15 de enero de 1973. Debe darse cuenta también del intrumento anterior en el tiempo, el Convenio de Tokio, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963; BOE núm. 308, 25 de diciembre de 1969.

seguida por el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 23 de septiembre de 1971 (en adelante Convenio de Montreal) (5) y por la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (desde aquí Convención de Nueva York) (6). Aunque ciertamente los actos de toma de rehenes que se producían con ocasión de apoderamientos de aeronaves así como de resultados de atentados contra los locales de las misiones diplomáticas o incluso contra la libertad de personas internacionalmente protegidas han supuesto un altísimo porcentaje del número total de incidentes de esta índole producidos en los últimos años, enseguida se percibió la necesidad de elaborar un instrumento convencional dedicado específicamente a la prevención y actuación contra aquel fenómeno, cualquiera que fuera la condición de sus víctimas y prescindiendo asimismo de su superposición con el secuestro de aeronaves, dada la persistencia con que esos actos se producían en la realidad internacional (7).

La acción preparatoria de una Convención al respecto se inició a propuesta de la RFA, precisamente con ocasión de los debates suscitados en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras los sucesos de Entebbe (8). Durante su trigésimo primer período

(5) *BOE* núm. 9, 10 de enero de 1974.

(6) *BOE* núm. 33, 7 de febrero de 1986.

(7) Con posterioridad a la Convención contra la toma de rehenes todavía se elaboró el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 10 de marzo de 1988 (de ahora en adelante Convenio de Roma), susceptible a la vez de acoger en su ámbito de aplicación los actos de toma de rehenes cometidos a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro su navegación segura (*BOE* núm. 99, de 24 de abril de 1992); *vid.* su artículo 3. 1.b) y 2.c).

(8) *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas*, Consejo de Seguridad, S/PV. 1939 a S/PV 1943.

La intervención extraterritorial de las fuerzas israelíes en Uganda tuvo lugar en 1976. Con esta operación de rescate se puso fin a la detención de los últimos pasajeros y tripulantes de un avión de Air France que había sido desviado de su ruta entre Tel Aviv y París por cuatro miembros del FPLP el 27 de junio de 1976. Una vez que el avión había sido forzado a aterrizar en el aeropuerto ugandés de Entebbe, los rehenes fueron retenidos en el edificio de una antigua terminal del aeropuerto. Aunque los autores del desvío liberaron a varios rehenes, supeditaban la puesta en libertad de los noventa y ocho restantes (todos ellos de nacionalidad israelí o de ascendencia judía) a la excarcelación por Israel de cincuenta y tres prisioneros árabes. Mientras las autoridades ugandesas no parecían adoptar ninguna medida para conseguir la liberación de los rehenes, el 3 de julio, un comando israelí llegaba a territorio ugandés y asaltaba por sorpresa el edificio del aeropuerto liberando a los rehenes. En la operación resultaron muertos tres rehenes (uno de ellos por un fallo cardíaco) y el jefe de la unidad de rescate, el teniente coronel Ionatan Netaniahu (hermano del que llegaría a ser pri-

de sesiones la Asamblea General estableció un Comité *Ad Hoc* con el mandato de elaborar la Convención (9), cuya labor comenzó sobre la base de un Proyecto elaborado por la RFA (10) y se desarrolló a lo largo de los tres siguientes períodos de sesiones (11). La Convención internacional contra la toma de rehenes fue adoptada mediante la Resolución 34/146 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1979 (12).

mer ministro israelí), quien resultó alcanzado por los disparos de un soldado ugandés; cfr. *Keesing's Contemporary Archives*, 1976, pp. 27888-27891; «Chronique des faits internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 81, 1977, pp. 287-293; LEWINSKY, S.; BARZEL, I.; KRANZ, I., y SOREK, E., *Operación Uganda. Los 53 minutos de Entebbe*, Sedmay Ediciones, Madrid, 2.ª edic., septiembre 1976.

Sobre este incidente, puede verse, entre otros, BOYLE, F. A., «The Entebbe hostages crisis», *Netherlands International Law Review*, Vol. 29, Number 1, 1982, pp. 32-71; GORDON, D. J., «Use of Force for the Protection of Nationals Abroad: The Entebbe Incident», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 9, 1977, pp. 117 y ss; GREEN, L. C., «Rescue at Entebbe. Legal Aspects», *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 6, 1976, pp. 312-329; KRIFT, T. R., «Self-defense and self-help: the Israeli raid on Entebbe», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 4, 1977, pp. 43-62; MURPHY, J. F., «State Self-Help and Problems of Public International Law», *Legal Aspects of International Terrorism*, Edited by A.E. Evans & J.F. Murphy, Lexington Books, Massachusetts, 1978, pp. 553-573; pp. 554-562; PAUST, J. J., «Entebbe and Self-Help: The Israeli Response to Terrorism», *The Fletcher Forum*, Vol. 2, 1978, pp. 86 y ss; SALTER, L., «Commando coup at Entebbe: Humanitarian intervention or barbaric aggression?», *International Lawyer*, Vol. 11, Number 2, 1977, pp. 331-338; SHEEHAN, J. A., «The Entebbe Raid: The Principle of Self-Help in International Law as Justification for States Use of Armed Force», *The Fletcher Forum*, Vol. 1, 1977, pp. 135 y ss.

(9) Por medio de la Resolución 31/103, de 15 de diciembre de 1976. El Comité *Ad Hoc* fue integrado por las delegaciones de los siguientes treinta y cinco Estados: Barbados, Bulgaria, Canadá, Chile, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Guinea, Irán, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Jordania, Kenia, Lesotho, Méjico, Nicaragua, Nigeria, Países Bajos, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Federal de Alemania, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Unida de Tanzania, Somalia, Suecia, Surinam, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela, Yemen Democrático y Yugoslavia.

(10) Documento de trabajo A/AC.188/L.3, *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes, Suplemento N.º 39 (A/32/39)*, Anexo II (pp. 108-117), pp. 108-112.

(11) *Vid. Informe del Comité Ad Hoc...*, loc. cit.; 2.º *Informe del Comité ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes, Suplemento N.º 39 (A/33/39)*; 3.º *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes, Suplemento N.º 39 (A/34/39)*.

(12) *Vid. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sesiones Plenarias, Trigésimo Cuarto Período de Sesiones, Volumen III, A/34/PV. 105*, pp. 1950 y ss.

Vid. BOE núm. 162, 7 de julio de 1984.

B. La tipificación del delito internacional y los obstáculos generados por la inexistencia de premisas conceptuales universalmente aceptadas

La propia tipificación del delito fue uno de los asuntos más controvertidos y arduosamente disputados durante los trabajos de redacción de la Convención. Ciertamente, una serie de países del Tercer Mundo, apoyados por el grupo de Estados Socialistas, reivindicaban con respecto a la misma definición del tipo penal y, por ende, también con relación al alcance del nuevo instrumento, que sólo la toma de rehenes de personas «inocentes» fuera comprendida en la Convención (13). No obstante, finalmente se pudo llegar a una solución consensuada en torno a la descripción del nuevo tipo penal. Según el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes:

«Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, hierirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención».

A partir de la definición penal del delito contenida en la Convención contra la toma de rehenes, habría que dejar constancia de la magnitud del problema. En efecto, la innumerable cifra global de las acciones que podrían encajar en ese tipo delictual internacional se ha concretado en algunos momentos superando el centenar de incidentes por año (14). Es verdad que sólo los hechos relativos a una propor-

(13) *Vid., ad exemplum*, las intervenciones en la Sexta Comisión de los representantes de la Jamahiriya Árabe Libia (A/C.6/31/SR. 58, pp. 11 y 12, párr. 49), Somalia (*ibídem*, p. 12, párrs. 53 y 54) y Bahrein (A/C.6/32, SR. 61, p. 8, párr. 30). Véanse también las manifestaciones en réplica de los delegados de EE.UU. (A/C.6/31, SR. 56, p. 7, párr. 22) y Reino Unido (*ibídem*, SR. 57, pp. 8 y 9, párr. 31 e *ibídem*, SR. 58, p. 18, párr. 80). Asimismo, *vid.* las intervenciones en el Comité *Ad Hoc* de los delegados de Tanzania (*Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 37, párr. 28) y Guinea (*ibídem*, p. 41, párr. 13), entre las más significativas. Además, sobre éste y otros aspectos más generales relativos a la toma de rehenes, puede verse M. ABAD CASTELOS, *La toma de rehenes y el Derecho internacional (Medidas estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito)*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

(14) Por imperativo de su artículo 13 este instrumento convencional no ofrecerá cobertura «(...) en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado». Pero queda claro a la luz

ción mínima de los mismos son bien conocidos por la opinión pública. Suponemos que en ello incide una serie de factores entrelazados. Seguramente la combinación entre la posición occidental de algunos Estados afectados y la correlativa trascendencia concedida por los medios de comunicación ha sido la causa de que hayan sido especialmente renombrados acontecimientos como el episodio iniciado en 1979 entre EE.UU. e Irán, los casos relativos a los rehenes occidentales en el Líbano durante los años ochenta, los sucesos de los Juegos Olímpicos de Munich o los hechos que afectaron a nacionales de la RFA e Israel, en Mogadiscio y Entebbe, respectivamente. Sin embargo, se trata de un problema que ha afectado a un gran número de Estados y que ha llegado a provocar serias controversias internacionales. Y sigue repitiéndose con una nada desdeñable frecuencia en la realidad internacional (no hay más que pensar, sin ningún ánimo exhaustivo, en los recientes ataques contra la libertad de turistas, misioneros o cooperantes extranjeros en Argelia, Camboya, el Estado indio de Cachemira, Liberia, Uganda y un largo etcétera, en la toma como rehenes de nacionales occidentales en territorio irakí y kuwaití con ocasión del conflicto del Golfo Pérsico y de miembros de las Naciones Unidas y personal asociado durante la guerra que asoló la ex Yugoslavia, o en la acción llevada a cabo entre diciembre de 1996 y abril de 1997 en la embajada de Japón en Perú). Aunque también es cierto que, afortunadamente, no alcanza las proporciones epidémicas de los años setenta y ochenta.

A la vista, igualmente, del anterior tipo de delito internacional, puede observarse que nada en él precisa explícitamente que la violencia que acoge sea de carácter terrorista. Esta omisión puede consistir de hecho en un elemento común a la Convención contra la toma de rehenes y a los demás instrumentos elaborados en el marco de las Naciones Unidas. Todos ellos se limitan a la descripción objetiva de ciertos hechos, los cuales se convierten en ilícitos internacionalmente a partir de su entrada en vigor. A pesar de que todas estas normas convencionales fueron ideadas en un esfuerzo para frenar el avance del terrorismo, nada obsta, sin embargo, a que las acciones tipificadas puedan ser cometidas mediante actos de violencia *común*. Igual que nada impide, aunque en los textos de referencia se parta del deber estatal de llevar a efecto la responsabilidad penal individual, que el sujeto activo del delito esté integrado en la propia estructura del Estado.

de esta disposición que, aunque la Convención precise para su aplicación de la concurrencia de un elemento extranjero, ésta se entiende satisfecha por la simple presencia del presunto autor del delito en un Estado distinto al de su comisión.

En realidad, el elemento esencial y caracterizador del delito es el elemento de coacción impuesto sobre un tercero. No obstante, la paradoja y, a la vez, el problema que late de fondo es la inexistencia de un concepto base de terrorismo. Pues, ciertamente, a pesar de que el terrorismo pueda ser objetivable desde un punto de vista jurídico, las dificultades se agudizan en un plano internacional, donde muchos Estados intentan hacer primar concepciones subjetivas acerca de su noción. El problema no tiene una fácil solución, sobre todo si se piensa que ni siquiera los conceptos centrales en presencia responden a criterios objetivos universalmente aceptados.

Desde un ángulo jurídico internacional —cuando no también desde uno interno—, alrededor del término *terrorismo* todavía continúa manteniéndose el mismo debate que hace más de veinte años; no se han resuelto aún con carácter unánime verdaderas cuestiones preliminares básicas, como si, por ejemplo, es posible definir el terrorismo (15), si, de ser posible su conceptualización, la definición debería formularse con carácter general o enumerativo, si se restringiría a los actos de indivi-

(15) Esta fundamental premisa continúa hoy dividiendo a la doctrina. Sobre el carácter difícilmente definible del terrorismo o los principales problemas para alcanzar una definición, pueden verse *ad exemplum* desde diferentes perspectivas internacionalistas, ABELLÁN HONRUBIA, V., «El terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXVIII, Núms. 1-3, pp. 33-56; pp. 41-44; SCHMID, A., *Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data-Basis and Literature*, North-Holland Publishers, Amsterdam 1984; GLASER, S., *Droit International Pénal Conventionnel. Volume II*, Établissements Émile Bruylant/Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, Bruxelles 1978, pp. 35-68, dedicadas al «terrorismo internacional». Glaser intenta describir más que definir el fenómeno, sugiriendo la presencia de una serie de elementos en todo acto de aquel tipo; estos serían «l'intimidation ou la contrainte par la violence ou l'emploi de la violence en vue d'obtenir un certain objectif illégal»; pp. 36 y 37; KONSTANTINOV, E., «International Terrorism and International Law», *German Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1988, pp. 289-306; particularmente, p. 293; SADDY, F., «International Terrorism, Human Rights and World Order», *Terrorism: An International Journal*, Vol. 5, Number 4, 1982, pp. 325-351; especialmente, pp. 334 *in fine*-344; WILLIAMS, S. A., «International Law and Terrorism: Age-Old Problems, Different Targets», *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXVI, Tome XXVI, 1988, pp. 87-117; pp. 89-91; TYAGI, Y., «Political Terrorism: National and International Dimensions», *I.J.I.L.*, Vol. 27, Numbers 1-2, April-September 1987, pp. 160-182; en especial, pp. 160-168; MEYER, J., «German Criminal Law Relating to International Terrorism», *Indian Journal of International Law*, Vol. 29, Numbers 1-2, January-June 1989, pp. 78-86; pp. 79 y 80; AHMED AN NA'IM, A., «Islamic Ambivalence to Political Violence: Islamic Law and International Terrorism», *German Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1988, pp. 307-336; desde un punto de vista más próximo a la ciencia política, puede consultarse también, LOMASKY, L. E., «The Political Significance of Terrorism», *Violence, Terrorism and Justice*, Ed. by R.G. Frey/C.W. Morris, Cambridge University Press 1991, pp. 86-115.

duos o grupos o si cubriría también las actuaciones estatales, si deberían excluirse o no los actos realizados en el curso de las luchas para la autodeterminación... En fin, sobre estos y otros puntos de partida todavía está lejano un consenso tanto entre la doctrina como en el seno de los diversos órganos, oficiales y privados, de codificación (16), lo cual impide cualquier avance significativo en la aclaración de ciertas cuestiones conexas, a pesar de que se reitere desde diferentes foros que esa carencia no tiene por qué impedir la adopción, desde el punto de vista práctico, de medidas eficaces encaminadas a la prevención y a la erradicación del fenómeno del terrorismo (17). Sin embargo, hay que decir que esa ausencia de acuerdo, forzosamente, sí tiene que afectar negativamente, y así afecta de hecho, a la adopción de las medidas preventivas y, sobre todo, a las posteriores a la comisión de ese tipo de delitos, en sí mismas represivas, y, en particular, a la extradición en cuanto instrumento fundamental de cooperación internacional para evitar la impunidad de tales delitos y, por ende, también a las eventuales medidas jurisdiccionales sobre los mismos (18). Aunque, en definitiva, es la falta de un acuerdo interestatal sobre el concepto de terrorismo, su posible contenido y alcance, la que viene

(16) No hay más que seguir los trabajos desarrollados en el marco de la Sexta Comisión, del Comité *Ad Hoc* de las Naciones Unidas sobre el Terrorismo internacional o, por ejemplo, de los esfuerzos de la *International Law Association*. Los resultados hasta ahora logrados por estas y otras instituciones constituyen la demostración más clara de aquellas dificultades ya perennes.

(17) Éste ha sido precisamente el camino emprendido por la generalidad de Estados en el marco de la elaboración de las sucesivas Convenciones de las Naciones Unidas, que se enfrentan simplemente a la definición de ciertas categorías de violencia que son consideradas como terroristas.

También en el contexto de los trabajos de la *International Law Association* sobre terrorismo internacional y extradición, se ha tenido siempre presente la no necesidad de partir sobre una definición global del *terrorismo internacional*, asumiendo, de algún modo, que quizá existieran tantas propuestas conceptuales como miembros de la organización. De ahí que el objeto de sus trabajos se haya limitado a seleccionar varias categorías de actos de violencia para, sobre ellas, proceder al tratamiento de las diferentes cuestiones; puede verse, como muestra de ello, la representativa intervención del profesor australiano I. A. SHEARER, en «Report of the International Law Association's Sixty-third Conference (Varsaw): Legal Problems of Extradition in Relation to Terrorist Offenses (Working Session), 26 August 1988», *Terrorism*, Vol. 11, 1988, pp. 511-529; p. 520. Puede percibirse la misma forma de actuación en los recientes trabajos de otros organismos; véase, por ejemplo, el «American Bar Association's Model of American Convention on the Prevention and Punishment of Serious Forms of Violence», comentado por R. B. LILLICH, en *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pp. 664 y ss.

(18) Al constituir, el término «terrorismo», una etiqueta imprecisa que sirve todavía de cobijo para muchos actos violentos, las precisiones que suelen figurar en

bloqueando de hecho la posibilidad de llegar a soluciones generalmente aceptables en ámbitos concretos de actuación o respecto a la interpretación y aplicación de las normas relativas a las distintas manifestaciones de violencia política con elementos internacionales (19). Por consiguiente, aunque no negamos que este tipo de conceptos pueda realmente ser objetivable desde el punto de vista jurídico, creemos que la constatable carencia de criterios comunes a nivel universal para proceder a tal tarea redundante y, es más, determina los fracasos que se producen en la práctica internacional para alcanzar una infraestructura internacional eficaz de carácter preventivo, lograr la extradición por delitos que de algún modo impliquen la comisión de actos de *violencia política* y, en suma, para llegar al enjuiciamiento efectivo –y justo– de los presuntos autores de tales delitos.

Lo cierto es que, a estas alturas, partimos prácticamente de la misma línea de salida normativa internacional que en las fechas en que se elaboró la Convención contra la toma de rehenes. La Comunidad organizada de Estados continúa, igual que en aquellos años, intentando ponerse de acuerdo sobre premisas y conceptos de referencia y re proyectando textos sobre las posibles medidas para prevenir y detener las acometidas terroristas.

C. El punto de partida convencional para la acción estatal de prevención y los posibles modelos de instrumentación

Pese a todo, también es verdad que para los Estados partes en la Convención contra la toma de rehenes y en los demás instrumentos elaborados bajo la égida de las Naciones Unidas susceptibles de aco-

las normas sobre extradición pueden resultar inútiles. Por ejemplo, según el artículo 4.1.º de la Ley española de extradición, no se concederá la extradición:

«Cuando se trate de delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo (...)».

La misma técnica de redacción es empleada, además de en leyes internas, en numerosos tratados bilaterales de extradición. Véase, por ejemplo, la crítica que efectúa G. GILBERT, respecto del Tratado de 1992 entre el Reino Unido y la India, de la indeterminada fórmula para excluir tales delitos de la excepción de delito político: «offences related to terrorism»; «Extradition», *International of Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, Part 2, April 1993, pp. 442-448; pp. 447 y 448.

(19) De otra parte, del mismo modo, el concepto de *delito político*, aunque cuente con unos contornos claramente mejor perfilados, principalmente a través de las interpretaciones jurisprudenciales internas, no deja de encontrarse también en una tesitura oscilante y dependiente del contenido con que lo doten, en último término, las interpretaciones suministradas por los diferentes Estados, lo cual vendrá también a frustrar aquellos mismos objetivos.

ger delitos contra la libertad personal existe la obligación de armonizar sus legislaciones internas con las Convenciones a las que se hayan incorporado, en cuanto todos estos textos convencionales exigen expresamente, al menos, la tipificación y el establecimiento de penas para el delito en sus ordenamientos internos (20). Así, por una parte, el artículo 4 de la misma Convención dispone el deber de los Estados partes de cooperar en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, principalmente, «a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular, medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos» (21). Por otra parte, según el artículo 2 de la Convención contra la toma de rehenes, «cada Estado establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos» (22).

Naturalmente, desde una óptica jurídico-penal, lo óptimo sería que, para cumplir dicha exigencia de adaptación de la legislación

(20) A 31 de diciembre de 1993, los Estados partes en la Convención contra la toma de rehenes eran setenta y cuatro; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 876.

Como dice C. RAMÓN CHORNET, «obviamente, la prevención tiene como primera consecuencia la necesidad de incorporar al Derecho interno la tipificación como delito de las acciones terroristas de que se trata (...) la prevención constituye, por esa razón, y aunque a primera vista pueda parecer una paradoja, la condición lógica de la represión, puesto que la incluye como un todo a la parte: de la prevención forman parte medidas que van más acá y más allá de la represión de modo que, en realidad, la represión formaría parte de los elementos que permiten prevenir el delito (al menos, aunque sólo sea por los efectos disuasivos y ejemplarizantes)»; *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 239 y 240.

(21) Pueden verse apreciables diferencias formales y sustanciales en la formulación de una obligación que, sin embargo, pretende un igual fin de cooperación en la prevención del delito en los artículos 10, 4, 13.1 de las Convenciones de Montreal, Nueva York y Roma. En cambio, la Convención de La Haya no cuenta con una disposición establecedora de un marco preventivo de carácter interestatal; véase el único deber que puede llegar a desplegar efectos de cara a evitar la consumación del delito, pero no con anterioridad, recogida en su artículo 9.1.

(22) Esta obligación de resultado aparece configurada en términos parecidos en el resto de los instrumentos de referencia. Vid. los artículos 2, 3, 2.2 y 5 de las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York y Roma, por el mismo orden.

interna, los Estados partes promulgaran leyes específicas de aplicación y desarrollo de las convenciones en sus ordenamientos internos (en la práctica muy pocos Estados lo han hecho así, como tendremos ocasión de comprobar a continuación). Aunque hay que decir que los Estados no están obligados a ello, si ya cuentan con una legislación previa al respecto que permita cumplir en términos generales las previsiones convencionales (23). Así ha sucedido en la mayoría de los Estados en lo que se refiere al delito de toma de rehenes en sentido estricto (es decir, sin superponerse con otros delitos como el de apoderamiento de aeronaves o barcos o secuestros de personas internacionalmente protegidas), puesto que aunque sus normas penales no contienen una definición exactamente igual a la establecida en la Convención de 1979, sí suelen tipificar en general los delitos contra la libertad personal, calificándolos en la mayor parte de los casos como secuestro o detención ilegal, y estableciendo penas acordes con la naturaleza y gravedad de esos delitos, en cuyo ámbito de aplicación pueden caer prácticamente todos los incidentes de toma de rehenes (piénsese, en este sentido, que el concepto jurídico de secuestro suele ser más amplio que el de toma de rehenes, pues el primero no tiene por qué incluir el elemento de coacción impuesto sobre un tercero); por lo cual no se hace imprescindible la aprobación de leyes posteriores a la norma convencional. Lo fundamental, a nuestro modo de entender, es que se contemple una tipificación del delito con su correspondiente pena en todos los códigos penales internos.

En este punto, hemos de referirnos a un requerimiento que exclusivamente impone la Convención contra la toma de rehenes a los Estados partes: éstos han de tomar «en particular medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes». Este inciso del apartado *a*) del artículo 4, que fue incluido a propuesta de la delegación yugoslava (24), se incardina expresamente

(23) Por ello, nos parece muy oportuno el matiz que figura en el artículo 8 (d) de la Convención, de 1971, de la Organización de Estados Americanos para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional, según el cual, los Estados partes, a fin de cooperar en la prevención de los delitos previstos, tienen la obligación de «procurar que se incluyan en sus respectivas legislaciones penales los hechos delictivos materia de esta Convención cuando no estuvieren ya previstos en aquéllas».

(24) Ya casi desde un principio, en el seno de la Sexta Comisión, el representante de Yugoslavia insistía en la necesidad de incluir en el proyecto de Convención alguna disposición que se refiriese a la obligación de «poner fuera de la ley a las organizaciones terroristas»; *vid.*, *A/C.6/32/SR.63*, p. 2, párr. 6. Es de indicar, en la misma línea, que también con ocasión de los Informes enviados por los Gobiernos a

en sede de cooperación para la prevención de los delitos de toma de rehenes y su contenido se erige en la medida paradigmática de entre todas las medidas factibles que los Estados están obligados a adoptar.

Aunque este inciso no parece, en la teoría, que pueda implicar problemas, sobre todo si pensamos que las actividades que exige prohibir son las, literalmente, «ilegales», lo cierto es que sí puede plantear algún delicado dilema en su interpretación. Las dudas no surgen, desde luego, en relación con el deber de prohibición de las actividades de personas, grupos u organizaciones que *organicen* o *cometan* actos de tomas de rehenes, sino en relación con la *instigación* y, sobre todo, con respecto a otras formas de apoyo indirecto y más difíciles de determinar, como es el *alentar* la comisión de ese tipo de actos: ¿podría estar conteniendo la Convención un mandato implícito de tipificación de esas actividades en los ordenamientos internos de los Estados partes? (25). Indudablemente, si así fuera, sí podría originar dificultades, y ello no sólo por los límites constitucionales presentes en muchos Estados relativos a las libertades de expresión, reunión o asociación, sino también debido a que frecuentemente se manejan razones de oportunidad política que aconsejan la no ilegalización de esas organizaciones para conseguir una mayor eficacia, a un plazo más largo, en la lucha contra el terrorismo (26). Pensemos,

la C.D.I. en relación con la Convención de Nueva York, el Gobierno yugoslavo había insistido en la conveniencia de proceder a la disolución de las organizaciones que organizan, instigan o apoyan actos de terrorismo; cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, Volumen II, p. 378.

Posteriormente la misma delegación presentaría un Documento (A/AC.188/L.19) al Grupo de Trabajo II del Comité Ad Hoc para incluir un nuevo párrafo o un nuevo artículo *bis*, que dijese lo siguiente: «Los Estados Contratantes tendrán la obligación de adoptar medidas efectivas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que organicen, instiguen, alienten o cometan actos de toma de rehenes». La propuesta fue objeto de una revisión verbal en el Grupo de Trabajo, por la cual se añadió un inciso final generalmente aceptado al apartado a) del artículo, que se conservó casi literalmente en el texto final de la Convención; cfr. 2.º Informe del Comité Ad Hoc..., *loc. cit.*, pp. 7 y 8.

(25) Para R. ROSENTOCK, «no one raised any substantive problem with prohibiting illegal activity since the denomination as illegal establishes the prohibited nature of the activity and the text cannot be read as even suggesting the utility of making licit acts illicit»; «International Convention Against the Taking of Hostages: Another Internationals Community Step Against Terrorism», *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Summer 1980, pp. 169-195; p. 179.

(26) En este sentido, la representación yugoslava en la Sexta Comisión contradecía los argumentos de las delegaciones que se oponían a su propuesta, aduciendo problemas constitucionales y el respeto a las libertades democráticas, y manifestaba que esa actitud equivalía a «dar carta blanca a una organización terrorista, lo cual no se puede aceptar. Ahora bien, un examen detenido revela que ninguna de las disposi-

sin ir más lejos, en la coalición Herri Batasuna, organización ideológico-política de este tipo, muy próxima a E.T.A., legal y con acceso al Parlamento en nuestro país, o, también en otro ejemplo cercano, el caso del Sinn Fein, rama política del I.R.A., que puede presentar unas características hasta cierto punto similares (27).

Como adelantábamos, son pocos los Estados que han promulgado una legislación específica sobre la toma de rehenes con la cual se haya venido por imperativos internos a autorizar la adhesión del país a la Convención de 1979, a armonizar su legislación interna con el texto convencional, a ampliar su propia legislación a otros supuestos en principio no previstos por la Convención o bien por más de una de estas razones simultáneamente. Entre esos Estados, debemos hacer mención de EE.UU., Reino Unido, Nueva Zelanda y Japón, con la adopción, respectivamente, de las siguientes leyes: *Act for the Prevention and Punishment of the Crime of Hostage-Taking* de 1984 (28), *Taking of Hostages Act 1982, Crimes (Internationally Protected Persons and Hostage)* de 1980 (29) y *Ley No. 52* de 1987 (30). La inmensa mayoría de los Estados no han adoptado, por el contrario, una legislación especialmente destinada a incorporar en sus Derechos internos el contenido de la Convención contra la toma de rehenes. Sin embargo, todos los Estados contienen normas que permiten albergar, con mayor o menor rigor, la conducta tipificada en el artículo 1 de la Convención.

ciones de la enmienda contradice las soluciones jurídicas aplicables a la lucha contra el terrorismo. En este sentido, la Convención (...) debería permitir que se modificaran y completaran las legislaciones de ciertos Estados Miembros que no son precisas respecto de este punto»; *A/C.6/33/SR. 49*, p. 10, párr. 28.

(27) Es de indicar que, cuando posteriormente se discutió la oportunidad de incluir un inciso similar en la Convención de Roma de 1988, algunos Estados se opusieron argumentando que «the sentence omitted added nothing to the substance of the provision which was fully reflected in the expression “preparation (...) for the commission of those offences”»; *I.M.O. Doc. PCUA 2/5*, párr. 136. Finalmente, no se hizo ninguna mención en el texto final de la misma. Para alguna referencia a los aspectos preventivos en relación con el terrorismo marítimo; *vid., ad exemplum*, TREVES, T., «The Rome Convention for the Suppression of Unlawful acts Against the Safety of Maritime Navigation», en *Maritime Terrorism and International Law*, Ed. by N. RONZITTI, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pp. 69-90; p. 83.

(28) Puede encontrarse en *S. 2624/H.R. 5689, 98th Cong., 2d Sess.* (1984). También puede consultarse un extracto de la misma Ley en *A.J.I.L.*, october 1984, Vol. 78, Number 4, pp. 918-920.

(29) Act No. 44 (2 December 1980). Puede consultarse en *Legislative Responses to Terrorism*, Y. ALEXANDER/A. S. NANES (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 137-143.

(30) El texto en inglés del Código penal japonés, tal y como ha quedado modificado por dicha Ley, puede consultarse en *EHS Law Bulletin Series*, Vol. II, No. 2400, 1988.

La primera diferencia apreciable en la legislación comparada puede localizarse en la terminología utilizada. Para empezar, hay que decir que las únicas disposiciones internas que constituyen un reflejo exacto de las expresiones empleadas en la Convención de 1979, denominando primeramente el delito como *toma de rehenes*, son lógicamente aquéllas que corresponden a los Estados que han procedido a una adopción formal de una ley de aplicación convencional. Así, las Leyes estadounidense, británica, neozelandesa y japonesa se refieren expresamente al «crime of hostage-taking». En cambio, en la gran mayoría de las demás legislaciones se utilizan otros términos para referirse al delito. El *nomen iuris* de *secuestro* es sin duda uno de los más comunes (31). Es utilizado, por ejemplo, en las legislaciones

(31) No sucede lo mismo, en cambio, en relación con la terminología empleada en los tratados de extradición, lo cual puede originar obstáculos a la entrega de una persona reclamada por un delito de toma de rehenes. Véanse las profundas divergencias, no sólo terminológicas, que se contienen en muchos de los tratados bilaterales de extradición celebrados, sin necesidad de ir más lejos, por nuestro país.

De acuerdo con el Convenio de extradición entre España y el Reino Unido de Gran Bretaña de 4 de junio de 1878 (*GM* 15 de diciembre de 1878 y 5 de enero de 1879), los delitos extraditables figuraban en el artículo 2, entre los cuales, la figura más próxima a la que aquí consideramos era la que figuraba en el número 6.º: «secuestro, robo, abandono, exposición o retención ilegal de niños». A tenor del artículo 1 del Tratado de extradición entre España y Mónaco de 3 de abril de 1882 (*GM* 5 de diciembre de 1882) es obligatoria la entrega de los individuos condenados o acusados «por *secuestro arbitrario de una persona, llevado a cabo por un particular*», según el número 6.º, y «por *asociación de malhechores*», según el número 10.º. En virtud del Convenio para la recíproca extradición de malhechores, prófugos y desertores entre España y Portugal y artículos adicionales al mismo de 25 de junio de 1867 y 27 de mayo de 1868 (*GM* 7 de febrero de 1869) se dispone en su artículo 3, número 4.º, el deber de efectuar la extradición de los individuos acusados o condenados de los crímenes y delitos de «*encarcelación privada*» y «*detención arbitraria*». Para el Convenio de Extradición entre España y El Salvador de 22 de noviembre de 1884 (*GM* 20 de junio de 1885) son extraditables de conformidad con el artículo 2 «*el secuestro o detención ilegal de persona o personas para transportarlas a otro país, exigirles dinero o con cualquier otro fin ilícito*», según su número 8.º; «*el atentado contra la propiedad y la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio, siempre que dichos delitos sean penales en ambos países*», según su número 23.º y «*la asociación de malhechores*», según su número 24.º. El Convenio de extradición de criminales entre nuestro país y Uruguay de 23 de noviembre de 1885 (*GM* 5 de enero de 1887) no dispone nada, en cambio, al respecto con la única inclusión, en el número 14.º del artículo 2, de la «*asociación de malhechores*» como delito extraditable. En las relaciones entre España y Venezuela, reguladas por el Convenio de extradición de delincuentes de 22 de enero de 1894 (*GM* 7 de mayo de 1895), se consideran como delitos extraditables, en su artículo 2, números 9.º y 15.º, respectivamente, los «*atentados contra la libertad individual*» y el «*plagio, o sea la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero, o con cualquier otro fin ilícito*». Según el apartado 12.º) del artículo 2 del Tratado de extradición con Liberia

francesa, italiana, suiza, mejicana o panameña (32). Al *arresto ilegal*, como concepto prácticamente idéntico al de *detención ilegal* español,

de 12 de diciembre de 1894 (*GM* 15 de junio de 1895), serán entregados los individuos acusados o condenados de los crímenes de «*plagio; entendiéndose por tal la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero o para cualquier otro fin ilícito*». En el Tratado con Argentina de 7 de mayo de 1881 (*GM* de 12 de diciembre de 1882) no se contiene ninguna figura delictiva que suponga un ataque contra la libertad personal en el sentido de nuestro objeto (sólo figuran como hechos extraditables en el artículo 2 los crímenes de raptó –número 8.º–; ocultación y sustracción de menores –número 10.º– y de *asociación de malhechores* –número 14.º–). En virtud del Tratado con Colombia son extraditables los «*atentados contra el poder*», según el artículo 3.3.º, y el «*secuestro o detención de personas para exigir dinero del secuestrado, de su familia o relacionados, o para cualquier otro fin ilícito*». El Tratado con Costa Rica de 16 de noviembre de 1896 (*GM* de 4 de mayo de 1899) enumera en su artículo 2 una serie de delitos entre los que no se encuentra ninguno dirigido de algún modo contra la libertad personal u otros delitos violentos dirigidos contra el Estado. Pero al final de la misma disposición se inserta una especie de cláusula general según la cual será extraditable «cualquier delito por el cual pueda procesarse sin necesidad de acusación de parte, y que en la Nación en que se hubiese cometido tenga señaladas la pena de muerte, presidio, trabajos forzados o privación de libertad por un tiempo que no baje de 2 años, aunque la pena de tal delito sea menor en la Nación del refugio». A tenor del número 4.º del artículo 2 del Tratado con Cuba de 26 de octubre de 1905 (*G.M.* de 11 de agosto de 1906) se concede la extradición por «*detenciones ilegales*». De conformidad con el Tratado de extradición entre España y Guatemala de 7 de noviembre de 1895 (*GM* de 10 de junio de 1897), serán entregados los individuos acusados o condenados por los crímenes de «*atentados contra la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio de particulares*» –artículo 2. 9.º– y de «*plagio, o sea, la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero o cualquier otro fin ilícito*» –artículo 2.15–. También según el Convenio para la recíproca extradición de malhechores entre España y Bélgica, de 17 de junio de 1870 (*GM* de 20 de agosto de 1870) se consideran, como delitos extraditables –artículo 2.9.º– los «*atentados a la libertad individual*». En virtud del artículo 2 del Convenio de Extradición entre nuestro país y EE.UU. de 29 de mayo de 1970 (*BOE* de 14 de septiembre de 1971; *vid.*, también, el Tratado Suplementario de Extradición entre ambos Estados de 25 de enero de 1975; *BOE* de 27 de junio de 1978), serán entregadas las personas acusadas o condenadas por una serie de delitos, cuando los mismos sean punibles según las leyes de ambos Estados con una pena privativa de libertad superior a un año, siendo también concedida la extradición, en virtud del párrafo B) del mismo artículo, por la participación en tales delitos, «no sólo como autor o cómplice, sino también como encubridor, así como por la tentativa y conspiración para cometerlos, siempre que resulte punible por ambas legislaciones con una privación de libertad superior a un año». Entre esos delitos se encuentran: en el número 8, el «*secuestro de personas o niños, con o sin rescate; detención ilegal*»; en el número 19, la «*piratería, comprendido el apoderamiento o ejercicio de control y el motín o rebelión contra la autoridad del Capitán o Comandante a bordo de un avión o nave, cometida con fuerza, violencia, intimidación o amenaza*» y en el número 22, «*cualquier delito relativo a armas de fuego, explosivos o dispositivos incendiarios*».

(32) Con el mismo título, se emplean variantes. Así, el *secuestro simple* aparece tipificado en la legislación colombiana; al igual que el llamado *secuestro extorsivo*

se refiere, entre otras, la legislación penal francesa (33). La tipificación del delito de *privación ilegal de libertad* puede encontrarse en la legislación argentina, mejicana o panameña (34)

La metodología empleada para contemplar el delito también ofrece variaciones de una legislación a otra. En unos casos, se ofrece una tipificación separada del delito de terrorismo y del de detención ilegal, sin que ello obste a que este último delito pueda ser considerado como un acto de terrorismo en cuanto ello viene facilitado por la caracterización del delito de terrorismo como un tipo penal abierto. Este tipo era el establecido en la legislación penal española recientemente derogada (35). En otros casos, en cambio, al construir el tipo

que, además de contenerse también en el Código penal de Colombia, figura recogido en otras legislaciones como la argentina.

(33) Aunque es de señalar que la República francesa no ha pasado a formar parte hasta la fecha en la Convención de 1979; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676.

(34) También la misma figura pero cualificada, esto es, la *privación ilegal de libertad agravada* se halla en la normativa penal argentina y panameña. Por último, el delito de *sustracción, retención u ocultamiento de persona* está previsto en la legislación argentina.

(35) El Derecho penal de algún Estado establece un tipo abierto para el delito de terrorismo, donde sin citar siquiera el delito de detención ilegal o secuestro, éste puede tener cabida. Responden a este modelo, por ejemplo, la legislación mejicana y colombiana. El delito de terrorismo se define en el artículo 139 del Código penal mejicano. Allí se impone la pena «(...) sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten». Comete dicho delito el que «utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas o servicios al público que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación». El artículo 187 del Código penal colombiano, de modo similar, tipifica como delito de terrorismo la acción de «emplear contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva», cuando concorra «el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público». En la pena impuesta por este delito se incurre «sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho» (*vid.* la dura crítica que recibe la tipificación de este delito, a la cual se llega a imputar, aunque parezca en principio incoherente, la violación del principio de tipicidad, en ZAMORA ÁVILA, M. L., «Legislación de orden público en el gobierno colombiano de 1986 a 1990 y las disposiciones del Estado de sitio que se adoptaron como legislación permanente con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991», *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal*, EDERSA, Madrid 1993, pp. 1143-1156; p. 1150. *Vid.* también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*, Edai, Madrid 1994, pp. 63 y 64). Aparte del delito de terrorismo, ambas legislaciones configuran los delitos de privación ilegal de libertad y de secuestro.

del delito de terrorismo se inserta dentro del mismo una serie de conductas típicas habitualmente cometidas por las organizaciones terroristas, entre las que generalmente se incluye el secuestro bajo rescate o condición. Éste era el modelo seguido por la derogada legislación española de 1984 y por la vigente a partir de 1996 (36). Por último, en otras legislaciones se constituye directamente el tipo del secuestro o de detención ilegal, de tal modo que el mismo sea automáticamente aplicable si un determinado acto ilícito reúne las condiciones de tipicidad, al margen de que en ese Derecho interno se configure o no el terrorismo como un delito autónomo y con independencia de que los delitos de secuestro revistan o no un carácter terrorista (37).

En lo que respecta concretamente al establecimiento de la conducta típica del delito en las normas penales de los diferentes Estados, puede observarse la existencia de una amplia gama de respuestas en la mayor o menor introducción de cada uno de los diversos elementos que integran el tipo penal internacional de la toma de rehenes. Hemos visto páginas atrás como algunas legislaciones tienen previsto más de un tipo penal en lo que respecta a los delitos contra la libertad, algunos

(36) En este segundo modelo, la detención ilegal o secuestro se enmarca como delito de terrorismo, siempre que concurren los requisitos exigidos para este último. Pero obviamente, el acto ilícito cometido debe efectivamente adecuarse a la conducta típica del delito de detención ilegal o secuestro. En esta línea, puede hacerse referencia a otras legislaciones. Por ejemplo, el Gobierno de Sri Lanka ha promulgado una legislación específica para hacer frente al terrorismo. En el contexto de violencia social experimentada por este país han cobrado especial resonancia los múltiples incidentes de tomas de rehenes y de secuestros con petición de rescates llevados a cabo por los Tigres de la Liberación de la Eelam Tamil (sobre este conflicto *vid. RAFIQUIL ISLAN, M, «The Tamil Separatism in Sri Lanka: Some Factors undermining the Claim», NILR, Vol. 1, 1986, pp. 65-83 y AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS, Getting away with murder. Political killings and 'disappearances' in the 1990s, London 1993, pp. 38 y 39*). La legislación de este país se centra principalmente en dos leyes: la primera de 1979, *Prevention of Terrorism Act*, y la segunda de reforma de 1982, *Prevention of Terrorism Amendment Act* (ambas Leyes se encuentran en *Bills and Laws of the Parliament of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*), por la cual se introducen algunas enmiendas. La primera de estas leyes aborda ante todo la prevención de actos ilegales de individuos, grupos, asociaciones u organizaciones, que desarrollen sus actividades dentro o fuera del territorio del país. Entre los delitos que esta ley tipifica se encuentra en segundo lugar, justamente tras los atentados a la vida, el secuestro de personas (artículo 2), a la vez que se tipifican la inducción y conspiración para la comisión de dicho delito.

(37) En este último modelo se incardinan la mayor parte de las legislaciones estatales. No importa que los Estados consideren el delito de secuestro como un delito común y, como tal, aparezca en su Código o legislación penal o que lo conciban como una figura especial, creando para el mismo leyes específicas. Siguen esta pauta Estados como EE.UU., Nueva Zelanda o Japón.

de los cuales constituyen formas excesivamente simplificadas o que, en definitiva, poco tienen que ver con la naturaleza del delito previsto en la Convención contra la toma de rehenes (38). En un extremo de la amplia gama existente pueden situarse aquellas normas que se caracterizan fundamentalmente por su parquedad conceptual (39). En un lugar intermedio podrían situarse aquellas disposiciones que dotan de un cierto contenido típico más amplio a la privación de libertad connatural a todo secuestro o detención ilegal. Deben incardinarse en este espacio, además de la normativa penal española, la gran mayoría de las demás legislaciones internas estatales (40). En el otro extremo de la

(38) Por ejemplo, aquellos atentados contra la libertad que se producen con el fin de cometer una agresión sexual.

(39) Cabe citar aquí, por ejemplo, el patrón seguido por la legislación italiana. En efecto, el artículo 605 del Código penal italiano padece de un especial laconismo en cuanto, a nuestros efectos, la tipificación se limita a castigar «chiunque priva taluno dell libertà personale», sin establecer otra acción o verbo típico alguno que pudiera conformar el contenido de la privación de libertad o a través del cual la misma pudiera llevarse a cabo; y sin incluir tampoco otros elementos casi indisolublemente unidos al secuestro, como pueden ser la exigencia de una condición para proceder a la liberación de la víctima o la amenaza de matar o de prolongar la detención.

(40) Por citar sólo algunos ejemplos, podemos aludir a legislaciones como la mejicana, la argentina o la francesa. En el artículo 366 del Código penal mejicano se contempla un tipo de privación de libertad agravada, que tiene lugar cuando aquélla «tenga el carácter de plagio o secuestro» en alguna de las formas que se prescriben expresamente. De todas ellas, algunas revisten un interés particular para nosotros, por acercarse en buena medida al concepto de toma de rehenes previsto internacionalmente. Ante todo, destaca la tipificación de la acción desarrollada cuando «se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza». Además se prevén otras figuras agravadas, que tienen lugar cuando tal acto ilícito se comete «para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de libertad o a otra persona relacionada con aquélla», «si se hace uso de amenazas graves o de tormento». Indudablemente es la primera de las figuras vistas que más similitudes ofrece con el tipo internacional del delito. De todas formas, parece claro que se ha restringido innecesariamente el ámbito del tercero destinatario de la coacción, que ha de ser siempre «la autoridad».

Por lo que se refiere a la legislación argentina, además de la figura básica de la privación ilegal de libertad, contiene otros dos delitos que son de nuestro interés. Por una parte, el artículo 141 del Código penal establece el tipo de la *privación de libertad agravada*, configurada de forma vinculada a la presencia de determinadas circunstancias. Entre las mismas, cabe destacar la previsión de «si el hecho se cometiere con violencias o amenazas (...)» y «si resultare grave daño a la persona, la salud o los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor».

Por otra parte, el artículo 142 bis del Código penal argentino castiga otra figura agravada, estableciendo una serie de actividades típicas que no encuentran su equiva-

graduación que estamos contemplando se enmarcan aquellas normas que acogen en su enunciado todos o la mayor parte de los elementos integradores del tipo penal convencional de la toma de rehenes. Los casos más paradigmáticos son, sin duda alguna, los aportados por la legislación estadounidense, la británica y la neozelandesa (41).

lente en la gran mayoría de los ordenamientos. Consiste en la conducta del que «sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad»; a la vez que se contempla una elevación de la pena «si resultare la muerte de la persona ofendida». Paralelamente, en el artículo 170 se contiene la conducta típica del *secuestro extorsivo*, cuyo ámbito de aplicación es mucho más limitado, en cuanto siempre debe concurrir un interés de tipo patrimonial. La acción típica se formula de modo muy conciso: el «(...) que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate».

Por su parte, el artículo 343 del Código penal francés contempla también una figura agravada del secuestro cercana a la tomada como referencia: «Si la personne arrêtée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, soit, en un lieu tenu secret, par réponde de l'exécution d'un ordre or d'une condition, les coupables seront punis de la réclusion criminelle à perpétuité». El nuevo Código penal francés de 1992, adoptado por Ley de 22 de julio, puede verse en el *Journal Officiel de la République Française*, de 23 de julio de 1992.

Vid. también en una línea similar, entre otros, el artículo 182 del Código penal suizo, el artículo 247 del Código penal canadiense y los artículos 268-271, fundamentalmente el artículo 268, del Código penal colombiano.

(41) El concepto del delito ofrecido por la Ley estadounidense es prácticamente idéntico al que figura en la Convención, con una sola salvedad. La Ley transcribe literalmente no sólo lo relativo a las acciones de apoderamiento y detención, sino también, a la amenaza de matar, de herir a la víctima o de continuar la detención y al elemento coactivo que supone la imposición al tercero de una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén. El único elemento que no se refleja en la tipificación adoptada es la descripción que del tercero objeto de la coacción se realiza en la Convención, «a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas». Elemento, por lo demás, que no forma parte de la esencia del tipo y que, en realidad, viene a enumerar de forma aparentemente taxativa una serie de sujetos en cuya formulación puede integrarse después cualquier otro no expresamente previsto como tal. En relación con esta omisión, se ha explicado que «was done in order to make clear that attempts to influence third parties not expressly listed in the definition, such as U.S. state governments and unincorporated local governments, would violate the statute. There is no need to define "third parties" in the legislation, since the phrase speaks for itself and is intended to have the broadest possible meaning»; «Four Bills Proposed by President Reagan to Counter Terrorism», *American Journal of International Law*, Vol. 78, Number 4, p. 219.

La Ley del Reino Unido de 1982 sigue fielmente los dictados del artículo 1 de la Convención internacional con la excepción de que tan sólo se hace referencia a una de las dos acciones típicas: la de detener. La supresión de la acción de apoderarse se fundamentó en argumentos ya conocidos para nosotros: «use of the word "seizes"

De todas formas, los incidentes de toma de rehenes en sentido estricto o, incluso, de toma como rehenes de personas internacionalmente protegidas nunca han ofrecido demasiadas dificultades prácticas jurídicas o judiciales. Las normas penales de todos los Estados siempre han contemplado los delitos contra la libertad, reservándole además un lugar importante. E, incluso, una gran mayoría de Estados han previsto desde hace tiempo los delitos contra la libertad de personas específicas, como personalidades oficiales nacionales o extranjeras (42). Debido a la presencia de este tipo de previsiones, sólidamente asentadas en los Derechos nacionales, puede decirse que no se han producido problemas a la hora de que los atentados contra la libertad fueran generalmente cubiertos por las disposicio-

would have added nothing to the word "detains" within the context and purpose of the bill (...). If there is no detention, there is no offence of hostage-taking and that, therefore, the seizure must amount to a detention for an offence to be committed under the Act» (*vid.*, las explicaciones aportadas en la Cámara de los Comunes, en LAMBERT, J. J., *op. cit.*, pp. 81 y 82).

La tipificación de la Ley de Nueva Zelanda guarda también una gran similitud con el tipo penal de referencia. Cabe advertir, sin embargo, dos ausencias. Una de ellas es más llamativa y se refiere a la imprevisión de las amenazas (de matar, etc.). La otra, prácticamente inapreciable, tan sólo tiene que ver con la falta de cita expresa de algunos de los sujetos obligados a cumplir la condición para la liberación del rehén; pero en todo caso, se recogen los siguientes: «the Government of any country or any international intergovernmental organization or any other person». No obstante, la Ley amplía por otra parte el concepto genérico de toma de rehenes, en la medida en que no sólo acoge los supuestos en que medie violencia sino que, además, sujeta expresamente a la aplicación de la ley aquellos supuestos en que se haya procedido al apoderamiento o detención de otra persona «with his consent obtained by fraud or duress».

(42) Bien a través de disposiciones insertadas en sus Códigos penales bien por medio de Leyes especiales, a partir, primero de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963, y sobre todo después, a raíz de la adopción de la Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973. *Vid.*, entre otras, la Ley italiana de 25 de marzo de 1985, *Norme di attuazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici* (*Gazzetta Ufficiale* del 1.º aprile 1985, n.º 78), en cuyo párrafo 1 aparecen previstos el «sequestro di persona, sequestro di persona a scopo di estorsione, sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (...); la *Crimes Internationally Protected Persons Act*, adoptada por Australia en 1976 (*Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, 1977), en cuyo párrafo 8 (7) (a) se tipifican los atentados contra la libertad de una persona internacionalmente protegida: «kidnapping a person consists of leading, taking or enticing the person away, or detaining the person, with intent to hold him for ransom or as a hostage or otherwise for the purpose of inducing compliance with any demand or obtaining any advantage»; *Crimes (Internationally) Protected Persons*, N.º 44 de 1980, antes citada, sobre todo los párrafos 3 y 7.

nes existentes (43). Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en aquellos casos en que la toma de rehenes se ha venido produciendo como consecuencia de otros actos de cuya ilicitud no cabía duda, pero carentes de una tipificación expresa y precisa como tales. Nos referimos, a los supuestos en que la privación de la libertad de las personas se ha producido como consecuencia directa de actos de apoderamiento ilícito de buques y, principalmente, de aeronaves. Incidentes en los cuales tiene lugar cuando menos la superposición de dos delitos: la toma de rehenes y el apoderamiento del medio de transporte. A pesar de la existencia de instrumentos internacionales sobre el fenómeno, especialmente las Convenciones de La Haya y Roma, los Estados han postergado mucho su acción legislativa interna, aun estando obligados convencionalmente a ello en muchas ocasiones. De ahí que muchas veces se haya tenido que recurrir a la combinación de varios tipos penales internos para castigar una conducta ilícita que internacionalmente está tipificada de modo unificado (44). Podría citarse un gran número de ejemplos, pues son

(43) Aunque siempre pueden encontrarse multitud de excepciones en la práctica o al menos situaciones más o menos peculiares debido a circunstancias de muy diverso tipo. Sirva como ejemplo el siguiente caso. El 6 de septiembre de 1982 se producía la ocupación con toma de rehenes de la embajada de Polonia en Berna por cuatro integrantes del denominado «Ejército Patriótico Revolucionario Polaco». La liberación de los rehenes se producía tres días más tarde, el 9 de septiembre, gracias a la intervención de la policía suiza que arrestó a los autores del delito. Después de rechazar la solicitud de extradición presentada por el gobierno polaco, el Tribunal de Lausanne no tuvo más remedio que recurrir al ya antiguo Código penal, puesto que el nuevo Código, aprobado por referéndum unos meses antes, no entraría en vigor hasta 20 días después del acaecimiento del suceso. La diferencia entre ambos era sustancial. En virtud del Código próximo a derogarse hubo que juzgar a los autores sobre la base de cuatro delitos: *secuestro*, *coacción*, *extorsión* y *chantaje*, para los cuales estaba previsto una pena máxima de 10 años de prisión. El nuevo Código, sin embargo, tipificaba la toma de rehenes como delito autónomo, para el que se disponía una pena de reclusión perpetua; cfr. «Chronique de fait internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 87-1, 1983; pp. 446 y 447. Debe añadirse, además, que a pesar de que Suiza por aquellas fechas ya había firmado la Convención contra la toma de rehenes (lo había hecho el 18 de julio de 1980), no la ratificaría hasta el 5 de marzo de 1985; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676.

(44) Por ejemplo, en 1969 tuvo lugar el famoso *affaire Minichiello*, muy célebre en su momento por tratarse del apoderamiento de avión más espectacular producido hasta aquellas fechas. En efecto, un ciudadano estadounidense de ascendencia italiana desvió de su ruta un Boeing de la Compañía TWA al que hizo batir el récord de volar desde California a Nueva York y desde Nueva York a Roma bajo la amenaza de un fusil ametrallador, en una primera fase con todos los pasajeros a bordo, para continuar más tarde con sólo la tripulación. Por fin, al aterrizar en el aeropuerto

casos que se han repetido en numerosas ocasiones (45). Sin embargo, actualmente son muchos ya los Estados que han ratificado esas Convenciones y que han cumplido con las obligaciones que de las mismas dimanar, entre ellas la tipificación de los delitos en sus ordenamientos internos (46).

romano Leonardo da Vinci, tomó como rehén al jefe de la Policía, al que utilizó como escudo en su huida. Lo cierto, es que debido a la ausencia de la figura del delito de apoderamiento ilícito de aeronaves del Código penal italiano, la justicia de dicho país no tuvo más remedio que acudir a la imputación de delitos accesorios al principal para condenar al autor de tales hechos. En concreto, los delitos considerados para dictar la sentencia condenatoria fueron los siguientes: el *secuestro* de cuatro miembros de la tripulación del avión y del agente de Policía, la *coacción* («violencia privada») ejercida sobre los dos pilotos del avión para desviarlo de su ruta y sobre el jefe de Policía que tenía el deber de arrestarle y, por último, la *introducción en Italia, tenencia ilícita y exhibición en público de armas de guerra*; cfr. y *vid.* también las penas impuestas por cada uno de esos delitos en «Chronique des faits internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 75-2, pp. 861 y 862. Sobre otros pormenores del caso, puede consultarse además un Dossier de prensa nacional e internacional elaborado por J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, que se encuentra a disposición de cualquier persona en la Secretaría del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho/UCM.

Del mismo modo, en 1970 fueron juzgados por un Tribunal de Viena dos ciudadanos polacos, quienes en el mismo año habían desviado un avión de una Compañía nacional con veinte personas a bordo, obligando al piloto a aterrizar en el aeropuerto de Viena bajo la amenaza de hacer uso de las armas que portaban. En aquellos momentos tampoco existía ninguna previsión en el Código penal austríaco sobre cualquier conducta referida al apoderamiento o desvío ilícito de aeronaves. De nuevo, la condena impuesta a los dos autores tuvo que basarse en tres diferentes delitos: *tenencia ilícita de armas, atentado a la libertad individual y amenaza del uso de la fuerza*; cfr. «Chronique...», *RGDIP*, Vol. 75-1, 1971, pp. 155 y 156.

Un año después, en 1971, y debido a la misma razón de falta de tipificación en el Código penal, el Tribunal correccional de Munich tuvo que recurrir a la imputación de los delitos de *secuestro y uso de violencia o coacción* para condenar a tres ciudadanos húngaros, autores del desvío de una aeronave comercial rumana sobre territorio alemán; cfr. «Chronique...», *RGDIP*, Vol. 76-1, p. 138.

(45) *Vid.* también, por ejemplo, «Chronique...», *ibidem*, Vol. 75-2, pp. 798 y 799, donde se ven los tipos penales a los que hubo de recurrir el Tribunal de Gran Instancia de Nuremberg para condenar el desvío de un avión comercial checoslovaco por 8 ciudadanos de la misma nacionalidad en 1970.

(46) *Vid.*, entre otras, la Ley N.º 10 de Sudáfrica de 1972, Civil Aviation Offences Act, reformada, en cuanto a la tipificación de los delitos, por la Ley N.º 63 de 1978; Las Leyes de Nueva Zelanda, Aviation Crimes Act (N.º 137) de 1972 y Civil Aviation Amendment (N.º 153) de 1976; la Ley de Pakistán, Airports Security Force Act (N.º LXXVIII), de 1975 (*All Pakistan Legal Decisions*, Vol. 28, 1976); la Ley de Australia, Crimes Hijacking of Aircraft Act, de 1972-1973 (*Acts of the Australia Parliament 1901-1973*, Vol. 3); la Ley estadounidense, Aircraft Sabotage Act de 1984 (S. 2623/H.R. 5690, 98 th Cong., 2d Sess.).

II. LA RESPUESTA JURÍDICA ESPAÑOLA

Como ya es sabido, la previsión de la conducta típica, así como el establecimiento de las penas correspondientes, integran una parte fundamental de la obligación que corre a cargo de los Estados de armonizar sus legislaciones internas con las Convenciones de las que pasan a formar parte, en aras de la prevención. Como es razonable, de entre los distintos modelos de instrumentación en el cumplimiento de la obligación, tomamos como punto de referencia obligado al caso español (47).

Un primer acercamiento a la legislación penal española nos permite extraer tres deducciones iniciales. Según la primera, nuestro país no ha adoptado ninguna legislación específica para la aplicación de la Convención contra la toma de rehenes, a pesar de ser parte en la misma desde 1984 (48). En segundo lugar, al hojear nuestro Código Penal, se percibe rápidamente que la expresión «toma de rehenes» ni siquiera aparece recogida de forma expresa en ningún lugar del texto (49). En tercer y último lugar, aunque la conducta internacionalmente

(47) La reforma de la legislación penal española se ha llevado a cabo mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre; corrección de errores, BOE núm. 54, de 2 de marzo de 1996). La nueva regulación ha entrado en vigor el 30 de mayo de 1996. Además del imperativo de incorporar la legislación vigente, hemos creído conveniente esbozar un análisis comparativo entre la nueva y la vieja ordenación penal, sin desechar completamente esta última; al fin y al cabo, aunque ahora derogada, ha regido las actividades que nos ocupan en este trabajo durante estos últimos años y hasta bien entrado el año 1996.

(48) España es parte en la Convención desde el 26 de marzo de 1984; cfr. *Traité Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676 y BOE de 7 de julio de 1984.

(49) Ello no era así con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código. No obstante, a pesar de que en el Código penal de 1973 sí se contenía una referencia explícita a la «toma de rehenes», su contenido poco o nada tenía que ver con la naturaleza y el tipo de delito previsto en la Convención de 1979. En efecto, tal previsión se situaba en el Título XIII, relativo a los delitos contra la propiedad, en la sede del delito de robo, sin que tuviera realmente demasiados vínculos con el delito objeto de todas nuestras preocupaciones. El artículo 501, que se refería a la imposición de penas por los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, disponía en su párrafo 4.º el castigo «con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión del robo (...), se toman rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable (...)». Evidentemente, la toma de rehenes aquí distaba mucho de ser un delito típicamente terrorista. Ciertamente, aunque para la aplicación de esta figura del artículo 501.4.º debía existir una cierta intensidad en la privación de la libertad y, a su vez, la misma debía exceder del tiempo normal de la comisión de un delito de robo con intimidación en las personas (pues este delito conlleva siempre de por sí una coacción y una cierta privación de la libertad de movimiento), la retención del rehén

tipificada en el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes puede encontrar encaje en el tipo español de «detención ilegal» o de

o rehenes tenía que efectuarse necesariamente, por imperativo de la disposición, para facilitar la consumación del robo o la huida de su autor. Para un estudio de este tipo penal, pueden verse, entre otros, PAZ RUBIO, J. M.^a, «Robo con toma de rehenes», *Delitos contra la propiedad. Aspectos problemáticos*, Plan Estatal de Formación, Consejo General del Poder Judicial, pp. 1-90; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pp. 241 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, Dykinson, Madrid 1994, pp. 429 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S., y otros., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pp. 83 y ss.

La toma de rehenes entonces, según el significado y los caracteres que le atribuía la ya derogada legislación penal española, debía producirse siempre durante o inmediatamente después de la comisión de una de las modalidades de un delito concreto contra valores patrimoniales, aunque, conservando su significado original de prenda o garantía. Pero más específicamente, aplicada al hecho del robo, se refería a los casos en que «una persona es privada de su libertad deambulatoria y al mismo tiempo se impone una condición exigiendo a otra u otras que adopten un determinado comportamiento (activo o pasivo), por ejemplo, proporcionarles un dinero o un vehículo para fugarse, o simplemente permitirles huir, con la amenaza de causar un mal al detenido (su muerte, mutilaciones, etc., o únicamente no ponerlo en libertad) si tal comportamiento no llegara a realizarse, todo ello con el fin de hacer posible, ya la obtención del botín, ya la huida del culpable. En este sentido, para que haya un rehén se necesita algo más que una detención ilegal, pues a ésta ha de acompañar la amenaza condicional referida. Se implica a un tercero o terceros, a quienes se coacciona psíquicamente, para que observen una determinada conducta. A la antijuricidad propia de la detención ilegal se une otra, dirigida contra una persona o personas distintas, la que tal amenaza condicional lleva consigo» (Sentencia del TS de 7/04/94 –Ponente: Delgado García–).

La jurisprudencia del TS relativa a esta figura es verdaderamente copiosísima. En muchas de las sentencias se reconoce que en la propia jurisprudencia se ha tenido que ensanchar el concepto de rehén por imperativo del precepto, no demasiado afortunado, que a su vez, tampoco asume el significado y contenido real del término (p.e., *vid.*, sentencia de 26/10/88 –Ponente: Manzanares Samaniego–, en donde se admite que la jurisprudencia no se ha atendido a «la noción estricta de rehén, de manera que aunque en alguna ocasión se haya estimado que la privación de libertad del robado no es necesariamente toma de rehenes, son abundantísimas las resoluciones que, en definitiva, traen al robo todas las privaciones de libertad que, relacionadas con éste, superan el quantum imprescindible para el despojo»; también la S. 3/05/93 –Puerta Luis–, según la cual, «el resultado penológico desproporcionado (...), ha llevado a esta Sala a admitir una interpretación amplia y comprensiva del artículo 501.4.º»; asimismo, la S. 4/06/93 –Vega Ruiz–, donde se concluye cómo «queda así de manifiesto que el concepto gramatical no coincide con el que el precepto penal asume»; *vid.*, en el mismo sentido, entre muchas otras, las SS. de 28/09/90, 7/10/91, 22/11/91). En otras sentencias se abordan muy de cerca las relaciones entre la toma de rehenes del artículo 501.4.º y las detenciones ilegales de los artículos 480 y 481, unas veces, identificándolas y, otras, argumentando su desvinculación (así, la S. 18/05/93 –Soto Nieto–, en la cual se dice que «viene siendo asumido jurisprudencialmente que la toma de rehenes a que alude el artículo 501.4.º C.P. es equiparable al concepto genérico de detención ile-

«secuestro», no podemos contemplar esta figura penal más que en conexión con los «delitos de terrorismo» tipificados en el mismo Código, a los efectos de nuestro estudio (es decir, la toma de rehenes —o el secuestro, o la detención ilegal— en cuanto manifestación del terrorismo). Debemos precisar igualmente que algo similar ocurre con otras conductas tipificadas internacionalmente, que pueden suponer una privación de libertad —nos referimos, claro está, a las Convenciones de La Haya, Nueva York y Roma—, pues aunque realmente hay delitos en nuestro Derecho que tienen mucho que ver con las mismas, debemos realizar la misma operación y vincularlas necesariamente con los delitos de terrorismo.

La tercera conclusión que hemos utilizado como punto de partida merece un desarrollo especial para comprender mejor el juego legislativo que ha de hacerse después para cubrir el delito de toma de rehenes como un delito de terrorismo. En el transcurso de este desarrollo no dejaremos de lado la cuestión básica de ir extrayendo las posibles equivalencias y desigualdades entre la legislación española con la Convención contra la toma de rehenes, para poder comprobar el grado de adecuación alcanzado.

A. Los delitos de terrorismo

La Constitución española incorpora dos previsiones específicas, incluyendo incluso el *nomen iuris* del terrorismo en sedes diferen-

gal o privación de libertad ambulatoria»; también, la S. 1/06/90 —Huerta Álvarez de Lara—, donde se puede leer: «habida cuenta de que la significación del término “rehenes” equivale a la privación de la libertad ambulatoria, idéntica a la dinámica comisiva característica de las detenciones ilegales, surgió un problema de deslinde o colisión entre ambas normas»; a su vez, en la S. 16/07/93 —Ruiz Vellido—, se afirma que «el problema de las detenciones ilegales y el juego armónico del artículo 501.4 con los artículos 480 y 481 C.P. está lleno de dificultades que, en principio, se ofrecen casi como insuperables»; en este sentido *vid.*, también, la S. 7/04/94.

Por tanto, es fácil concluir que este delito no entraba en la lista de los habitualmente cometidos por las organizaciones terroristas. Aunque nada impedía, por supuesto, que el robo con rehenes pudiera ser cometido por una organización de aquel tipo, de hecho, este delito ha sido cometido en más de una ocasión por los miembros de la organización terrorista GRAPO. No obstante, lo que sucedía en esos casos, si además concurrían otros elementos, es que esa conducta se incardinaba en otro tipo penal: el delito de terrorismo. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 se ha producido una importante reforma en el delito de robo con violencia o intimidación, desapareciendo el antiguo delito complejo de robo con rehenes. Según la nueva regulación se castigan por separado el robo y los actos de violencia física que se puedan cometer (*vid.* el nuevo artículo 242 del Código penal).

tes (50). Por un lado, el artículo 13, relativo a los derechos de los extranjeros, niega expresamente la consideración de delitos políticos a los actos de terrorismo, para así excluir del régimen de extradición a los primeros y someter a los segundos. Por otro lado, el artículo 55, referente a la suspensión de derechos y libertades, establece en su párrafo 2 la siguiente autorización:

«Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (...)» (51).

En desarrollo de esta previsión, se han adoptado en el transcurso de estos últimos años varias leyes orgánicas (52). El grueso del Dere-

(50) Constitucionalización expresa que tal vez «no resulte muy oportuna en un texto con vocación de organizar la convivencia durante muchos años, pero también parece comprensible que el legislador no fuese capaz de sustraerse al incremento cuantitativo y cualitativo de la violencia terrorista que tiene lugar en España durante el período constituyente»; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1985, p. 176.

(51) Para un seguimiento de los criterios y caracteres de la legislación española preconstitucional pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: CASTILLO, A., «La lucha jurídica contra el terrorismo», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1977, pp. 748 y ss.; GARCÍA PABLOS, A., «Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita», *RFDUC*, XVIII. 1974, Núm. 49; GÓMEZ CALERO, J., «Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, abril 1972; GUTIÉRREZ LANZA, G., «Notas sobre los delitos de terrorismo», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35 y ss.

Para el tratamiento jurídico del terrorismo posterior a la Constitución, pueden consultarse, entre otros, ÁLVAREZ, F. J., y COBOS, M. A., «La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal», *RFDUC*, núm. 68, 1983, pp. 161 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *Cuadernos de Política de Criminal*, núm. 15/1981, pp. 379 y ss.; BOBILLO, F. J., «Constitución y legislación antiterrorista», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, noviembre-diciembre, 1985, pp. 47 y ss.; BUENO ARÚS, F., «Principios generales de la legislación antiterrorista», *RFDUC*, núm. 11, 1986, pp. 135 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», *RFDUC*, núm. 6 monográfico, 1983, pp. 319 y ss.

(52) La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (*BOE* núm. 289, de 2-12-1980), sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, dispone que las personas cuyos derechos fundamentales pueden ser suspendidos son aquellas que, «presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones»

cho penal vigente actualmente en la materia que nos ocupa viene constituido por las nuevas disposiciones introducidas a través de la última Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que han venido a reemplazar a los preceptos anteriormente introducidos en el Código penal por la Ley Orgánica 3 de 1988 (53). Las disposiciones atinentes a este lugar, son las que figuran ahora contenidas en varios artículos

que la misma Ley específica, «así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas» (Cfr., artículo 1.º.1). Por otra parte, en el ámbito de aplicación de la misma Ley se comprenden expresamente, entre otras acciones, las «detenciones ilegales bajo rescate, o bajo cualquier otra condición, y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas» [artículo 1.º.2.b)]. Esta Ley puede consultarse además, con anotaciones concordadas con el Código Penal vigente en aquellos momentos, en *Seguridad Ciudadana. // Terrorismo*, Academia Editorial Lamruja, Madrid 1981.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1981 introdujo en el Código Penal la tipificación de los delitos de pertenencia a grupos o bandas armadas, la cooperación y favorecimiento de dichos grupos o bandas o de sus miembros y la atenuación de las penas para los miembros que hubiesen abandonado voluntariamente dichas actividades [artículos 174 bis a), 174 bis b) y 174 bis c)]. Sobre esta Ley, véase ARROYO ZAPATERO, L. A., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *loc. cit.*, pp. 379 y ss.

La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (BOE núm. 3 de 3-1-1985) supuso la derogación expresa de los preceptos introducidos en el Código Penal por la Ley anterior. Esta Ley puede encontrarse también, junto con comentarios, notas, jurisprudencia y disposiciones concordantes y complementarias, en *Bandas Armadas y Elementos Terroristas*, Colección Nueva Biblioteca de Legislación, Academia Editorial Lamruja, Madrid 1985. Parece ser que el antecedente inmediato de esta última Ley ha de buscarse precisamente en un acto de secuestro. En dicho caso, se produjo una detención ilegal cualificada bajo rescate y posterior asesinato de un Capitán de Farmacia del Ejército; *vid.*, *ibidem*, p. 15.

(53) La Ley Orgánica 3/1988 de reforma del Código Penal se había promulgado a la vez que la Ley Orgánica 4 /1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ambas de 25 de mayo, y publicadas en el BOE núm 126 de 26-5-1988). Los artículos introducidos por la Ley sustantiva, que fueron distribuidos en distintas sedes del Código penal, eran los siguientes: 10, número 5; 57 bis, a); 57 bis, b); 98 bis; 174, 174 bis, a); 174 bis, b) y 233.

Estos preceptos, incorporados a la normativa penal sustantiva y procesal, venían a sustituir formalmente a la Ley 8/1984, cuya Disposición final Segunda disponía ya en aquel momento una vigencia temporal limitada a dos años (es decir hasta el 4 de enero de 1987) para determinados artículos de la misma (4, 5, 6, 19, 20 y 22). Por otra parte, ha de añadirse que además de no haber tenido nunca el favor de la doctrina, esta Ley de 1984 había recibido otro duro golpe cuando el Tribunal Constitucional se pronunció en diciembre de 1987 sobre la parte del articulado todavía vigente, declarando inconstitucional y nula una parte del mismo (concretamente, los artículos 1.1.2, el inciso final del artículo 13, el artículo 15.1 y el artículo 21). La intervención del TC se produjo como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por los Par-

del nuevo Código Penal: concretamente, el artículo 516 (antiguo número 3 del artículo 174, que establecía el delito de pertenencia o integración en banda armada u organización terrorista o rebelde); el artículo 576 (anterior 174 bis *a*), que tipificaba la colaboración con banda armada, elementos terroristas o rebeldes) y por último, los artículos 571 y 573 (antiguo artículo 174 bis *b*), el cual se encargaba específicamente de los delitos de terrorismo).

A.1 *La integración en bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*

En primer lugar, hemos de traer a colación el número 2.º del artículo 515 y el artículo 516. Aunque ninguno de ellos tiene relación alguna con los actos de detención ilegal o de secuestro, han de tenerse presentes –sobre todo el primero– para comprobar como se ha superado en gran parte la confusa técnica legislativa utilizada en el, hasta hace poco tiempo vigente, número 3 del anterior artículo 174. El texto del actual artículo 515.2.º declara punibles las «asociaciones ilícitas», estableciendo que tienen tal consideración: «las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». Por su parte, el artículo 516 dispone que en los casos previstos en el número 2.º del artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

- 1.º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

lamentos de Cataluña y el País Vasco. *Vid.* Sentencia núm. 199/ 1987, de 26 de diciembre, *BJC*, Cortes Generales, núm. 81, enero 1988, pp. 5-33).

De todas formas, hemos de decir que tampoco las disposiciones introducidas en 1988 gozaban, en absoluto, de popularidad doctrinal, en cuanto padecían de algunas incorrecciones y lagunas y en la medida en que habían venido a heredar importantes imperfecciones de la legislación derogada. Sobre la regulación introducida en 1988, puede verse, en general, TERRADILLOS BASOCO, J., quien, refiriéndose a la situación existente después del transcurso del plazo de vigencia de una parte del contenido de la Ley de 1984 y de la sentencia del TC, afirma «que el ejecutivo entendió inaplazable conservar, mediante su incorporación al Derecho penal y procesal común, el máximo posible de lo que de aquélla quedaba, sin renunciar a sus principios inspiradores», *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid 1988, p. 30. También RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 829, al referirse a las Leyes de 1988, afirman que se trataba, en realidad, de una «derogación parcial simulada». *Vid.*, igualmente, SERRANO GÓMEZ, A., «El terrorismo en el Derecho español», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, pp. 907-920.

2.º A los integrantes de las citadas organizaciones, la de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años».

Efectivamente, el artículo 515.2.º ha venido a remediar una importante laguna de la legislación anterior en cuanto introduce expresamente las bandas armadas y las organizaciones o grupos terroristas entre la categoría de asociaciones ilícitas (54). Así, el actual artículo 516 se remite al artículo 515 al igual que el antiguo artículo 174 lo hacía al artículo 173, para asentarse sobre la premisa de que las organizaciones o grupos terroristas constituían una asociación ilícita. Sin embargo, a la disposición predecesora (artículo 174.3.º) se le podía imputar un grave y patente defecto: el legislador había efectuado una remisión al vacío; pues al acudir al artículo de referencia (artículo 173) se podía constatar que entre las asociaciones ilícitas enumeradas no era posible encontrar referencia alguna a aquellas «bandas u organizaciones» (55). Por tanto, no podemos más que considerar bienvenida la nueva categorización expresa de las organizaciones o grupos terroristas como asociaciones ilícitas que se ha realizado en el Código penal porque la misma viene a remediar aquel imperdonable descuido y evita que tal cualidad tenga simplemente que darse por sobreentendida (56).

(54) Para cualquier profundización en la relación entre asociación ilícita y organizaciones terroristas, es imprescindible, entre otros, la lectura del trabajo de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Asociaciones ilícitas y terroristas», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Dir. M. Bajo Fernández, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDERSA, Madrid 1983, pp. 109-171.

(55) La disposición objeto de la remisión establecía cuatro tipos de asociaciones ilícitas: «Las que tuvieran por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión»; «Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito emplearen medios violentos para su comisión»; «Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar» y «Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

(56) Lo cual, en nuestra opinión, tampoco consistía en una tarea fácil de conformidad con la regulación anterior, pues muy dificultosamente esas bandas y organizaciones podrían ser incardinables en cualquiera de los cuatro tipos de asociaciones ilícitas que contenía el artículo 173.

En contra parecía opinar BLAY VILLASANTE, F., al decir que «puede haber, en definitiva, asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito, o que empleen medios violentos, o que sean clandestinas o de carácter paramilitar, y que no sean organizaciones terroristas. Pero no pueden reputarse terroristas aquellas organizaciones que no tengan entre sus objetivos el de cometer algún delito, o que no sean clandestinas o de carácter paramilitar, o que no utilicen para sus fines medios violentos. Con lo cual, ya tenemos un primer hallazgo en el orden penológico y de la tipicidad para la noción de terrorismo: que ha de tratarse de organizaciones o bandas con el carácter de asociaciones ilícitas, encajables en uno o varios supuestos del artículo 173

De todas formas otro desacierto digno de mención (que, en realidad, se encuentra estrechamente conectado con el que acabamos de dar cuenta en relación con las disposiciones derogadas) es la ausencia de un concepto de banda armada, organización grupo terrorista o rebelde. Nos parece una deficiencia inexcusable no sólo porque alrededor de aquellas figuras giran los tipos penales que veremos a continuación, sino porque aquella falta ya había sido denunciada por la doctrina penalista interna. Ciertamente, ello ya había motivado merecidas críticas, tan duras, como la que venía a achacar al anterior precepto el no ser respetuoso con el principio de legalidad (57).

Nos interesa ahora conocer lo que debe entenderse por banda armada, organización o grupo terrorista, siguiendo la letra del artículo 516 (58). En relación con la banda armada, es de señalar que doc-

del Código Penal»; «Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo XI, La Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, EDERSA, Madrid 1990, pp. 69-120; p. 107.

A nuestro juicio, dicha interpretación simplificaba mucho la cuestión para forzar la integración de esas bandas y organizaciones en un tipo de asociación ilícita. Y lo hacía todavía más, en nuestra opinión, si pensamos que, en realidad, conducía a que cualquiera de los cuatro tipos fuera susceptible de albergarlas. Por supuesto, es cierto que casi siempre o muchas veces las organizaciones terroristas tienen por objeto cometer delitos o cometen actos violentos, por ejemplo. Pero creemos que no deben concebirse esos caracteres que habitualmente están presentes como requisitos para la aplicación del tipo; porque una interpretación así puede quedar relativizada al comprobar como, por citar sólo un ejemplo, una asociación que promueva la discriminación racial puede, a la vez, ser de carácter paramilitar, tener por objeto cometer algún delito y emplear medios violentos para su comisión. Por otra parte, estimamos también, que la ausencia de una previsión al respecto no debería tener el efecto de hacernos buscar de un modo quizá demasiado formalista su inclusión en unos tipos penales que habían sido creados con anterioridad a la Ley de 1988 (y recordemos, a su vez, que su predecesora, la Ley Orgánica de 1984, no había sido insertada siquiera en el Código penal).

No obstante, ahora que ya no tenemos que lamentarnos de la falta de una disposición específica —e imprescindible—, sólo diremos que el contenido del nuevo precepto constituyó una novedad del Proyecto de reforma de 1994 (a diferencia del Proyecto de 1992, que no contenía ninguna precisión a este efecto); puede verse el proyecto del actual artículo 515.2.º (artículo 494.1.º en el texto original) en Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 77-1, 26 de septiembre de 1994, p. 69.

(57) TERRADILLOS BASOCO, J., *op. cit.*, p. 39. En la misma dirección, aunque realizando una crítica más moderada, *vid.* RODRÍGUEZ DEVEVA, J. M.ª, y SERRANO GÓMEZ, A., quienes afirman que ello provoca inseguridad jurídica, *op. cit.*, p. 831.

(58) Para otras cuestiones, relacionadas con la disposición correspondiente a ésta con anterioridad a la reforma (como puede ser la distinción y caracterización de los promotores, directivos e integrantes) que sería extemporáneo analizar en este lugar, *vid.* BLAY VILLASANTE, F., *loc. cit.*, pp. 69-120.

trinal y jurisprudencialmente se le ha venido dotando de ciertos elementos con los que se pretende llenar su concepto (59). Pero un concepto general aquí no es suficiente. El concepto debe ceñirse más, pues en toda esta regulación penal late de fondo, no lo olvidemos, la suspensión de derechos previstos por el artículo 55 de la Constitución. Indudablemente, así lo ha entendido el TC cuando especifica que el concepto de bandas armadas debe interpretarse restrictivamente y en relación con el de elementos terroristas, tal y como se menciona en el precepto constitucional (60). El terrorismo característico de nuestro tiempo, señala también el TC, se manifiesta como «una actividad propia de organizaciones o de grupos, de “bandas” (61), en las que usualmente concurrirá el carácter de “armadas”». Además, algo congénito a la actividad terrorista es «el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva» (62). Sin embargo, el mismo resultado, no en cambio el mismo propósito, puede producirse por la actividad sistemática y reiterada de ciertos grupos u organizaciones criminales. En definitiva, esas bandas armadas, que pueden provocar una situación de alarma social similar a la producida por los grupos u organizaciones terroristas, pueden ser equiparadas a estas

(59) Para dichos elementos, *vid.* VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, pp. 78 y 79; RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 831; MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 640 y 641.

La Audiencia Nacional ha formulado, a su vez, en numerosas ocasiones la noción de banda armada. Aquí, nos quedamos ahora con el concepto ofrecido, en un párrafo concreto de una sentencia, por parecernos, a estos efectos, enormemente gráfico. Así, las bandas armadas podrían definirse como:

«agrupaciones para la acción armada provistas de cierta organización, de la que nacen vínculos de alguna manera estables o permanentes, presididos por una idea de jerarquía o disciplina y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales o indeterminadas, con medios idóneos –armamento y explosivos– que procura normalmente la organización criminal»; Audiencia Nacional, Sección Tercera,

Sentencia 42/86, de 28 de mayo de 1986.

(60) Sentencia 199/87, *cit.*, Fundamento Jurídico n.º 4, p. 22.

(61) Para un análisis de variados modelos de terrorismo en distintas sociedades y diversos momentos históricos, *vid.* GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio Publicaciones, Facultad Derecho, UCM/Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid 1993; LAQUEUR, W., *Terrorismo*, Espasa Calpe, Madrid 1980; O'SULLIVAN, N., *Terrorismo, ideología y revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1987; también, desde un punto de vista histórico y etnológico, CARO BAROJA, J., *Terror y terrorismo*, Plaza & Janes / Cambio 16, Barcelona 1989.

(62) Sentencia *cit.*, *ibídem*.

últimas con el fin de que sean objeto de la suspensión prevista en el artículo 55.2 Pero debe quedar claro que, aunque a ambos tipos de organizaciones les aúne la similitud de efectos en o contra la sociedad o la seguridad pública, el elemento esencial inherente a la organización terrorista, es decir, el propósito o la intención política, no concurre nunca en la banda armada (63).

A.2 *La colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista*

El tipo penal de los actos de colaboración se establece en el vigente artículo 576 (64). Según el texto de esta disposición:

«1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años o multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o

(63) En este sentido, TERRADILLOS BASOCO recalca que las bandas armadas, a que se referían el artículo 174 y todos los demás introducidos en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las Leyes de 1988, debían acometer contra los mismos bienes jurídicos que los grupos u organizaciones terroristas. Sin embargo, el mismo autor añadía además una reflexión muy importante, ya que puede hacernos relativizar la posibilidad de la existencia efectiva de ese tipo de bandas armadas, en cuanto «es (...) difícil concebir una organización criminal cuyas actividades puedan socavar los cimientos de la sociedad o el Estado y cuyos miembros no conozcan y asuman esa trascendencia objetiva haciéndola propia»; *op. cit.*, p. 58.

Por último, en lo que atañe a las organizaciones rebeldes (mencionadas en la anterior disposición contenida en el número 3 del artículo 174 del Código penal), era común la opinión en la doctrina de que su noción era mucho más sencilla de obtener, en cuanto estaba tipificado en los artículos 214 a 217 bis del Código penal (artículos 472 a 476, según la normativa vigente) y –continúa estando regulado– en los artículos 79 y siguientes del Código penal militar. En cambio, no parecía plantearse la cuestión de la posible aplicación de las medidas restrictivas previstas en la disposición constitucional, quizá debido a que en el artículo 55.2 de nuestra Constitución tan sólo se prevén expresamente las bandas armadas y elementos terroristas. Pero no puede haber duda: «los elementos rebeldes no son, pues, sino una modalidad específica de los elementos terroristas». Así lo ha aclarado el TC, excusando la falta de mención expresa en el artículo 55.2 de la Constitución, al explicar que la rebelión es «la más grave de las acciones susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional»; Sentencia 199/87, *loc. cit.*, pp. 22 y 23.

(64) *Vid.*, en general, el trabajo específico sobre esta cuestión [en relación con el anterior artículo 174 bis, a)] de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Coord. M. Bajo Fernández, Tomo XI, La Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de banda armada, terrorismo y rebelión, EDERSA, Madrid 1990, pp. 121-253.

facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionadas en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos».

A menudo, los actos de colaboración con organizaciones terroristas son decisivos para asegurar el inicio, el desarrollo o el remate de sus operaciones (65). Esa percepción, por una parte, y la intención de evitar que se produjeran ocasiones para la impunidad de esas acciones, por otra, han sido las razones principales que motivaron la introducción de actos específicos de colaboración en la legislación penal (66).

(65) En este sentido, E. MESTRE DELGADO ha calificado a las conductas de colaboración, junto con las de apología, como delitos «funcionalmente terroristas», abogando, para los mismos, por una represión penal limitada y ceñida a los casos de manifiesta peligrosidad; cfr. *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pp. 41-43. En cualquier caso, de la trascendencia de los actos de colaboración, nos puede dar idea un dato suministrado por este mismo autor, al analizar la actuación de la Audiencia Nacional frente al terrorismo en sus diez primeros años de existencia, según el cual los distintos tipos penales que en los últimos años han tipificado los actos de colaboración han sido empleados por la Audiencia «con una frecuencia considerablemente mayor que cualquiera de las otras figuras penales específicamente creadas para reprimir la delincuencia terrorista»; *ibidem*, p. 195.

(66) A su vez, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO añade otro motivo tomado en cuenta por el legislador para proceder a la tipificación de estas conductas, a saber, la preocupación de «suplir la falta de pruebas mediante la ampliación de los tipos delictivos»; *loc. cit.*, p. 199.

La primera vez que se prevén de forma explícita actos de colaboración con organizaciones terroristas en la legislación penal española, al margen de las actividades de favorecimiento de las asociaciones ilícitas, es con ocasión del Decreto Ley 10/1975 de 26 de agosto; a dicha conclusión llega LAMARCA PÉREZ, C., tras revisar todos los textos penales referentes a estas cuestiones habidos en España desde el siglo XIX; cfr. *op. cit.*, p. 248.

Entre otras conductas tipificadas como colaboración, tiene importancia para nosotros la que el citado Decreto establecía en su artículo 6, al establecer que «serán

Debe puntualizarse además que, en todo caso, se trata de actos que han de ser realizados por personas que no pertenezcan a la organización terrorista (67)

Se advierte en este precepto una gran similitud con el artículo 9 relativo a los delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes de la Ley de 1984 y del inmediatamente anterior artículo 174 bis, a) (68). No obstante, el precepto vigente, afortunadamente, se ha cuidado de corregir la enredosa redacción de su predecesor de 1988, que era sucesor directo a su vez en sus fallos y en su redacción del, por cierto, nada impecable, artículo 9 de 1984 (69). De hecho, de ambos preceptos se ha criticado el empleo de una expresión tan confusa para describir la conducta típica —que destacamos por los efectos que ha podido tener durante todos estos años respecto de los delitos de detención ilegal— como es la que se centraba en las tres acciones de *obtener, recabar o facilitar* cualquier acto de colaboración.

En efecto, la redacción de estos textos omitía inexplicablemente toda referencia a las acciones de *realización o ejecución* de actos de colaboración, lo cual llegó a suscitar comprensibles dudas sobre si

castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas».

(67) Así lo reconoce de modo coincidente la doctrina, a pesar de que la Audiencia Nacional no haya sido en ocasiones demasiado congruente en este sentido. *Vid.* , al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *loc. cit.* , pp. 157, 160 y 161; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *loc. cit.* , pp. 209 y 210; MESTRE DELGADO, E., *op. cit.* , pp. 202-206.

(68) Según el texto del artículo 174 bis, a), vigente, como es sabido, hasta mayo de 1996:

«1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas o elementos».

(69) Así, por ejemplo, la única diferencia que se aprecia en el párrafo 1.º de ambos es que la referencia que en el artículo 174 bis, a) se hace al favorecimiento de la realización de las actividades de la organización terrorista, en el artículo 9 de la ley derogada se hacía a la comisión de los delitos que la misma preveía.

aquellas disposiciones serían de aplicación en realidad a tales conductas. De ahí que no faltara quien defendía en estos casos la aplicación de las reglas generales sobre la participación en los delitos (70), aunque lo cierto es que la solución doctrinal que predominaba era la que mantenía la tesis contraria (71), por cuya opción nosotros también nos inclinábamos (72). En cualquier caso, todas las incertidumbres anteriores han sido superadas ahora con la introducción explícita en el nuevo tipo penal de la conducta de quien «lleve a cabo» tales actos de colaboración.

De las conductas tipificadas como actos de colaboración en el párrafo segundo del artículo 576, que sin ser exhaustivo recoge obviamente las más importantes y habituales, revisten evidentemente un particular interés para nosotros «la información o vigilancia de personas» y «la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos», en la medida en que pueden estar, sobre todo la segunda, habitualmente conectadas con las detenciones ilegales calificadas o, sobre todo, con los delitos de secuestros, que

(70) Vid. ARROYO ZAPATERO, L., *loc. cit.*, p. 186 y VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

(71) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., *op. cit.*, donde el autor asumía la difícil labor de interpretar dicha expresión, de la que, a su juicio, se deducía «un incontrolable deseo de abarcarlo todo». En cualquier caso, según el autor, sería ilógico castigar lo menos (facilitar) y dejar impune lo más (prestar la colaboración). Por lo cual, podía deducirse que lo que se castigaba, entonces, era todo tipo o forma de colaboración; indudablemente se castigaban las conductas dirigidas a buscar, conseguir o facilitar esa colaboración, pero también las que la prestaban o ejecutaban directamente; *cfr.* pp. 86 y 87.

(72) Por estimar también que, junto a la necesidad de buscar la mayor coherencia posible con el párrafo segundo del mismo artículo, concurría además un error del legislador que era fácil detectar con sólo repasar los últimos textos legislativos que se habían ocupado de regular los actos de colaboración. Al revisar los términos manejados por las legislaciones justamente anteriores a la derogada Ley de 1984, es decir, el Real Decreto-Ley de 1979 y la Ley Orgánica 2/1981, podemos leer cómo, en la primera norma citada, se establecen las conductas de aquel que «*recabe o facilite de cualquier modo información o realice cualesquiera otros actos de colaboración (...)*», y en la segunda, se prevén penas para el que «*obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos, locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan: (...)*» (las cursivas son añadidas en las dos citas, que corresponden respectivamente a los artículos 2 y 174 bis b) de las dos normas citadas).

Efectivamente, la alteración mínima que se constata en la modificación del texto de 1979 por el texto de 1981, se convierte en un cambio sustancial al producirse una nueva modificación de la Ley de 1984, en la cual se omitió toda referencia a la realización de los actos de colaboración. Error que heredó la mimética legislación de 1988.

analizaremos más tarde, cometidos por organizaciones terroristas en nuestro país. Asimismo es destacable, también para nuestros efectos, la novedad que supone el hecho de que en el apartado 2 del segundo párrafo de la misma disposición se haya venido a imponer una agravación de la pena cuando la información o la vigilancia de personas ponga en peligro su «libertad» o cuando tal riesgo llegue a materializarse.

No se puede desdeñar la magnitud que las conductas de información y vigilancia de personas, bienes o instalaciones tienen en el éxito de muchas acciones terroristas. De hecho, se ha llegado a considerar que la tipificación de este tipo de conductas constituía en realidad la verdadera *ratio legis* de las disposiciones predecesoras, es decir, el establecer un delito autónomo que convirtiera en punible la actuación de los *comandos informativos*. Pues la falta de una previsión legal especial y la frecuente imposibilidad de probar la vinculación de aquellos comandos con los grupos de la organización que ejecutaba directamente cada acción, convertían «la vital labor de los comandos informativos en verdaderos actos “preparatorios” impunes» (73). Desde la inclusión expresa de estas conductas es posible castigar aquellas conductas de personas ajenas, pero de algún modo vinculadas a una organización terrorista, que consistan por ejemplo en observar, vigilar o fotografiar a personas susceptibles de convertirse en próximas víctimas de un delito de secuestro (74).

Asimismo, se puede avistar claramente cómo la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos se presentan en abstracto como acciones particularmente idóneas para coadyuvar a la comisión de delitos de secuestro, de detención ilegal o de tenencia de explosivos, depósito de armas o municiones (75). En lo que concierne a estos actos de colaboración, la previsión legal de la «construcción», el «acondicionamiento», la «cesión» o la «utilización» de alojamien-

(73) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., refiriéndose a la inclusión de dichas conductas en la Ley Orgánica 2/1981, en *loc. cit.*, p. 161.

(74) De este modo, este tipo de actividades, que MESTRE califica de propias de la infraestructura informativa de la organización terrorista, han sido efectivamente castigadas en numerosas ocasiones por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencias 59/84 –secc.2–; 74/84 –secc.2– o 4/86 –secc.3– del primer órgano judicial citado y Sentencias 21 de diciembre de 1986 ó 25 de febrero de 1986 del segundo); *vid.* MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 199.

(75) Sobre estos delitos, en los que lógicamente no vamos a detenernos a pesar de estar estrechamente emparentados con las organizaciones terroristas, pueden verse los nuevos artículos 563-570 (tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos); *vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 908-917 y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 705-712.

tos se refiere a las denominadas «cárceles del pueblo» (76). En realidad, hasta ahora se trataba de una figura agravada respecto de la común, aunque introducida también para hacer frente a acciones fundamentalmente de carácter terrorista contenidas en el antiguo artículo 481 bis del Código penal. El elemento diferenciador, que debía decidir la aplicación de una u otra figura (del antiguo artículo 174 bis, a) o del también ya derogado artículo 481 bis), no era otro que un elemento subjetivo del injusto manifestado en la intención de favorecer la realización de las actividades o el logro de los fines de la organización terrorista, que debía concurrir siempre en los supuestos contemplados por el primero de los preceptos citados, aunque también por su disposición inmediatamente sucesora, el actual artículo 576.

No obstante, en la regulación actual establecida en el párrafo 2 del artículo 576 se señalan explícitamente en cuanto actos de colaboración la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos. Tan sólo debe advertirse, pues, una novedad con respecto a la regulación anterior: la introducción de la conducta de «acondicionar». Esta nueva inclusión se debe presumiblemente a la ausencia en la nueva normativa de una disposición equivalente al antiguo artículo 481 bis que tipificaba las conductas de construcción y acondicionamiento como actos preparatorios del delito de detención ilegal, y que ha sido el único precepto que ha desaparecido del capítulo relativo a las detenciones ilegales y secuestros en nuestra legislación penal vigente.

De otra parte, creemos que las conductas más frecuentes y más cómodamente incardinables en el tipo penal serán las de *construir*, *acondicionar* y *ceder* locales a la organización terrorista, de los cuales ésta más tarde se servirá para la ocultación de personas secuestradas (77). No tan fácil es, en nuestra opinión, el esclarecimiento del

(76) *Vid. infra*, apartado B.

(77) En el estudio elaborado por MESTRE DELGADO sobre el tratamiento que la Audiencia Nacional ha dado a estas cuestiones (como hemos visto en relación con los comandos informativos), en el que el autor propone una clasificación de las conductas castigadas como actos de colaboración por aquel órgano jurisdiccional, propone también una tipología en relación al punto concreto que ahora estamos examinando. Se refiere, por una parte al desarrollo de actividades propias de la infraestructura material de la organización terrorista y, por otra, a las actividades que supongan una puesta a disposición de medios materiales o conocimientos técnicos susceptibles de ser empleados por dicha organización para la realización de sus actividades. Así, por un lado, una conducta como la de alquilar pisos o locales con el fin de ser utilizados con posterioridad por la organización terrorista (castigada, por ejemplo, en la Sentencia 20/83 –secc.2–) se trataría de una actividad destinada a fortalecer la infraestructura material, y, por otro lado, conductas como autorizar a un grupo terrorista la construcción de una

significado y posterior encasillamiento en el tipo penal de la conducta que consista en *utilizar* dichos alojamientos, teniendo en cuenta que estamos ante conductas de colaboración o favorecimiento, distintas, por tanto, de la autoría, de la cooperación necesaria y de la complicidad (78). Lo cual, ineludiblemente, provoca que la conducta típica de la «utilización» de los alojamientos por los colaboradores deba considerarse de modo restrictivo, de modo que no albergue actividades que excedan del simple favorecimiento, si se pretende que su contenido sea considerado como acto de colaboración a la luz de este artículo 576.

Como conclusión, debe hacerse hincapié en tres caracteres, dos de los cuales son comunes no sólo a estas dos conductas vistas sino también a todos los demás actos de colaboración, estén o no expresamente previstos, pues recordemos que el párrafo 2 del artículo 576 no recoge un *numerus clausus*, y que por tanto la realidad puede presentar otros supuestos menos habituales que los recogidos en la letra del precepto, pero igualmente subsumibles en el mismo. La primera característica, ya adelantada al comienzo de este epígrafe, es que estos actos sólo pueden ser cometidos por personas que no pertenezcan a la organización terrorista a la que intentan favorecer. Un segundo aspecto se centra en la imprescindible concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, es decir, de una motivación concreta según la cual se pretende favorecer la realización de las actividades o la consecución de los fines de la organización terrorista, pues de lo contrario no se trataría de una conducta típica (79). Un tercer aspecto es que en el caso de las acciones de información o vigilancia de personas ya no ha de tratarse necesariamente de actos de cooperación genérica como hasta la entrada en vigor de la última reforma del Código penal. Ciertamente, antes de tal modificación con cualquier acto de posible cooperación había de tenderse a apoyar o a beneficiar a una organización terrorista, a través de una ayuda a la ejecución de sus actividades o a la obtención de sus fines en general, pero no por medio de la cooperación en una acción o

«cárcel del pueblo» en sus propiedades (castigada, también por ejemplo, en la Sentencia 21/84 –secc.2–) integrarían el segundo tipo citado, es decir la puesta a disposición de la organización de medios materiales; cfr. *op. cit.*, pp. 198 y 199.

(78) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 se refiere a estas conductas como actos preparatorios especialmente castigados como favorecimiento, los cuales constituyen una «figura distinta aunque periférica a la participación».

(79) Tanto de conformidad con el antiguo artículo 174 bis, a) como a tenor del artículo 576, pues si el primero exigía que el acto de colaboración «favorezca la realización de los actividades o la consecución de los fines» de la organización, el segundo igualmente requiere que se trate de un acto de colaboración «con las actividades o las finalidades» de la organización o grupo terrorista.

delito concreto (80). No obstante, a pesar de que con la nueva normativa sigue sucediendo lo mismo en relación con la mayor parte de los actos de colaboración, ha dejado de ser así, en cambio, para los casos en que se lleven a cabo actos de información o vigilancia de personas, porque por imperativo expreso del segundo apartado del nuevo artículo 576.2, si en esos casos –en lo que a nosotros nos concierne–, se llega a poner en peligro la libertad de la persona vigilada o ésta llega a ser secuestrada, la pena para los autores del delito se verá agravada de conformidad con esta misma disposición (81).

Por último, otras dos interesantes cuestiones son las que pueden suscitarse a partir de la conceptualización también como acto de colaboración de «cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género». El primer punto discutible es si en los casos de secuestros (o, igualmente, en los casos de las anteriores detenciones ilegales bajo rescate) cometidos por una organización terrorista, el pago por parte de los allegados de la víctima o de sus intermediarios de la suma exigida para obtener su liberación puede considerarse como un acto de colaboración en virtud del artículo 576. La respuesta debe ser rotundamente negativa, por no concurrir la motivación específica, de la que hablabamos antes, de intentar favorecer a la organización terrorista (82). Un problema parecido es el que acontece con ocasión del pago del denominado «impuesto revolucionario». También aquí, creemos que debe resolverse negativamente por la misma razón que en la cuestión anterior (83).

(80) A este respecto, MESTRE DELGADO pone de relieve como la Audiencia Nacional no ha castigado como actos de colaboración a quienes, tratándose de un delito de detención ilegal, se ocupan de «transportar al detenido» o de «vigilarle»; *op. cit.*, p. 211. *Vid.* también RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *loc. cit.*, pp. 203-208, en las que se refiere a la misma cuestión de la «autonomía» de estos actos de colaboración, explicando del mismo modo que consisten en un «favorecimiento genérico, desvinculado y subsidiario de los delitos concretos programados por los terroristas» (en p. 204).

(81) No sucede lo mismo, como decíamos, para los restantes actos de colaboración. Así por ejemplo, si la cesión de un local a un integrante de una organización terrorista puede considerarse un delito de colaboración, la cesión de dicho local al mismo integrante de tal organización para ocultar a una persona secuestrada o a la que se va a secuestrar constituiría un acto de complicidad o de cooperación necesaria, conducta que debería castigarse entonces conforme a las reglas generales de la participación en los delitos.

(82) RODRÍGUEZ-VILLASANTE sostiene que en la mayoría de estos supuestos puede hablarse de la causa de justificación del artículo 8.7.º del Código penal: el estado de necesidad (actual artículo 20.5.º); *vid. loc. cit.*, p. 573.

(83) Aunque, a mayor abundamiento, algunos autores proponen además otros fundamentos para sostener la impunidad de tal conducta. RODRÍGUEZ-VILLASANTE,

A.3 Los delitos de terrorismo

Puede decirse, *prima facie*, que la tipificación del delito de terrorismo se confiaba hasta la reciente reforma del Código penal a la disposición contenida en el artículo 174 bis, *b*) (84).

La determinación de si este precepto contenía o no la tipificación del *delito de terrorismo* ha originado controversias entre la doctrina penalista (85). En todo caso, hemos de decir que hasta el momento en el ordenamiento jurídico español se ha venido entendiendo o interpretando que el delito de terrorismo siempre estaba constituido por tres elementos, según lo ha dejando bien sentado además la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (86). En primer lugar, para que se tratara de un acto de terrorismo, se consideraba hasta la adopción de la legislación de 1988 que el sujeto activo había de pertenecer en todo caso a la organización terrorista (87). A raíz de la vigencia del precepto contenido en el ya derogado artículo 174 bis, *b*), podían surgir dudas sobre el alcance de la ampliación conceptual del sujeto activo, debido a que la propia disposición añadía, a la previsión de la realización del tipo por personas integrantes de una banda armada u organización terro-

por ejemplo, se inclina por las eximentes de miedo insuperable (*vid.* el artículo 20.6.º) o de estado de necesidad (*vid.* el artículo 20.5.º), aunque manifestando la conveniencia de declarar exigibles, para la exención, «la prueba de la amenaza y que la coacción revista cierta gravedad»; *cfr. loc. cit.*, pp. 225-226 y 243.

(84) Cuyo texto establecía lo siguiente:

«El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.»

(85) Mientras para algunos autores, el artículo contenía el tipo penal del terrorismo, para otros se trataba más de una regla de determinación de la pena. Entre los primeros, puede verse GÓMEZ CALERO, J., «Delitos de terrorismo», en *Comentarios a la legislación penal* (Dir. Manuel Cobo del Rosal, Coord. M. Bajo Fernández), Tomo XI, Edersa, Madrid 1990, pp. 257-287; p. 263. Entre la segunda corriente, puede consultarse MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 641.

(86) Para comprobar la evolución de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo, en el período comprendido entre 1978 y las fechas justamente anteriores a la adopción de la legislación de 1988, es de gran utilidad el completo y minucioso análisis que realiza E. MESTRE DELGADO, en *op. cit.*

(87) Así se derivaba de la literalidad del párrafo 2 del artículo 8 («*Delitos de terrorismo*») de la Ley contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, de 1984.

rista o rebelde, la comisión en colaboración con sus objetivos y fines. No creemos, de todas formas, que dicho inciso debiera entenderse de otro modo como que únicamente precisaba de una vinculación material y susceptible de probarse con la organización. A nuestro juicio, exigir menos sería irracional y se compadecería mal con la naturaleza y la razón de ser (aunque no probablemente con el bien jurídico protegido) de la disposición (88). En segundo lugar, no sería delito de terrorismo si en su realización no se empleaba alguno de los medios enumerados en el artículo 174 bis, *b*), es decir, armas de fuego, aparatos explosivos, etc. Y, en último lugar, se necesitaba la ocurrencia simultánea de un elemento intencional y la ejecución de cualquier hecho delictivo. En otras palabras, la determinación del hecho delictivo había de efectuarse necesariamente en relación con la contribución del mismo, como decía expresamente el mismo artículo 174 bis, *b*), «a la actividad de aquéllas» (banda armada u organización terrorista o rebelde). Con lo cual, como ya ha sido puesto de relieve, «la multiplicidad de delitos que, utilizando los medios que en el artículo se enumeran, pueden “contribuir a la actividad” de las organizaciones o bandas era inaprehensible» (89).

Ello no sucedía, no obstante, con la redacción del correspondiente artículo 8 de la anterior Ley de 1984, ya que allí se operaba una remisión al artículo 1 de la misma, en donde se contenía un limitado elenco de hechos delictivos considerados como delitos de terrorismo [apartados *a*)-*k*)]. Aparte, lo más significativo a nuestros efectos es que, entre aquellos delitos, se encontraban tipificados expresamente: «detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas» [apartado *c*)]. La ausencia de una tipificación expresa de los delitos habitualmente considerados como terroristas en la normativa penal introducida por la legislación de 1988 ha sido muy criticada por algunos penalistas españoles, quienes tampoco estaban ya, por otra parte, demasiado satisfechos con la dicción de la disposición de 1984. De ahí que consideraran que la posterior configuración de los delitos de terrorismo no hizo si no empeorar más aún la situación.

De todas formas, nosotros no veíamos aquí que la falta de un catálogo de delitos concretos y específicos de terrorismo haya podido tener algún efecto perjudicial sobre nuestro objeto de estudio, porque no creemos que hubiera lugar a la más mínima incertidumbre. Pues

(88) Por ello nos parece muy acertada la matización sugerida por VIVES referente a que no basta con la «mera coincidencia idológica», en VIVES..., *op. cit.*, p. 81.

(89) VIVES, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, p. 81.

no cabe ninguna duda de que entre los delitos propios, más característicos y más frecuentemente recurridos por las organizaciones terroristas, ocupan un lugar muy relevante (quizá, el más destacado junto a los delitos contra la vida y la integridad física) aquellos que de algún modo conllevan ataques contra la libertad personal. Ello es algo que tiene lugar tanto en España como en la mayor parte de los Estados que, de algún modo, experimentan algún tipo de violencia terrorista, con independencia de la terminología que en cada ordenamiento jurídico se haya elegido para establecer o conceptualizar penalmente dichas acciones: detención ilegal, secuestro o toma de rehenes.

En cualquier caso, la situación ha vuelto a cambiar a partir de la reforma introducida en el Código penal a través de la Ley Orgánica 10/1995. Con la nueva regulación se ha pretendido retornar en cierta medida a un sistema mixto, restableciendo un claro método de desglose de las conductas delictivas sin duda más frecuentemente cometidas por los grupos y organizaciones terroristas, a la vez que se vuelve a instaurar un tipo penal independiente y abierto en el que pueda caber cualquier hecho delictivo realizado por personas integrantes o en conexión con aquellos grupos y organizaciones.

Así, en primer lugar, en el artículo 571, por ejemplo, se tipifican los delitos de estragos e incendios cuando sean ejecutados por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos «cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública». Con el mismo condicionamiento, cuando los hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, aparecen también incriminados –castigados con la pena de prisión de seis a diez años– el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables o axfisiantes o sus componentes, al igual que su fabricación, tráfico, transporte, suministro y su mera colocación o empleo, en el artículo 573. De igual forma, en el artículo 572, junto a los atentados contra la vida y la integridad física o psíquica, se atiende a la regulación de los delitos contra la libertad:

«1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaren la muerte de una persona.

2.º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaren lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 de este Código o *secuestraren a una persona*.

3.º En la pena de prisión de diez a quince años si causaren cualquier otra lesión o *detuvieren ilegalmente*, amenazaren o coaccionaren a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.» (90).

Por lo cual, queda claro que a partir de la nueva regulación se castigan específicamente dos clases de atentados contra la libertad de las personas (el secuestro y la detención ilegal) cuando son cometidos por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que persigan los fines descritos *supra*. No es necesario, pues, acudir actualmente al juego legislativo que, sin embargo, era necesario con anterioridad a esta última reforma para integrar los distintos tipos de detención ilegal en el tipo genérico del delito de terrorismo.

Por último, y en segundo lugar, se ha establecido un nuevo tipo penal en el vigente artículo 574. Según su texto:

«Los que, perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometieren cualquier otra infracción con alguno de los fines expresados en los artículos anteriores, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.»

Desde nuestro punto de vista es posible encontrar una relativa similitud entre esta nueva disposición y el ya derogado artículo 174 bis, *b*) que transcribíamos al comienzo de este apartado, pese a que el «cajón de sastre» en que consistía, de hecho, este último haya experimentado una importante y apreciable rebaja de su contenido en el texto de aplicación presente. Ciertamente, el artículo 574 parece estar concebido tan sólo para que cumpla, si ello fuera necesario, una aplicación residual.

B. La detención ilegal y el secuestro

B.1 *El tipo básico de la detención ilegal*

Adelantábamos que la conducta internacionalmente típica de toma de rehenes, tal y como se configura en la Convención interna-

(90) La cursiva es añadida.

cional de 1979, podría encontrar una primera equivalencia, aunque incompleta, en la configuración penal española de la detención ilegal y una analogía más perfecta con la figura penal de secuestro. La figura de la detención ilegal se contempla fundamentalmente en dos disposiciones del Código Penal: el tipo básico, en el párrafo primero del artículo 163; y el tipo cualificado, en el artículo 166. Sin embargo, como decíamos –y como comprobaremos a continuación–, el tipo penal internacional de la toma de rehenes halla un encaje mucho más perfecto, sólo a partir de la reforma efectuada en 1995, en el actual tipo penal de secuestro recogido en el artículo 164. Todos estos preceptos aludidos constituyen el núcleo esencial vigente de la regulación española sobre la materia. Según los dos primeros párrafos del artículo 163:

«1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.»

Es el párrafo primero de este artículo el que contiene el tipo básico de la detención ilegal, cuya redacción apenas se ha alterado con respecto al antiguo artículo 480, su inmediato predecesor. Éste y los demás preceptos relativos a las detenciones ilegales y secuestros se incardinan en el Título VI del Código Penal, que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad»; lo cual supone una primera aproximación al bien jurídico que se intenta proteger. Está claro que el delito de detención ilegal pertenece al grupo de los que atentan contra la libertad en el sentido genérico que aparece en el rótulo del Título VI. Pero uno de los temas más debatidos en la doctrina se refiere precisamente a cuál es, en concreto, el bien jurídicamente protegido. Dos son las tesis principales alrededor de las cuales giran todos los desarrollos doctrinales. Según la primera, el bien jurídico a tutelar es la libertad ambulatoria o de movimientos (91). Según la segunda, lo que se intenta salvaguardar no es la libertad de movimiento considerada en sentido genérico, sino una determinada modalidad de la libertad de

(91) Para esta teoría *vid.* CÓRDOBA RODA, J., «El delito de detenciones ilegales en el Código penal español», en *ADPCP*, 1964, pp. 390 y 391, quien define la libertad ambulatoria como la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico. Teoría que es seguida, entre otros, por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 150; QUERALT, J., *op. cit.*, p. 131; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 726; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pp. 102 y 103.

obrar, a saber, la libertad de abandonar el lugar en que se encuentra la víctima de la detención (92).

En nuestra opinión, ambas teorías no dejan de acertar al exponer una lesión efectiva que sufren determinados valores o bienes con ocasión de las detenciones ilegales (la libertad de movimientos, en el primer caso, y la libertad de abandono, en el segundo), pero a la vez creemos que dichos valores no son los únicos agraviados. Ambas concepciones dejan escapar, al no precisarlos bien, otros valores gravemente afectados (93).

Cada vez que se comete un delito de detención ilegal, sí se afecta gravemente, por supuesto, a la libertad de movimientos o libertad ambulatoria, pero de un modo genérico, de igual forma que se ataca, de forma todavía más abstracta, a la libertad como valor absoluto. Evidentemente, la capacidad de desplazamiento queda bloqueada, suspendida o anulada, pero no es el único derecho o potencialidad del individuo que experimenta ese efecto. Pues el detenido queda limitado o impedido en su capacidad de obrar en general, de llevar a la práctica muchas otras conductas, en definitiva, de ejecutar cualquier decisión. Y, desde luego, en nuestra opinión, la imposibilidad de desplazamiento no tiene por qué ser el punto de convergencia de todas esas acciones potenciales: muchas de ellas pueden implicar o tener como premisa la necesidad de tener movilidad, pero otras no.

También, indudablemente, con ocasión de muchos de los supuestos de detención ilegal que se producen, se obstaculiza o impide la libertad de abandonar el lugar en el que se encuentra la víctima. Sin embargo, a nuestro juicio, se pueden presentar casos que difícilmente pueden encajar en esta interpretación de la libertad de abandono como bien jurídico, o que al menos vienen a relativizarla, justamente por ser

(92) Opina así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 306. También, en esta dirección, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en *op. cit.*, quien además de apoyarse en el desarrollo histórico de la figura, para la defensa de esa interpretación, acude a otros tres argumentos: la toma en consideración por parte del legislador de la libertad de movimiento tan sólo en cuanto valor genérico, y no como valor o interés concreto a proteger en el precepto penal; la propia redacción del tipo penal, que se refiere a dos modalidades de la privación de libertad, es decir, el encierro y la detención; y, por último, la facilitación de la distinción entre el delito de detención ilegal y el delito de coacciones, *vid.* pp. 51-57.

(93) En cualquier sistemática lógica jurídico-penal, la cuestión del bien jurídico protegido por el tipo suele ser el primer objeto de estudio, antes que la acción típica, el sujeto activo o cualquier otra materia. Por eso mismo, aquí también vamos a respetar ese orden. Sin embargo, debemos aclarar que para la perfecta comprensión de este apartado es necesario conocer previamente el contenido de los conceptos de encierro y detención; por ello nos remitimos *infra*.

demasiado restringida. Se nos ocurre una serie de supuestos que puede desautorizar aquella interpretación. Supuestos en los cuales la detención o privación de libertad se produce en el mismo domicilio de la víctima, o en el lugar que desempeña su actividad profesional –por ejemplo, las frecuentes detenciones de rehenes producidas en los locales de embajadas–, o a bordo de un avión o barco que la víctima ha tomado voluntariamente. Creemos que decir en estos casos que el bien jurídicamente afectado es la libertad de abandonar dichos lugares es, cuando menos, poco exacto. Por otra parte, pensamos que dicha interpretación se adecua más al concepto relativamente restringido de encierro, pero no al más amplio de detención.

Por todo ello, para nosotros, el bien o valor que sin lugar a dudas recibe un mayor daño (mayor, incluso, que verse privado de la libertad de desplazamiento «a secas», como se desprendería de la primera interpretación doctrinal citada) y, lo que es más decisivo, que sufre ese perjuicio en todas las posibles hipótesis que se puedan plantear (y no sólo en casi todas, como a nuestro juicio, se deriva de la segunda óptica doctrinal que toma en única consideración la libertad de abandono), es la capacidad de actuar legalmente según los dictados de la propia voluntad o, lo que es lo mismo, la libre disposición de su persona. Dicho en otras palabras (la verdad es que puede recibir múltiples formulaciones), el bien jurídico protegido es la capacidad de la persona para «autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita», cualquier conducta lícita (94).

Según el tenor literal del primer párrafo, el sujeto activo del delito ha de ser un «particular». Dicha afirmación requiere una precisión posterior, puesto que, de acuerdo con una opinión doctrinal mayoritaria, también puede ser sujeto activo el funcionario público que no actúa en el ejercicio de su cargo, sino como particular (95). La redac-

(94) *Vid. infra* la sentencia del TC de 6 de julio de 1986.

(95) En los casos en que el funcionario público actúa en el ejercicio de su cargo y dentro, en principio, de su competencia (junto con otros requisitos, como puede ser la ausencia de una motivación personal) se aplicará el artículo 580. Por otra parte, cuando no medie causa por delito, será de aplicación el nuevo artículo 167, según el cual:

«La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.»

Es de destacar, a nuestro juicio, el gran cambio producido a este respecto con la última reforma del Código penal, pues además de llevarse esta disposición a la sede específica de los delitos contra la libertad, justo a continuación de los delitos de

ción utilizada por la Convención contra la toma de rehenes no puede ser más incondicional en lo que se refiere al sujeto activo del delito: «toda persona que (...)». Puede advertirse aquí una similitud entre ambas regulaciones, la nacional y la internacional, pues el autor del delito tampoco tiene por qué ser necesariamente un particular según la Convención de 1979.

El artículo 163 establece dos acciones típicas que producen como resultado una privación de libertad: «encerrar» y «detener». ¿En qué consisten ambas conductas? Para definir la primera, la inmensa mayoría de los penalistas españoles sigue en líneas generales la misma teoría, según la cual, encerrar es situar a una persona en un lugar cerrado (96). Para definir la segunda, también una gran mayoría se decanta principalmente por la presencia de dos elementos, considerando que ambos deben aparecer a la vez o que basta con sólo uno de ellos. De tal modo que entienden que tiene lugar una detención cuando se sitúa a la persona en un lugar abierto y/o cuando se produce una aprehensión de la víctima (97).

detención ilegal y secuestro cometidos por particulares, se ha contemplado un alzamiento considerable de las penas.

Para una relación y diferenciación entre la disposición predecesora de este artículo (el artículo 184) y la disposición contenida en el párrafo primero del anterior artículo 480 (que establecía hasta la reforma el tipo básico de detención ilegal), *vid.*, en especial, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Ed. Trotta, Madrid 1992, pp. 91-105; también, entre otros, VIVES ANTÓN, T. S., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pp. 727 y 728 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, p. 150.

(96) *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 307; MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, pp. 729 y 730; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Madrid 1982, p. 120; CÓRDOBA RODA, J., *loc. cit.*, p. 395. También la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo sigue esta dirección. Así, por ejemplo la sentencia de 25 de octubre de 1983, donde el encierro se caracteriza como «situar a una persona en lugar no abierto y del que no pueda salir por sus propios medios» (*Jr. Cr.*, n.º 1407).

(97) Para el lugar abierto como criterio fundamental, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 30, y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, CEURA, Madrid 1989, p. 23. La aprehensión como factor decisivo, sin referencia al espacio abierto, aparece en la concepción de MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, 1988, p. 59; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 123; CÓRDOBA RODA, J., *loc. cit.*, p. 395. Y, finalmente, una combinación de ambos criterios, el espacio abierto y la concurrencia de la aprehensión, se recoge en la caracterización ofrecida por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151.

En la jurisprudencia del TS se reitera la aprehensión como signo distintivo de la detención; por ejemplo, en la sentencia de 25 de octubre de 1983 se identifica la deten-

En este esquema básico aceptado por la generalidad de la doctrina se abunda para añadirle diferentes notas características por parte de los autores. Por ejemplo, con respecto al *encierro*, se dice que es indiferente que ese lugar cerrado sea mueble o inmueble (98); que lo decisivo es que no pueda ser abandonado físicamente por la persona que está encerrada (99); que existe encierro a pesar de que las salidas estén abiertas o puedan ser superadas fácilmente, debido a que las mismas estén custodiadas por una o varias personas (100); o que el encierro necesita una cierta permanencia o duración mínima (101). Por lo que se refiere a la *detención*, también se añaden más notas caracterizadoras. Así, para algún autor, entre los que optan por el espacio abierto como principio definitorio, es necesario que la víctima esté físicamente impedida de abandonar el lugar en que se encuentra detenida, bien por un impedimento mecánico (por ejemplo, porque se encuentra atada), bien por la amenaza del empleo de la fuerza física, o bien debido a que se anula su capacidad de reacción para decidir desplazarse a un lugar diferente de aquél en el que se encuentra (por ejemplo, porque se le suministran narcóticos) (102); a su vez, se afirma que la detención tiene lugar con independencia de que se lleve a cabo con o sin traslado (103). Entre los autores que se inclinan por la imprescindible mediación de una conducta de sujeción por parte del autor, se desarrolla afirmando que la privación de la libertad de la víc-

ción con el «aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse donde ella quiera» (*Jr. Cr.*, n.º 1158). Aunque, en ocasiones el TS caracteriza la detención sin acudir al concepto de la aprehensión; así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986, donde singulariza esa forma de privación de libertad, afirmando que consiste en «impedir u obstaculizar a una persona su marcha y compelerle a que vaya donde no le place ir» (*Jr. Cr.*, n.º 1682). Lo que no ha encontrado eco en la jurisprudencia del TS es el criterio del lugar abierto como elemento característico de la detención, en contra de la acogida que sí ha tenido, en cambio, en la misma el criterio similar del lugar cerrado como inherente al encierro.

(98) MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151, que añade como ejemplos de lugar no abierto un «automóvil», una «habitación» o una «roulote». *Vid.*, también, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 307.

(99) RODRÍGUEZ DEVESA..., *ibídem.*

(100) *ibídem.*

(101) CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 729.

(102) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 307.

(103) Cfr. *ibídem.*, donde se puede leer que la detención «puede presentar una forma itinerante cuando el detenido se ve forzado a acompañar a sus captores sin posibilidad de tomar otra dirección, bien porque es transportado como si fuere una cosa, bien porque se le obliga físicamente a seguirlos por la fuerza o por la amenaza del empleo de la fuerza: el “conducir detenida” a una persona es también detención».

tima ha de realizarse a través de la aprehensión de la víctima (104). Y también, como anticipábamos, algún otro autor exige la convergencia de ambos elementos para poder hablar del concepto de detención, en cuanto se sostiene que detener «equivale a la *aprehensión* de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un *espacio abierto* (amarrándola, golpeándola, etc.)» (105).

Aun estando de acuerdo con parte de la caracterización expuesta con respecto a alguno de los elementos típicos de las acciones de encerrar y detener, no compartimos el planteamiento general que sirve de base a ese desarrollo doctrinal imperante en nuestro país. Es cierto que los elementos desarrollados por la doctrina son característicos y que habitualmente confluyen en distintas manifestaciones de la privación de libertad, pero ello no implica que formen parte de la esencia de su concepto. Las concepciones que hemos repasado conducen a considerar siempre, por ejemplo, que el encierro y la detención son dos acciones contrapuestas, o que la aprehensión es la esencia de la detención, o que cuando la víctima se ve privada de su libertad en un lugar cerrado sólo se puede hablar de encierro. Se llega a tales conclusiones porque esos conceptos aportados doctrinalmente parten de la estimación de que las dos únicas acciones típicas del párrafo primero del artículo 163 (o del mismo párrafo del antiguo artículo 480) son la de encerrar y la de detener, y que ambas son autónomas y se sitúan en un plano de igualdad, y que el contenido de cada una de las dos excluye el de la otra: lo que es encierro no es detención, o es encierro lo que no es detención. A nosotros nos parece un tanto forzada y artificiosa esa distinción inicial. Por ello arrancamos de una premisa diferente siguiendo a un sector doctrinal minoritario, según el cual «el encierro no es más que una especie del más amplio género de detención» (106). Aunque el encierro es el tipo más habitual de detención, no es el único; lo importante, en cualquier caso, es que toda privación de libertad constituye una detención. Esto es coherente, además, con lo que ha dejado sentado el TC español:

«debe considerarse como detención 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

(104) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 123; MAQUEDA ABREU, M. L., *op. cit.*, p. 59.

(105) MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151 (la cursiva es añadida).

(106) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, pp. 114 y 115 (la cita corresponde a la primera de las páginas citadas).

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» (107).

De ahí que compartiéramos alguna propuesta que se ha hecho de *lege ferenda* de mantener la acción de encerrar en el tipo penal del artículo y sustituir, por el contrario, la acción de detener por la expresión «o de cualquier otra forma privare de libertad», para impedir así la mayoritaria interpretación restrictiva del concepto de detención (108). No obstante, con ocasión de la reciente reforma del Código penal se ha hecho caso omiso a estas sugerencias y, consiguientemente, se han dejado inalterados los dos términos, de encierro y de detención, tal como se establecían en el anterior artículo 480 (109).

Partiendo ahora del concepto amplio de detención como género, resulta más sencillo proceder a delimitar el posible contenido del encierro como forma más característica y habitual en la práctica de aquélla. Creemos que para una justa comprensión de lo que constituye encierro, debemos distanciarnos de las interpretaciones extremas. Dicho de otra forma, a nuestro entender, no llevan razón ni

(107) Sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986, Fundamento Jurídico n.º 5, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XV, pp. 490-497 (también *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 1986).

En la misma sentencia el Tribunal resalta la importancia que tiene «una recta identificación del concepto de “privación de libertad” que figura en el art. 17.1 de la Constitución», pues la misma «es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad –en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita– queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean» (Fundamento Jurídico n.º 4).

Nosotros añadiríamos, por otra parte, que este concepto en sentido genérico de detención se compadece con el significado habitual y extrajurídico que se atribuye el término. Detener significa «Privar de libertad por un tiempo breve»; *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992, Madrid 1994.

(108) Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, pp. 114 y 115.

(109) Lo cierto es que tanto en el fallido intento de reforma del Código Penal de 1992 como en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 se conservó desde el principio la misma redacción del hasta hace poco tiempo vigente artículo 480; *vid.*, para el primero, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992, p. 112, Artículo 171 (también en *Estudio Comparativo del Código Penal Vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*, 1993, p. 97). Para el segundo, Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, *loc. cit.*, p. 26, artículo 159.

quienes proponen que el encierro se refiere a la colocación de la víctima en un lugar cerrado (110), ni aquellos que sostienen que tiene lugar cuando se niega la libertad de movimientos en sentido genérico (111); pues el resultado viene a ser una innecesaria restricción o ampliación del significado del término, respectivamente. Una vez más, estimamos que el contenido de la conducta de encerrar, según el tenor del párrafo primero del artículo 163, debe interpretarse de modo más acorde con el significado simplemente no normativo de la palabra. Así, según su empleo habitual, el término encerrar tiene el significado de «meter a una persona (...) en lugar del que no pueda salir» (112). Consideramos que no importa tanto que el sitio en cuestión sea o no hermético, como que la víctima no pueda abandonar el mismo. Por ello nos parece muy acertada la caracterización del encierro que hace Muñoz Sánchez. Según este autor, para que exista encierro se necesitan dos presupuestos: «a) El situar al sujeto en un espacio delimitado. b) Impedir el abandono de ese espacio mediante mecanismos exteriores» (113). Siguiendo al mismo autor, hay que decir que el primer presupuesto implica que el lugar tiene sus propios límites, sin importar que se trate de un espacio abierto o cerrado (114); aunque «lo decisivo es el segundo presupuesto, que el sujeto no pueda abandonar el lugar por impedirselo un dispositivo u obstáculo externo» (115).

Así concebido el término encerrar, puede cubrir los más variados supuestos que ofrezca la práctica. Es cierto que las detenciones ilegales o secuestros que usualmente se llevan a cabo en nuestro país por alguna organización terrorista, ETA fundamentalmente, no suscitan ningún problema para ser incluidas en la interpretación más estricta que antes hemos visto, según la cual el encierro precisa de un lugar

(110) *Vid. supra.*

(111) *Vid.*, por ejemplo, la explicación que de la acción del párrafo primero del artículo 480 hacía QUERALT, J. J., *Derecho Penal Español, Parte Especial, Volumen I*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 132; donde el autor sostiene que mientras el verbo encerrar «apunta más a la acción de privar la libertad de movimientos», el verbo detener lo hace «más hacia el resultado del impedimento».

(112) *Diccionario de la Lengua Española...*, *op. cit.*

(113) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 111.

(114) *Ibidem.*

(115) «Una persona está encerrada cuando objetivamente existe un obstáculo físico que le impide abandonar el lugar de paradero. Si esto ocurre a través de cerrar las salidas o mediante cualquier otro mecanismo externo de naturaleza física es indiferente, piénsese en impedir la salida cerrando con llave la puerta o bien poniendo un guardia armado o un perro mordedor en la puerta de salida. En todo caso se ha de tratar de un dispositivo externo de naturaleza física»; *ibidem.*

cerrado (116). Pero, a nuestro entender, es cierto también que no deja de ser muy conveniente que permanezca la posibilidad de proceder a una interpretación mucho más abierta, que permita dar cobertura a casos que la realidad demuestra que se pueden producir y que en ocasiones desbordan cualquier intento, por muy imaginativo que sea, de previsión. Creemos que posibles ejemplos de tales supuestos se habrían producido ya, sin ir más lejos, en 1990, en relación con los actos de toma de rehenes cometidos en el territorio de Irak y Kuwait, muy poco tiempo antes de que comenzaran las hostilidades en esta zona del Golfo Pérsico y, a finales de 1994 y durante 1995, con respecto a la realización del mismo tipo de acciones en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina mientras estaba asolado todavía por el conflicto armado. En ambos casos algunos de los rehenes llegaron a ser utilizados como *escudos humanos* o fueron semiinmovilizados en lugares rodeados de minas, sin que se hallaran —en uno u otro supuesto— en lugares cerrados (117).

La conducta típica del delito, según el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes, se conforma en primer lugar por las acciones de «apoderarse» y «detener». Es fácil concluir que en el amplio concepto español, antes propuesto, tienen cabida con sobrada holgura los conceptos jurídico-internacionales de apoderamiento y detención. Además, el empleo de dos términos convencionales, en vez de sólo uno, obedecía simplemente a la razón de flexibilizar el significado y contenido de la conducta prohibida y facilitar así su similitud y equivalencia con los tipos penales de los diferentes Estados. En realidad, puede afirmarse que el uso de ambos términos a la vez es esencialmente tautológico (118).

(116) Pues son bien conocidas, a través de los diversos medios de comunicación, las características y las dimensiones que suelen tener los espacios elegidos por los miembros de ese grupo terrorista para retener a sus víctimas durante meses. Con ocasión del término de cada uno de esos secuestros, sale a la luz pública la información relativa, no sólo al carácter siempre cerrado del lugar de la detención, sino también a las medidas del mismo, que no suelen alcanzar tan siquiera los dos metros de alto por dos de ancho.

(117) Sobre los hechos, puede consultarse *Keesing's Contemporary Archives*, 1990, pp. 37692-37697 y pp. 37758-37760 y «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, 1994-4, pp. 1091-1096 (para los supuestos de toma de rehenes durante el conflicto del golfo Pérsico) y «Chronique...», *RGDIP*, 1994-2, pp. 467 y 468; *ibidem*, 1994-4, pp. 957-959; *ibidem*, 1995-1, pp. 100 y 101; *ibidem*, 1995-3, pp. 687 y 688 (para los casos de rehenes en Bosnia-Herzegovina).

(118) Sobre ello, *vid.* LAMBERT, J. J., *Terrorism and hostages in International Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1990, p. 81.

El concepto de detención que aparece en la Convención-internacional contra la toma de rehenes es similar al que responde a igual término en el orden jurídico de nuestro país (119). Del mismo modo puede decirse que el concepto convencional de «apoderamiento» se acerca más al español de «aprehensión», en el significado que, como hemos visto páginas atrás, le atribuye la doctrina. Aunque a nuestro parecer el concepto de aprehensión no forma parte integrante del tipo penal de la detención ilegal (120), no olvidamos que en la práctica habitualmente tiene lugar en los momentos iniciales de toda detención.

B.2 *El secuestro y los tipos cualificados de la detención ilegal y del secuestro*

B.2.1 El tipo cualificado de la detención ilegal contenido en el artículo 163.3

El primer tipo cualificado de la detención ilegal se encuentra recogido en el artículo 163.3, cuyo tenor literal del primero es el siguiente:

«Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días».

Esta agravación (contenida antes de la reforma en el párrafo 2.º del artículo 481) es también digna de mención en cuanto concurre en muchas de las detenciones o secuestros protagonizados por grupos terroristas. La detención ha de mantenerse por más de quince días y el cómputo de ese plazo ha de iniciarse desde el mismo momento en que se produce la privación de libertad (121). Se trata, en definitiva, de

(119) También en la versión inglesa está dotado del mismo sentido. Jurídicamente, «detain» significa detener, privar de libertad. Significado al que además suele atribuírsele un carácter de una mínima extensión en el tiempo, con un significado de retención; cfr., por ejemplo, ALCARAZ VARÓ, E., y HUGHES, B., *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español/Spanish-English*, Ariel Derecho, Barcelona 1994. Lo cual, se comprueba fácilmente al revisar los textos anglosajones de legislación comparada, que veremos *infra*.

(120) Por el contrario, como hemos visto *supra*, para algunos penalistas sí es inherente a la conducta típica del delito.

(121) Puede señalarse que antes de la penúltima modificación habida a este respecto la disposición correspondiente a este apartado requería para su aplicación que el encierro o detención se hubiera prolongado más de veinte días.

Para algún desarrollo sobre esta cualificación pueden verse ORTS BERENGUER, E., «Detenciones ilegales cualificadas», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDERSA, Madrid 1983, pp. 405-425; p. 409; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en

una figura cualificada paralela a otra privilegiada que se contiene en el párrafo 2.º del mismo artículo (122), según la cual se atenúa la pena en aquellos casos en que se haya producido la liberación de la víctima dentro de los tres días siguientes a su detención, con los requisitos que se estipulan en el artículo de referencia (123).

Es oportuno traer en este punto la reseña de un debate desarrollado durante los trabajos de redacción en el seno del Comité *Ad Hoc* para la elaboración de la Convención internacional contra la toma de rehenes. Allí, se formuló por parte del delegado francés una propuesta formal para incluir la previsión de una aminoración de la penas en todos los casos en que se produjera una liberación voluntaria de los rehenes (124). La propuesta obtuvo el beneplácito de una sola delegación: la chilena (125). La desaprobación por parte de los demás Estados no se hizo esperar. El rechazo se motivaba principalmente sobre cuatro órdenes de razones. En primer lugar, se hacía referencia a las complicaciones inherentes a la labor de determinar en cada caso si la puesta en libertad se produce verdaderamente de modo voluntario o no (126). En segundo lugar, se incidía en las dificultades jurídicas y prácticas que una causa legal de atenuación de este tipo traería consigo al imponer límites de actuación a los tribunales de cada país (127). En tercer lugar, se sostenía que una previsión como aque-

VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 734 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 311.

(122) Transcrito *supra*.

(123) Esto es, además, según la legislación vigente, que el autor del delito no haya logrado el objeto que se había propuesto. En la normativa anterior, de conformidad con el párrafo 3.º del artículo 480 se exigía a la vez que no hubiese comenzado el procedimiento.

(124) *Vid.* Documento A/AC. 188/L.8; *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, A/32/39, p. 55, párr. 19 y 2.º *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, A/33/39, p. 29, párr. 24.

(125) *Vid.* el razonamiento, a nuestro juicio, un tanto ilógico, del Sr. Rios Marimon, en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 33, párr. 46.

(126) *Vid.* la motivación que el representante del Reino Unido ofrecía para fundamentar su oposición. Este representante proponía como ejemplo «una liberación de rehenes que sea resultado de negociaciones y ofrecimientos», añadiendo que «no puede considerarse como un acto verdaderamente voluntario»; 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 30, párr. 29. *Vid.* también las opiniones contrarias de los delegados de Holanda y Canadá en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 81, párr. 39 e *ibidem*, pp. 30 y 31, párr. 32, respectivamente.

(127) Opinaban así, siendo partidarios, por tanto, de omitir toda referencia que pudiera ir en menoscabo de la discrecionalidad judicial, los representantes de los mismos Estados que a la vez recurrían a la defensa del argumento anterior; *cfr. supra, ibidem*.

lla podía considerarse implícitamente recogida en otras disposiciones de la Convención, como por ejemplo en el artículo 3.1. (128). Y, por último, se recurría al peligro latente que encerrarían este tipo de disposiciones, que podrían estimular, en lugar de hacer disminuir, la comisión de delitos de toma de rehenes (129).

Finalmente, no se llegó a introducir en la Convención ninguna referencia al respecto, a pesar de que varios Estados llegaron a adoptar posiciones más matizadas que al principio. Pero no nos deja de causar extrañeza que después de la acumulación generada durante los trabajos preparatorios convencionales de tantos y tan variados argumentos para desechar la inclusión de tal disposición comprobemos más tarde que la misma no sólo se contiene en la legislación española, sino también en muchos de los textos legislativos de Derecho comparado (130).

Paralelamente, la prolongación en el tiempo de la situación de detención ilegal o secuestro opera, a su vez, como un motivo legal de

(128) Ésta era la opinión mantenida en una de sus intervenciones por el representante estadounidense; cfr. 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, loc. cit., p. 35, párr. 56. El artículo 3 de la Convención concede al Estado parte en cuyo territorio se encuentren detenidos los rehenes discrecionalidad para adoptar todas las medidas que considere apropiadas a fin de mejorar la situación de las víctimas y asegurar su liberación.

(129) *Vid.*, por ejemplo, las intervenciones de los representantes de Kenia y de Túnez, respectivamente en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, loc. cit., p. 32, párr. 38 y en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/C.6/33/SR.50, p. 9, párr. 38.

(130) En efecto, se puede comprobar como es común a una gran parte de las legislaciones contar con una previsión de atenuación de las penas para los casos de liberación voluntaria de los detenidos en un plazo determinado. La aminoración de la pena es, por ejemplo, especialmente radical en la legislación mejicana, en donde se dispone que «si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio», aunque estuviera detenida en calidad de rehén e incluso aunque hubiera mediado amenaza de muerte o de lesión, se impondrá la pena correspondiente a la privación de libertad básica, esto es, pena de un mes a tres años de prisión. (cfr. artículos 364 y 366 del Código penal). También el Código penal colombiano establece una fuerte suavización de la pena. La liberación voluntaria de la víctima del secuestro extorsivo dentro de los quince días siguientes al secuestro, sin haber logrado la satisfacción de ninguna de las condiciones impuestas, es causa de atenuación de la pena, que se disminuirá hasta en la mitad (cfr. artículo 271). Sin embargo, se excluye expresamente la posibilidad de aplicar tal atenuación cuando se «presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión al secuestrado» (cfr. artículos 270 y 271). Asimismo, según el Código penal de Panamá la pena se reducirá de la mitad a las dos terceras partes, si el autor libera espontáneamente a la víctima en un plazo indeterminado, siempre que no se haya iniciado el procedimiento, no se haya causado daños a la víctima y sin que se hubiese alcanzado el objeto propuesto (cfr. artículo 154). También según el Código penal francés, la pena de reclusión perpetua se rebajará a reclusión de 10 a 20 años si la persona «arrête, détenué ou séquestrée comme otage pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition, est libérée volontairement avant le cinquième

agravación de la pena en otras disposiciones internas de los Estados. Así, si la privación de libertad del secuestrado se prolonga durante más de treinta días, según el Código penal colombiano la pena aumentará hasta en la mitad (131).

B.2.2 El nuevo tipo penal de secuestro

Por su parte, el tipo penal de nueva creación de secuestro se establece en el artículo 164:

«El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiere dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.»

El núcleo del texto de estos dos nuevos preceptos –artículos 163.3 y 164– proviene del anterior artículo 481, el cual había sido introducido en el Código penal a través de la denominada «ley antiterroris-

jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté» (cfr. artículo 343).

Es interesante a este respecto el debate que tuvo lugar en Japón con ocasión de la adopción de las dos Leyes de 1987 que preparaban la aplicación en el país de la Convención contra la toma de rehenes y de la Convención de Nueva York (Japón ratificó ambas Convenciones el 8 de junio de 1987; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, pp. 676 y 84, respectivamente). Nos parece curioso a primera vista el hecho de que, aunque en el Código penal japonés se mantenga una cláusula de mitigación de las penas para los delitos comunes de *secuestro*, sin embargo no se haya incluido ninguna disposición similar para los casos de *toma de rehenes* tipificados por la Ley de 1987 en aplicación de la normativa convencional. Fueron varias las razones aducidas para no incluir un precepto de aquel tipo –opción que finalmente prevaleció–, entre las que cabe destacar aquella que negaba la necesidad de tal medida sobre la base de las principales diferencias entre los delitos de secuestro y de toma de rehenes: «in usual hostage-taking cases, hostage-takers would confine themselves with the hostages in some identified or easily identifiable places and from there send to third parties. Hence the hostages' whereabouts and conditions would be easily known to the authorities, mitigating the need of such measures in comparison with kidnapping cases. Furthermore, the release of hostages could possibly be achieved by other measures such as persuasion or arrest of hostage-takers»; en ИТОИ, К., «The 1987 Penal Code and other special criminal Laws amendments Laws: a response to the two U.N. Conventions against international terrorism», *The Japanese Annual of International Law*, Number 32, 1989, pp. 18-33; pp. 28, 32 y 33.

(131) Cfr. artículos 268 y 279.3.^a

Del mismo modo, si la misma durara más de un mes, de conformidad con el Código penal argentino, la pena a imponer será siempre la correspondiente a los delitos de privación de libertad agravada (prisión o reclusión de 2 a 6 años); cfr. artículo 142.

ta» (132), que vino así a conectar las cualificaciones que en aquél se recogían con el anterior tipo básico de la detención ilegal, que figuraba en la disposición precedente.

Nos parece imprescindible, en todo caso, hacer una reseña de esta novedad importante introducida en virtud de la última reforma del Código Penal. Pues, por primera vez, siguiendo en este punto el contenido de los frustrados Anteproyecto y Proyecto de Código Penal de 1992, y al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (133) se dedica un Capítulo (el I) del Título dedicado a los delitos contra la libertad (el VI) a las detenciones ilegales y secuestros. Así, es de destacar que se recoge en un tipo penal autónomo y se emplea, como una novedad con respecto a la normativa penal anterior, el *nomen iuris* del secuestro (134), pretendiendo dotar de valor jurídico a un término ya consagrado en el nivel periodístico y de los medios de comunicación en general, así como también en la legislación penal comparada.

De la situación originada con la nueva previsión del delito de secuestro son, en nuestra opinión, dos los puntos inicialmente más significativos a tener en cuenta al desaparecer como tal el anterior artículo 481. Por una parte, en vez de contemplarse expresamente la exigencia de *rescate* y la imposición de una *condición* como se hacía hasta el momento, se prevé tan sólo el establecimiento de una condición de modo genérico, dentro de la cual, por supuesto, habrá de entenderse incluida la exigencia de un rescate (135). Y, por otra parte,

(132) Ley 82/1978 de 28 de diciembre de modificación del Código penal en materia de terrorismo.

Algún estudioso de los tipos agravados incluidos en este artículo 481 ha venido a decir que esas cualificaciones rebasan sobradamente el lema de la Ley de 1978 que las insertó en el texto del Código Penal, en cuanto que indudablemente también son de aplicación en casos que para nada están relacionados con actividades terroristas; cfr. ORTS BERENGUER, *loc. cit.*, p. 405.

(133) *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1994, *loc. cit.*, p. 26, artículo 160.

(134) A ello ya hacía referencia GARCÍA VALDÉS, C. con referencia al Proyecto de 1992 en *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid 1992, p. 29.

(135) Efectivamente, la anterior disposición contemplaba ambos elementos de modo independiente. Según el texto completo de la disposición recientemente derogada:

«El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese el culpable:

- 1.º Si se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición, o fuere consecutivo a un delito contra la propiedad.
- 2.º Si el encierro o detención hubieren durado más de quince días.
- 3.º Si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas.»

en vez de concebirse, como hasta ahora, la imposición de una condición como una agravación o cualificación del delito de detención ilegal, con la regulación recién estrenada será considerada como integrante o como un elemento de un tipo penal autónomo e independiente de las detenciones ilegales: el secuestro.

Aunque la previsión de la solicitud de rescate ahora derogada existía con bastante anterioridad (concebida como una agravación de la detención ilegal) (136), la referencia a la imposición de cualquier otra condición es relativamente reciente, en la medida en que vino a incorporarse por obra de la citada Ley «antiterrorista» de 1978. La ampliación de tal supuesto fue objeto en su día de alguna –merecida– alabanza de nuestra doctrina penalista porque «aquí, lo mismo que en los delitos de amenazas y coacciones, el Código respondía a concepciones decimonónicas que no imaginaban, por ejemplo, una detención ilegal que no fuera para exigir una cantidad de dinero, cuando el estado actual pone de manifiesto múltiples detenciones ilegales, secuestros en la terminología periodística, que no persiguen un lucro personal, sino conseguir, por ejemplo, (...) que se ponga en libertad a delincuentes o, pura y simplemente, facilitar la ulterior comisión de otros delitos infundiendo temor a sectores o grupos sociales específicos» (137). Lo cierto, es que en la previsión finalmente redactada de la imposición de una condición es posible ver la proyección del carácter de la Ley que en su momento inició su inclusión (138). A nosotros, evidentemente, también nos parece un notable progreso el que se haya admitido expresamente la aplicación de las últimas y sucesivas disposiciones sobre la materia a todos aquellos casos en que la condición impuesta no consistiera en el pago de un rescate.

(136) Por rescate debía y debe entenderse no sólo una cantidad de dinero, aunque es el caso más común en nuestra práctica nacional, sino también cualquier otro bien de naturaleza patrimonial; cfr. ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, p. 407, y CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733.

(137) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 310 y 311.

(138) No se puede olvidar el marcado carácter antiterrorista de la citada Ley de 1978. Como dice Orts Berenguer, «es probable que el legislador estuviera pensando, al redactar este precepto, en los secuestros practicados por grupos terroristas, que, en lugar de exigir una fuerte suma monetaria, reclaman la liberación de correligionarios detenidos por la autoridad competente o que determinada empresa acceda a las peticiones de sus obreros, etc.» Y el mismo autor añade que aunque estas acciones caerían naturalmente dentro de la ley, «(...) cuando la exigencia sea de índole nimia y extravagante, parece que no debería entrar en juego la figura agravada del artículo 481 [ahora, la figura específica de secuestro, de conformidad con el artículo 164], que debe permanecer reservada para exigencias de importancia»; *loc. cit.*, p. 407.

Por otra parte, podría añadirse que la evolución producida en este punto a través, primero, del artículo 481 y, después, del actual artículo 164 ha permitido que nuestra normativa penal haya ido aproximándose cada vez más a la contenida en el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes. Como es sabido, para que se cometa el delito de toma de rehenes en el sentido de la Convención de 1979 es necesario que la conducta típica se lleve a cabo «a fin de obligar a un tercero (...) a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén». Si indudablemente un elemento coactivo análogo estaba presente en la detención ilegal calificada del artículo 481, con la nueva redacción establecida en el artículo 164 tal vez se haya logrado una mayor similitud con el tipo penal internacional, al emplearse una redacción más genérica y referirse sólo a la exigencia de una condición, a pesar de que no se incorpore el matiz diferenciador presente en el tipo internacional, que acoge expresamente la posibilidad de que se impongan condiciones implícitas.

Sin embargo, la ausencia de una precisión en el propio tipo penal sobre la posibilidad de que un requerimiento implícito encaje en el mismo ha generado elucubraciones doctrinales al respecto. En este sentido, parece pertinente señalar que las principales dudas que fundamentalmente ha suscitado la exigencia concreta del rescate se centran en si la reclamación del mismo debía hacerse de forma expresamente condicional, es decir, de modo que se hiciera depender la liberación de la persona detenida de su cumplimiento. En efecto, puede darse una aparente incertidumbre motivada por la supresión de la expresión condicional que formalmente contenía la disposición correspondiente antes de su modificación por la Ley de 1978: «si se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad». Lo cual, lógicamente, ha provocado que algún autor se plantee interrogantes sobre los efectos de tal desaparición: «¿Debe pensarse que ahora no es necesario que se supedite la liberación del detenido a la percepción del rescate fijado? (...) ¿puede darse la figura agravada del número primero del artículo 481, [esto es, el delito de secuestro según el actual artículo 164] aunque la solicitud de un rescate no sea a cambio de la puesta en libertad?» (139). Todo hace pensar que así es. Aunque lo normal es que la satisfacción del rescate exigido o de cualquier otra condición se plantee como una *conditio sine qua non* de la liberación, no tiene por que hacerse así de modo expreso. Lógicamente, en nuestra opinión, se sobreentiende que en el término español de *condición* también se da cabida a las dos alternativas, sobre todo dado su carácter neutro y

(139) ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 406 y 407.

carente de matices (140). Otra razón nos hace abundar en este argumento: el velar por la mayor armonización posible entre la ordenación española y la internacional en la materia. Como ya se sabe, el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes no exige que la verificación del rescate aparezca como condición expresa (141).

Otro elemento típico de la conducta del delito internacional de toma de rehenes es la necesaria concurrencia de una amenaza de matar, herir o mantener detenida a la víctima del delito. En la legislación española vigente no es posible hallar una referencia específica a un elemento análogo, como tampoco en la regulación recientemente derogada. Sin embargo, con anterioridad a la Ley «antiterrorista» española de 1978 se hacía una referencia específica a la amenaza de muerte como motivo de agravación de la figura básica de la detención ilegal (142). Su desaparición ha sido causa de alguna muy razonable reacción de sorpresa y crítica en la doctrina penalista, que nosotros compartimos (143). No obstante, aunque aquellas amenazas no se integren de forma explícita en el tipo penal español de secuestro, la

(140) Por otra parte, hay que decir que la doctrina ha sido unánime al apuntar que tanto en los supuestos de exigencia de rescate como en los de imposición de una condición, por supuesto, no es necesaria la consecución del rescate o de la condición establecida para la aplicación del tipo especial agravado contenido hasta la última reforma en el párrafo 1.º del artículo 481. A su vez, tampoco se han manifestado discrepancias doctrinales a la hora de afirmar que es indiferente que la condición o el rescate haya sido exigido o no por el autor del delito o en su favor. Basta con que exista un vínculo entre la condición o el rescate y la posible liberación de la persona detenida; cfr. ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 407 y 498 y CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733.

(141) Aunque evidentemente no entraría ni en el concepto de rescate ni en el de condición no expresa alguna hipótesis que plantea Orts Berenguer, como la exigencia de «una cantidad de dinero, por parte de los secuestradores, para adquirir determinados productos farmacológicos que es imprescindible suministrar al detenido»; *loc. cit.*, p. 407. Tampoco tendría cabida la exigencia del «dinero necesario para la manutención o para la proporción de (...) otro tipo de necesidades del detenido»; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733, pues como afirman los mismos autores «Obviamente, la exigencia de rescate ha de ser lo suficientemente significativa, debiendo descartarse la aplicación del tipo agravado en los supuestos en que se trata de nimiedades (...)».

(142) Concretamente, el párrafo 3.º del artículo correspondiente al antiguo artículo 481 disponía una figura agravada «si se hubieren causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida o se la hubiera amenazado de muerte».

(143) «(...) pues si la del rigor parece haber sido la tónica imperante en la reforma, no se explica que, de los distintos números de que constaba el antiguo artículo 481, se haya elegido para la poda precisamente uno de los motivos que mejor justificaba la especial cualificación, con aquella redacción o con una nueva que contemplara los malos tratos, las incomodidades, las privaciones, las amenazas de que hubiera sido objeto el detenido»; ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 411 y 412.

doctrina penalista interna reconoce de un modo realmente pacífico que la violencia, la fuerza física o la amenaza de la misma que recae directamente sobre la víctima o sobre las cosas constituye un medio idóneo para la comisión del delito de detención ilegal (144). Por otra parte, creemos que puede añadirse que, al menos, la amenaza de mantener detenida a la víctima sí forma parte integrante implícitamente del propio tipo penal nuevo de secuestro (al igual que también lo estimábamos en relación con la anterior detención cualificada bajo condición o rescate), debido a que de su cumplimiento se hace depender la liberación de la persona y, por tanto, el cese de la detención. Por tanto, se hallaría también este elemento en nuestra legislación interna, el cual, sin embargo, es requerido en la regulación internacional convencional contra la toma de rehenes de modo explícito.

B.3 *La participación en el delito de detención ilegal y de secuestro*

La participación en el delito de detención ilegal se tipificaba hasta la última reforma que ha entrado en vigor en 1996 como un delito autónomo en el párrafo segundo del artículo 480 del Código

(144) *Vid.*, sobre todo, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, pp. 117-121.

En esta dirección, es digna de mención otra disposición singular cualificada que prevé nuestro Derecho penal vigente y que se tipifica en el artículo 166 del Código. Aunque la misma, en verdad, está lejos también de castigar amenazas de muerte, de lesiones o de continuar con la detención (de modo que lograra encajar en el tipo penal internacional de la Convención contra la toma de rehenes) puede tener con ellas una lejana relación, en cuanto:

«El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.»

La disposición inmediatamente anterior a ésta, contenida en el antiguo artículo 483 (que ha sido utilizada, por ejemplo, como base para la condena de los procesados en el *caso el Nani*) y que imponía la pena de reclusión mayor ha desatado los más acérrimos reproches acerca de su carácter de *delito de sospecha* y de su consiguiente presunta inconstitucionalidad por vulnerar los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad (en cuanto se tipifican dos omisiones: no dar razón del paradero de la persona detenida ilegalmente o secuestrada o no acreditar haberla dejado en libertad). En contra de su carácter constitucional, pueden consultarse MARTÍN PALLÍN, «Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal», *Actualidad Penal*, n.º 19, mayo, 1989; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad del artículo 483 del Código penal», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, pp. 883-894, y QUERALT, J. J., *op. cit.*, p. 133; a favor de su constitucionalidad, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., «El delito de detención ilegal con desaparición forzada», *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidade de Santiago de Compostela, 1989, pp. 361-363.

Penal. Según su enunciado se castigaba con igual pena a quien cometiese el delito de detención ilegal y al que proporcionase el lugar para la ejecución del mismo (145). Hemos de decir, de todas formas, que aunque esta disposición había sido introducida en 1978 para hacer frente a actividades terroristas, sus posibilidades de aplicación eran virtualmente muy improbables. Como sabemos, en 1988 se estableció frente a esa figura común una nueva agravada y de aplicación preferente, tipificada en el artículo 174 bis, a). Está claro entonces que, cuando concurrían una serie de condiciones vistas, la conducta de referencia constituía un delito de colaboración con organización terrorista.

Debido seguramente, pues, a la percepción de que, en realidad, aquella disposición resultaba innecesaria, ni el Anteproyecto y Proyecto de 1992 ni el Proyecto de reforma de 1994 se ocuparon de la misma. De este modo, en la regulación actual del artículo 163, que como ya es sabido establece el tipo básico de la detención ilegal, ha desaparecido cualquier referencia a los actos de participación. Tampoco en el resto del articulado destinado a regular las detenciones ilegales y secuestros se encuentra ninguna alusión a los mencionados actos. Por ello, según la regulación actual, como hemos visto de conformidad con el párrafo 2 del artículo 576, la construcción y la cesión de alojamientos, entre otras conductas, constituyen actos de colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cuando

(145) Son muchas las cuestiones que esta disposición venía suscitando desde un punto de vista meramente interno entre los penalistas; en dichas cuestiones, como es obvio, nosotros no podemos entrar. Simplemente queremos dejar constancia de que existía una discusión doctrinal en torno a si la acción de proporcionar el lugar de ejecución del delito se trataba de un acto de cooperación necesaria o de complicidad. Consistía en un acto de participación de este tipo para un importante sector doctrinal. Muñoz Conde, por ejemplo, lo calificaba de «superfluo, pues en realidad se trata de un caso especial de participación sujeto a las reglas generales de la accesoriidad y por tanto punible por el artículo 14»; *op. cit.*, pp. 152 y 153; el mismo adjetivo utilizaban Rodríguez Devesa y Serrano Gómez para referirse al precepto, al estimar «que suprimido se llegaría a la misma conclusión con arreglo al número 3.º del artículo 14» («los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado»); *op. cit.*, p. 308. Con un significado de acto de complicidad parecían entenderlo Carbonell y González Cussac, al defender la coherencia de la disposición cuando insistían en que el carácter necesario de la cooperación implicaba que el delito no se hubiera realizado sin la misma y que «no es descartable que la detención ilegal se hubiera producido aun sin contar con la proporción del lugar para la ejecución del delito»; *op. cit.*, p. 731). Sin embargo, nosotros estimamos que este debate y los problemas de interpretación no impedían reconocer, de acuerdo con MUÑOZ SÁNCHEZ, que el legislador había decidido incluir en aquel precepto «tanto la complicidad como la cooperación necesaria»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 239.

se cumplen los condicionamientos estipulados en el párrafo primero de la misma disposición (146).

Si en el ordenamiento jurídico interno se ha asumido el trascendente papel que los actos de colaboración o de participación desempeñan en la consecución de los objetivos terroristas y se ha legislado en consecuencia, el mismo reconocimiento y reacción tenía que producirse con mayor razón en el ordenamiento jurídico internacional. El éxito de muchos de los incidentes internacionales de toma de rehenes descansa por completo en el apoyo y asistencia fundamental recibida de personas, grupos y organizaciones afines que tienen sus bases de operaciones o actúan en más de un Estado (147). De todo lo cual, como no podía ser menos, ha tomado conciencia el legislador internacional.

Por ello, lo que sí es de nuestra incumbencia ahora es comprobar el grado de correspondencia de la legislación española en esta materia con la Convención contra la toma de rehenes en cuanto la misma considera, en el apartado b) del párrafo 2 de su artículo 1, la participación «como cómplice» en el delito de toma de rehenes como un delito autónomo.

La previsión convencional de 1979 aparece redactada desde luego de forma taxativa. Una interpretación literal de la misma provocaría una infundada restricción de su ámbito de aplicación. Sin embargo, creemos que nada estaba más lejos de la intención de los redactores de la Convención contra la toma de rehenes que limitar la aplicación de tal disposición a la complicidad como única forma a considerar de participación en el delito. Ello se demuestra con la explicación que hizo el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión durante el último período de sesiones, a fin de aclarar qué era lo que debía entenderse por tal inciso según una interpretación acordada entre todas las delegaciones durante el desarrollo de los trabajos. Según aquélla:

«el concepto de participar como cómplice tiene por objeto abarcar el auxilio, la incitación, la conspiración u otras formas de complicidad o encubrimiento» (148).

(146) *Vid.*, *supra*, apartado A.2.

(147) En un sentido similar puede verse LAMBERT, J. J., *op. cit.*, p. 92.

(148) *A/C.6/34/SR.53*, p. 8, párr. 19.

Hay que decir que también las Convenciones de La Haya, Montreal y Nueva York establecen la complicidad como delito independiente. De ahí que nos parezca de gran apoyo el pronunciamiento que la Comisión de Derecho Internacional había realizado al respecto en su comentario al Proyecto de artículos de la Convención de

No puede estar más claro, entonces, en nuestra opinión, que la Convención contra la toma de rehenes cubre sobradamente todas las formas de participación conocidas por nuestro Derecho vigente (149).

B.4 *La reciente supresión del tipo penal de los actos preparatorios de la detención ilegal*

La ya varias veces citada Ley de 1978, además de modificar las detenciones ilegales cualificadas del artículo 481, vino a añadir un nuevo artículo 481 bis. Este artículo convertía en delitos, hasta la última reforma del Código penal, conductas o acciones meramente preparatorias de delitos de detenciones ilegales. En este sentido, la doctrina era unánime cuando declaraba que de no existir el precepto tales acciones serían impunes (150). Este precepto aportaba entonces tres nuevos delitos (151). Con la introducción de este artículo la Ley

Nueva York. En dicha ocasión, había dado por zanjada la cuestión evitando cualquier posible debate, al expresar que «la amenaza, la tentativa y la *complicidad* son perfectamente definidos en la mayoría de los sistemas de Derecho penal y, por consiguiente, no exigen explicación detallada alguna en el contexto del presente proyecto»; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, 1972, p. 345, apartado 6) (la cursiva es añadida).

Es inexcusable señalar que la Convención de Roma de 1988 introdujo una primicia en esta materia en la medida en que, además de tipificar la complicidad, hace figurar como delito autónomo junto a la misma, la *inducción* «a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona» [artículo 3.2.b)].

(149) Disentimos por ello con la opinión expresada en este punto por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO. Este autor, al referirse a la tipificación de la tentativa y participación en la Convención contra la toma de rehenes en relación con la legislación ya derogada, manifiesta que «en este caso quedarían fuera del ámbito de aplicación del Convenio alguno de los actos de colaboración tipificados en el artículo 174 bis, a), del Código penal español [actual artículo 576]»; *loc. cit.*, p. 173; *vid.*, también, *ibidem*, p. 174.

(150) *Vid.* ORTS BERENQUER, E., «Conductas relativas al acondicionamiento, construcción y tenencia de lugares a propósito para cometer el delito de detenciones ilegales», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDESA, Madrid 1983, pp. 427-434; p. 427; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 228; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES..., *op. cit.*, p. 736 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 248.

(151) Según el texto de este artículo 481 bis:

« El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito a que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor.

Igualmente será castigado con la pena de prisión menor el que construyere o acondicionare lugares con el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión del delito a que se refiere el artículo 480.

El que por cualquier título tuviere a su disposición los lugares a que se refieren los párrafos anteriores, si no lo pusiere en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición, será castigado con la pena de arresto mayor.»

de 1978 pretendió hacer frente a la manifestación de conductas, ya frecuentes en aquellos momentos, de construcción, acondicionamiento y tenencia de lugares para ser utilizados en la ejecución de delitos de detenciones ilegales. Se trataba de tipificar las denominadas «cárceles del pueblo» (152).

(152) En el párrafo primero de esta disposición se tipificaba la acción de construir o acondicionar lugares con el propósito de cometer el delito de detención ilegal. Tal acción típica constituía un acto genuinamente preparatorio, pues era imprescindible según el tenor literal que quien cometía la acción descrita tuviera al mismo tiempo la intención de cometer el delito de detención ilegal sirviéndose del mismo lugar (con las acciones de construir y acondicionar se acogía tanto «la obra de nueva planta» como «la preparación de la ya existente»; cfr. ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, p. 429. Además, hay que entender que era indiferente que la ejecución material de las acciones de construir o acondicionar fuera o no realizada por el sujeto activo del delito; pues seguía existiendo autoría directa aunque se encargara, por ejemplo, a un albañil que desconociera la finalidad de la obra; cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251). Respecto al lugar que se construyera o acondicionara, se ha dicho que debía ser un espacio de alguna manera cerrado (cfr. ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, pp. 429 y 430. Este autor sostenía tal consideración en la medida en que «la idea subyacente en este apartado 1.º del artículo 481 bis es la de castigar a quien dispone de un lugar de difícil localización, en el que retener a una persona, de suerte que ni pueda escapar ni recibir ayuda». Asimismo añadía que «así, no cometería este delito el que clavara una estaca en el campo, para luego atar a ella a su víctima y abandonarla así, que obviamente sería una acción de detener»). Sin embargo, a nosotros nos convenía más otra opinión doctrinal, según la cual se requeriría sólo de «un lugar determinado en el espacio y preparado para que a la víctima no le sea fácil abandonarlo»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251. Aceptar la primera opinión provocaría, además de una contradicción con el concepto amplio de encierro que hemos acogido, la imposibilidad de aplicación de este tipo a los actos preparatorios de cualquier detención o privación de libertad ilegal que desbordara una situación típica y estricta de encierro. Y, desde luego, nos parece inadmisibles que el legislador así lo quisiera. Por otra parte, no hay que olvidar que el tenor literal de la disposición se refería al tipo genérico de la detención ilegal: «el delito a que se refiere el artículo 480».

En todo caso, debe llamarse la atención sobre la necesidad de que concurriera un elemento subjetivo del injusto: «el propósito de cometer el delito», lo cual decidía que se tratase de un delito mutilado en dos actos. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251. El primero venía constituido por la acción de construir o acondicionar un lugar; el segundo consistía en que tal acción debía llevarse a cabo con la finalidad de detener ilegalmente a otro. Obviamente, no era preciso para la consumación del delito el que el propósito que constituía el segundo acto típico se materializase.

En el párrafo segundo del artículo 481 bis se contenía el tipo de otros actos preparatorios, que en realidad podrían considerarse de «precomplicidad» (este término es el utilizado por CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES..., *op. cit.*, p. 736. ya que, aunque lo que se castigaba era también la construcción o acondicionamiento de lugares, aquí, esas acciones debían realizarse con la intención de proporcionar aquéllos a otro para la comisión del delito de detención ilegal. Es fácil ver de nuevo la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto: «el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión del delito»; el cual también tenía el efecto de carac-

El Derecho español en esta materia desbordaba sin lugar a dudas los planteamientos de la Convención contra la toma de rehenes, pues

terizar al delito como mutilado en dos actos. Los dos habían de producirse para la consumación del delito y, por supuesto, aquí tampoco era necesario para la consumación del delito que se proporcionase efectivamente el lugar al tercero ni tampoco, como ha puesto de relieve algún autor, era necesario tan siquiera que el mismo se llegara a ofrecer. Pero las principales dudas que esta disposición ha generado vienen por otro lado. Las discusiones han girado en torno a la delimitación con respecto al párrafo primero del mismo artículo y al párrafo segundo del artículo 480. En relación con la distinción entre los párrafos primero y segundo del artículo 481 bis, debe decirse que la diferencia se situaba en el elemento subjetivo del injusto, puesto que la acción material era idéntica (la construcción o el acondicionamiento). Era pues, el diferente propósito el que demarcaba la línea divisoria entre los dos tipos. Así, de acuerdo con un sector doctrinal, mientras que en el párrafo primero concurría el propósito de actuar como autor, en el párrafo segundo lo hacía el de participar. El primero, entonces, contemplaba actos preparatorios de ejecución y el segundo, de participación en la ejecución del delito; cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 252; ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, pp. 431 y 432; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pp. 226 y 227.

Para otra tesis con la que no estamos de acuerdo, según la cual debía existir una desvinculación personal entre los autores de ambos tipos penales, véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 312 y 313. Por lo que atañe a la relación entre el artículo 481 bis II y el 480 II, la distinción podía darse por zanjada simplemente con traer a colación el diferente carácter de los actos que en cada uno de ellos se recogía. Dicho de otra forma, en la disposición que estamos examinando se recogían actos preparatorios de participación o, como decíamos al principio de este comentario, actos de precomplicidad; en cambio, en el artículo 480 II se recogían ya actos de participación en el delito de detención ilegal. Por tanto, podía concluirse que «con el artículo 481 bis II se elevan a la categoría de delito actos preparatorios del tipo de participación previsto en el artículo 480 II»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 253. Otra vez, para una tesis distinta, con la que también discrepamos, véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 313. Estos autores condicionaban la aplicación de cualquiera de los tres tipos del artículo 481 bis a que los lugares no se construyesen o acondicionasen —o simplemente no se conociese que estaban contruidos o acondicionados, en el supuesto contemplado en el tercer párrafo— para la detención ilegal de una persona determinada. Puesto que en dicho caso, estimaban que ya existiría un inicio de ejecución, cuando menos del artículo 480 II.

Por último, en el párrafo tercero del artículo 481 bis figuraba el tipo de un delito de omisión. La conducta penalizada consistía en tener a disposición los lugares a que se referían los párrafos precedentes y no ponerlo en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible. La doctrina se dividía a la hora de proceder a la caracterización del delito (e incluso un sector minoritario se cuestionaba cuál era el bien jurídico a proteger; de hecho, se ha dicho que en realidad se trataba de una omisión del deber de cooperar en la «averiguación y castigo de los delitos precedentes». Y se ha llegado a propugnar que la sede más apropiada para esta disposición sería el Título de los delitos contra la Administración de Justicia; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 313). Entre el sector doctrinal mayoritario, el tipo penal se clasificaba alternativamente como un delito de sospecha de colaboración (*vid.* QUERALT, J., *op. cit.*, pp. 145 y 146) o como un acto preparatorio del delito de

tales actos serían impunes en ausencia del derogado artículo 481 bis. De hecho, no hemos encontrado otra disposición similar en la legislación comparada. Tampoco en la normativa internacional convencional. Tanto la Convención de 1979 como las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York y Roma precisan de un intento de ejecución del delito para que las mismas puedan ser invocadas. En dichas Convenciones se habla de «intento» o de «tentativa». Son conceptos que, a nuestro juicio, no admiten una interpretación tan amplia como para acoger aquellas simples conductas o acondicionamiento de locales con la intención de cometer posteriormente el delito (153). Por ello, no podemos más que considerar como un acierto la reciente eliminación del tipo penal de tales conductas en nuestra normativa interna.

B.5 *La conspiración para cometer el delito de detención ilegal, de secuestro o de terrorismo y la convención contra la toma de rehenes*

Las dudas surgen, no obstante, respecto de los actos de conspiración. A partir de la alusión que a los mismos hizo el Presidente del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión durante los trabajos de redacción de la Convención contra la toma de rehenes al referirse a la complicidad, puede suscitarse la interrogante sobre si aquel comentario puede ser interpretado como que la conspiración para tomar rehenes es otro delito distinto según la Convención (154). Lo cierto es que ni la Convención contra la toma de rehenes ni tampoco las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York o Roma incluyen de forma expresa la conspiración como un delito autónomo. Debido a la falta de una previsión expresa al respecto y sobre la base de la afirmación concreta que el Presidente del Grupo de Trabajo efectuó con referen-

detención ilegal (*vid.* ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, p. 433; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 255 y CARBONELL, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 736). Nosotros estamos de acuerdo con la segunda interpretación, entre otras razones, por la ubicación sistemática del precepto. Por tanto, el autor del tipo debía tener el propósito de que las autoridades no descubriesen la existencia de los lugares, para que así se hiciera posible la comisión de una detención ilegal.

(153) Recordemos que también la CDI se había referido a la tentativa como un concepto de sobra conocido por la mayor parte de los ordenamientos jurídico-penales, sin que precisara por tanto ulterior explicación; *vid. supra*, apartado B.3 o el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, 1972, p. 345, apartado 6).

(154) *Vid. supra*, al referirnos a la participación en el delito y, también, LAMBERT, J. J., *op. cit.*, p. 91.

cia a la conspiración se ha propuesto una interpretación según la cual «when an offence of hostage-taking, or attempted hostage-taking, has occurred, those who have acted as conspirators must be considered as accomplices»; concluyendo, sin añadir ningún matiz ni explicación posterior, que «if a Party's laws on participation are not broad enough to include conspirators as accomplices, those laws must be altered accordingly» (155). Esta interpretación nos parece quizá algo desmesurada y, cuando menos, un tanto confusa. Nos merece el primer calificativo en cuanto concede a una frase formulada al hilo de los trabajos preparatorios de la Convención el enorme efecto de convertir en obligatoria la modificación por los Estados de sus leyes internas. Sin dejar de reconocer, por supuesto, la gran trascendencia que los trabajos preparatorios de un tratado tienen como medio complementario para la interpretación del mismo (156) —a los cuales nosotros mismos acudimos con gran frecuencia—, creemos que en este caso en concreto no se puede dotar de ese carácter vinculante a una formulación que no aparece confirmada o desarrollada en ningún otro lugar. La misma interpretación nos parece a la vez un tanto confusa en la medida en que no precisa cómo han de equipararse los conspiradores a los cómplices ¿Quizá, únicamente a efectos de las penas a imponer? Si fuera así, ello debería haberse destacado. O, por el contrario ¿tal equivalencia debe extenderse a cualquier otro efecto? Estimamos que tal hipótesis supondría una intromisión irracional en la ordenación jurídico-penal de cada Estado, sobre todo en cuanto los conceptos de conspiración y complicidad son en sí mismos de naturaleza esencialmente distinta.

Por consiguiente, nosotros atribuimos un efecto mucho más moderado a las palabras del Presidente del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el sentido de que el concepto de complicidad que con la Convención contra la toma de rehenes se quiere abarcar no ha de interpretarse restrictivamente, pudiendo abarcar incluso los actos de conspiración. Pero sin que dicha ampliación tenga un carácter obligatorio. Si la intención hubiera sido otra, sin duda alguna se hubiera formulado expresamente (creemos que hubiera constado de forma más categórica en los trabajos preparatorios o al menos se habría dejado constado en ellos un apoyo estatal representativo) como se hizo en la

(155) LAMBERT, J. J., *op. cit.*, *ibidem*.

(156) A tenor del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).

Convención de Nueva York, con respecto a la *amenaza* de cometer el delito o en la Convención de Roma, con relación a la *inducción*.

En cualquier caso, la conspiración sí aparece contemplada en la legislación de nuestro país. A pesar de que antes de la última reforma aparecía prevista como punible de modo general la conspiración para delinquir en el artículo 3 del Código penal y de que actualmente sólo se castiga «en los casos especialmente previstos en la Ley» de conformidad con la disposición contenida en el vigente artículo 17.3, el actual artículo 578 tipifica específicamente «la provocación, la conspiración y la proposición» para cometer los delitos previstos en relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (157).

C. Otros delitos que conllevan ataques contra la libertad personal

Parece que el legislador español no se ha preocupado de elaborar normas directamente destinadas a concertar y ajustar su normativa a los restantes Convenios internacionales en los que de alguna manera también se tiene presente, con mayor o menor énfasis, la eventualidad de que se produzca la privación legítima de la libertad personal. Nos referimos a las Convenciones de La Haya, Nueva York y Roma, en las cuales España es parte (158).

C.1 *Los ataques contra la libertad de las personas internacionalmente protegidas*

En el Título XXIV del Libro II del Código penal, que lleva por rúbrica «Delitos contra la comunidad internacional», se incorporan cuatro capítulos, el primero de los cuales se titula «Delitos contra el derecho de gentes». Aunque el encabezamiento pudiera hacer intuir un contenido más amplio y, por tanto, más cercano al de su concepto en el ordenamiento internacional, tal impresión es errónea, pues allí tan sólo encuentran cabida ciertos delitos cometidos contra el «jefe de un Estado extranjero» o contra una «persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España». Así, en dos preceptos, los artículos 605 y 606, se condensa toda la protección concedida a los mencionados representantes extranjeros. Esta regulación ya había sido parcialmente modificada en 1983, pese a que nuestro país tarda-

(157) Pueden verse, en este sentido, las modificaciones producidas en esta línea tipificadora desde la inicial previsión que contenía la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 1994; *vid. loc. cit.*, artículo 567, p. 77.

(158) *Vid.*, por el mismo orden en que aparecen citadas *supra*, BOE de 15 de enero de 1973; BOE de 7 de febrero de 1986 y BOE de 24 de abril de 1992.

ría todavía dos años más en ratificar la Convención de Nueva York de 1973. Con anterioridad a esa reforma acometida a principios de los años ochenta ya existía una condición de reciprocidad que ha sobrevivido a las dos últimas modificaciones.

Según el párrafo segundo del artículo 606, cuando los delitos comprendidos en los dos preceptos dedicados a la protección no tuvieran prevista una pena recíproca en la legislación del país acreditante de las personas ofendidas, el autor será castigado con la pena que nuestro Código penal impone para dicho delito, con independencia del carácter oficial de la víctima. El requisito de que medie una equivalencia penológica entre las legislaciones de ambos Estados ha motivado alguna reflexión según la cual se concluye, en nuestra opinión acertadamente, que lo que realmente se ha pretendido proteger, si bien de un modo indirecto, es al Jefe del Estado español y a los representantes españoles acreditados ante Estados extranjeros (159).

Los únicos delitos que expresamente aparecen tipificados son los atentados contra la vida (160), la producción de lesiones (161) y la violación de la inmunidad personal de las personas internacionalmente protegidas (162). Aunque en el párrafo tercero del artículo 605 se deja la puerta abierta al castigo de otros delitos:

«Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior.»

No podemos dejar de criticar la redacción de esta disposición, en cuanto deja fuera de la previsión explícita (y con los efectos que visiblemente de ello se derivan con respecto a la pena a imponer) los delitos de detención ilegal o secuestro, siendo éstos, como son, unos de los que más frecuentemente se han dirigido contra este tipo de perso-

(159) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 592.

(160) Artículo 605, párrafo primero, en donde se castiga con la pena de prisión de veinte a veinticinco años y, si concurrieran dos o más circunstancias agravantes, con la pena de veinticinco a treinta años.

(161) *Ibidem*, párrafo segundo, imponiendo la pena de prisión de quince a veinte años, si las lesiones son algunas de las previstas en el artículo 149 (esto es, que causaran «la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o un grave enfermedad somática o psíquica») y la de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

(162) Artículo 605, párrafo primero, en el cual se impone la pena de prisión de seis meses a tres años.

nas. Creemos que merecía cuando menos una mención al igual que las lesiones. Y, por ello, nos causa extrañeza el que su ausencia no haya sido echada de menos en la doctrina (163), porque ésta era también la redacción empleada en la regulación recientemente derogada. De hecho, la única variación apreciable que figura en la nueva normativa con respecto a la anterior se centra en el cambio de sede de estas disposiciones. De tal forma, que estos delitos se integraban hasta hace poco en el Título I del Libro II del Código penal, que llevaba por título «Delitos contra la seguridad exterior del Estado».

C.2 *El apoderamiento de buques y aeronaves*

En el anterior Capítulo IV del Título I («Delitos contra la seguridad exterior del Estado») del Código penal, que tan sólo constaba de dos artículos: 138 y 139, se contenían los «delitos de piratería», vigentes hasta mayo de 1996. Aunque debe decirse más bien que bajo dicha rúbrica se contenían penas para dichos delitos porque, en realidad, no se establecía siquiera el concepto de lo que había de entenderse por actos de piratería (164). Lo cual, lógicamente había sido motivo de críticas, al igual que la misma terminología utilizada. Además, en dicha regulación se integraban sin matices los

(163) De ahí que nos parezca cuando menos, incompleta y poco realista la matización que Rodríguez Devesa y Serrano Gómez añaden a su explicación de este párrafo tercero del artículo 137, según la cual afirman que la expresión «delito cometido contra las personas» debe interpretarse con exclusión de los delitos de parricidio, asesinato, homicidio y lesiones; en concreto, cuando precisan, sin siquiera aludir a los delitos de detención ilegal, de secuestro o de terrorismo, que «restan muy pocas figuras que, por si fuera poco, son de dudosa aplicación: auxilio o inducción al suicidio, infanticidio o aborto, por supuesto sin consentimiento de la embarazada, si la persona es de sexo femenino»; *op. cit.*, p. 655.

(164) El texto de este artículo 138 ya derogado es el siguiente:

«El delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de reclusión mayor.

Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor.»

Asimismo, en el artículo 139 se consideraban como tipos cualificados, a efectos de las penas (que se elevaban considerablemente), además de la calidad de «jefe, capitán o patrón pirata»: el apresamiento al abordaje o con incendio, el que el delito fuera acompañado de asesinato, homicidio, cierto tipo de lesiones, o de atentados contra la honestidad y el que se hubiere dejado a alguna persona sin medio de salvarse.

mismos actos cometidos «contra aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización de aquéllos» (165). Por si ello fuera poco, estos preceptos adolecían además de otras graves tachas que habían originado una amplia reprobación doctrinal. Así, por una parte, el artículo 138 efectuaba una distinción según la piratería se llevase a cabo contra españoles o contra extranjeros. Y, por otra parte, el mismo precepto distinguía a su vez entre extranjeros de una nación que no se hallase en guerra con España y súbditos no beligerantes de otra nación que se hallase en guerra con nuestro país, con una rebaja de la pena en este último caso. Como se ve, esas distinciones, además de ser enormemente absurdas, podían plantear serios problemas de interpretación en aquellos casos en los que el buque o la aeronave asaltada trasladase a la vez a nacionales y extranjeros no beligerantes (166). De otro lado, también había sido objeto de censura la incoherencia que resultaba de no contemplar los actos de piratería contra los súbditos beligerantes de un país que se hallase en guerra con España, que serían pues atípicos (167); a la vez que se criticaba también la laguna existente respecto de los apátridas (168).

Todos estos defectos e insuficiencias de la antigua regulación del Código penal, pero sobre todo la existencia de dos Leyes especiales y, por tanto, de aplicación preferente, habían propiciado que ya desde hace tiempo se hablara de ambas disposiciones como de letra muerta (169). Ha de decirse que en esta última ocasión el legislador nacional sí pareció hacerse eco de las opiniones doctrinales que se habían vertido con anterioridad y percibir, por consiguiente, el anacronismo que representaban aquellas dos disposiciones. La solución finalmente acogida en la reforma emprendida por la Ley Orgánica 10/1995 fue la de la supresión simple de esos dos preceptos. Desde la reciente entrada en vigor del nuevo Código penal, pues, no existe ya en su texto ninguna disposición sobre esta cuestión. Debemos hacer, por tanto, una breve referencia a las normas que son de aplicación al respecto.

En el *ámbito aéreo*, se ha venido aplicando la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (170), en cuyo ámbito de apli-

(165) Artículo 139, último párrafo.

(166) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672.

(167) *Vid.* el desarrollo de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672.

(168) Cfr. *ibidem*.

(169) *Vid.*, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 593 y 594 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

(170) Ley 209/1964, de 24 de diciembre; *BOE* de 28 de diciembre.

cación cabe incluir los actos de detención ilegal de personas, en cuanto en el artículo 39 se contempla el apoderamiento de una aeronave con violencia e intimidación «en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado». Pero es de señalar que dicha Ley ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1986 de 6 de enero, que ha venido a suprimir la jurisdicción penal aeronáutica para los delitos y faltas tipificados en la Ley de 1964 (171).

En el *ámbito marítimo*, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955 se ocupaba de los actos de piratería, desplazando siempre la regulación del Código, por tratarse de una ley penal preferente. En dicha norma se consideraban como actos de piratería, entre otros, «los actos de depredación y violencia contra las personas realizados en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se ha colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado (...)» (172); «los individuos de la dotación de un buque y personas embarcadas en él que facilitan a los de otro el apoderamiento con violencia del primero o el despojo, daño o lesión de las personas que se hallaren a bordo» (173) e iguales conductas cometidas «en el mar o desde él contra aeronaves o aparatos similares» (174). Sin embargo, a partir de la derogación de esta Ley por la nueva Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 (175) la situación se ha vuelto verdaderamente confusa y problemática debido a que la nueva Ley carece de carácter penal, conteniendo únicamente sanciones administrativas (176). A la vista de ello, hasta la última reforma del Código penal que ha entrado en vigor en 1996 sólo quedaba la solución de retornar a la aplicación de aquellas dos disposiciones contenidas en el Código penal, a pesar de su carácter absolutamente obsoleto e incompleto. No obstante, la situación todavía ha empeorado más tras la reciente reforma, pues ahora ni siquiera aquel Derecho está ya vigente. Por

(171) BOE núm. 12, del 14 de enero.

(172) Artículo 9.

(173) Artículo 10.2.

(174) Artículo 11.

(175) Ley 27/1992, de 24 de noviembre; BOE núm. 283, de 12 de diciembre.

(176) SERRANO GÓMEZ censura además que la nueva Ley no establezca ninguna disposición transitoria relativa a las condenas impuestas por la anterior o a los procedimientos que se estén desarrollando; lo cual, de un lado, impedirá que se cumplan las condenas ya impuestas y, de otro, provocará que hayan de archivarse los procedimientos en tramitación. Se trata de nuevos problemas que el mismo autor atribuye a un «lapsus del legislador, sin duda debido a la ligereza con que se elaboran las normas»; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

consiguiente, sólo nos queda lamentar el vacío legislativo presente en estos momentos y llamar la atención sobre la penosa ausencia de diligencia que ha demostrado nuestro país, al no cuidarse, en un primer momento, de armonizar la legislación interna con la internacional o al menos de actualizarla y, al no prever, en la última modificación general introducida en nuestro ordenamiento penal, alguna norma paralela al respecto.