

# EMERGENCIA Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIONALIDAD PENAL Y  
MOTIVOS DE SU PERPETUACIÓN

José Ramón Serrano-Piedecasas



# EMERGENCIA Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

ANÁLISIS DE LA EXCEPCIONALIDAD PENAL Y  
MOTIVOS DE SU PERPETUACIÓN

José Ramón Serrano-Piedecasas

*Presentación a cargo de  
Roberto Bergalli*

*Prólogo de  
Ignacio Berdugo*



PPU  
Barcelona, 1988

Primera edición, 1988

No podrá reproducirse total o parcialmente el contenido de esta obra,  
sin la autorización escrita de PPU.

© José Ramón Serrano-Piedecabras

© PPU  
Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A.  
Marqués de Campo Sagrado, 16  
08015 Barcelona

I.S.B.N.: 84-7665-369-7  
D.L.: B-42.033-88

Imprime: Limpergraf, S.A. Calle del Río, 17, Nave 3. Ripollet (Barcelona)

## PRESENTACIÓN

### EMERGENCIA: UNA CULTURA ESPECÍFICA

*1) Si la emergencia en su significado semántico ha de entenderse como la ocurrencia de un suceso o accidente que sobreviene (Casares, 1977, 319), es indudable entonces que la utilización del término con ese sentido, en el plano de las relaciones entre la sociedad civil y el Estado, debe vincularse con la aparición de ciertas situaciones o momentos que tienen por efecto alterar, modificar o, por lo menos, influir en ese tipo de relaciones.*

*Me parece que lo dicho, de por sí, serviría ya mismo para justificar la inclusión en la colección Sociedad-Estado de un estudio como el de José Ramón Serrano-Piedecabras, el cual precisamente está planteado como una investigación orientada a analizar la peculiar configuración que ha venido asumiendo —particularmente en España— la forma-Estado social o de bienestar ante la presencia de una situación emergente. Pues la emergencia de que se trata en este volumen, aparentemente surgida desde el nivel de lo social, ha servido para justificar la producción de una excepcional legislación penal cuya perduración está ligada al destino que parece seguir la forma-Estado mencionada.*

*Sin embargo, con estas líneas de presentación de la obra de Serrano-Piedecabras no quiero penetrar en el meollo de su estudio que, por cierto, está muy bien tratado. En cambio, mi*

deseo es el de aprovechar la ocasión para dejar escritas algunas reflexiones en torno a la suerte de fenómenos que, particularmente en ciertos países de Europa occidental, han venido gestando, con diferentes expresiones pero también con muy distintas repercusiones, lo que con bastante propiedad, según mi opinión, se ha denominado cultura de la emergencia.

Por que si algo no puede desconocerse en el entramado de gestos, actitudes, comportamientos y en general nuevas formas de expresión de la vida social en el occidente europeo de las últimas casi dos décadas, es precisamente un especial conjunto de símbolos y mensajes que han permitido una distinta interpretación de los modos de convivencia. Es verdad que las elaboraciones colectivas de una cultura de la emergencia, con las diversas formas de fabulación que ella ha provocado, están vinculadas por muchos aspectos a la presencia del terrorismo sobre la escena política (Resta, 1984, 111). No obstante, el fenómeno terrorista, incluso en sus más diversas expresiones (y aquí aludo al de los nacionalismos más exacerbados, como al de los proyectos de destrucción de los Estados de derecho), es sólo la causa aparente o por lo menos inmediata de la conformación cultural específica a la que aludo. Hay, en efecto, situaciones más profundas y, sin duda, más permanentes y no coyunturales en la base de gestación de un nuevo modo tentativo para mantener el orden social.

II) El modelo de relaciones entre sociedad civil y Estado nacido de la nueva hegemonía imperial en las sociedades industriales de occidente, en la segunda post-guerra mundial, diseñó la ilusión de formas de control social total. Ese modelo estructural-funcionalista que premiaba con el éxito y el consumo a quienes adecuaban su conducta a las metas culturales presupuestadas y a las oportunidades socio-económicas ofrecidas, importado a Europa desde los Estados Unidos de Norteamérica en los brazos del triunfo aliado, había elegido las formas soft de control social en la medida que el crecimiento industrial y los modos de intervención en el mercado consentían al keynesianismo enfatizar las políticas sociales.

Dentro de ese marco fue admisible un cierto permisivismo y la difusión de una pluralidad cultural que se manifestaba en

gustos estéticos, modas culturales o comportamientos opuestos a la tradición, las cuales marcaban su acento en la edad, el sexo y formas nuevas de lo privado. Hasta tal punto se desarrolló este modelo que dio lugar al análisis sociológico de todas estas situaciones mediante algunas perspectivas, muy sugestivas entonces, tales como la denominada teoría de las subculturas, la cual si bien en sus comienzos traducía una aproximación muy completa a los diversos grupos que la pluralidad cultural y el nuevo entramado social configuraban, relativamente admitidos por la democracia del american way of life, luego se convirtió en una severa herramienta de la discriminación dejando al descubierto el uso instrumental de la teoría sociológica (cfr. Schwendter, 1978, 364-415).

Uno de los resultados procurados por ese modelo social —no se sabe si deseado o no previsto— fue el del aumento de la complejidad. Ésta, mientras la forma-Estado del bienestar se desarrolló sin grandes perturbaciones, es verdad que impulsó el respeto a la heterogeneidad y a variadas opciones culturales, como asimismo alentó las fórmulas del constitucionalismo social sobre todo en aquellos países que adelantaban la revolución tecnológica. Los modos de la democracia y, en particular, los de una democracia social consolidaron aquellos viejos valores de la racionalidad europea vinculados a la acumulación capitalista, la cual, al par de aumentar el bienestar de ciertas clases, no obstante también generó el desplazamiento de otras produciéndose así nuevos procesos de estratificación. Esta fue la manera en que se consolidó la pirámide que hizo permanente una sociedad jerárquica, dentro de la que ha sido muy difícil alcanzar el equilibrio que pudiera compensar los grandes desniveles generados por las visibles manifestaciones de injusticia social. Injusticia que, no obstante las grandes cotas de bienestar o, mejor dicho, de satisfacción de demandas materiales, alcanzadas en ciertas sociedades europeas, se hace sin embargo visible entre los polos de la jerarquía social.

De este modo fue que las demandas y conflictos sociales introdujeron una dinámica inesperada en el plano de las relaciones entre la sociedad y el Estado que éste, en su forma democrática y de derecho, se reveló bastante poco preparado para soportar y controlar. La llamada crisis de gobernabilidad, provocada por la nueva conflictividad social, tuvo sus

puntos más expresivos en la pérdida de legitimidad y en la caída de los niveles de legalidad con los que se encuentran todavía encaradas la filosofía política y la teoría del Estado. Esta situación no sólo refleja las crisis que atraviesan el terreno de relaciones sociedad-Estado, sino también los motivos para la transformación de las estrategias de control social de las que me he ocupado en otros lugares (cfr. Bergalli, 1985; 1986; 1988).

Este es el cuadro en el que se mueve el análisis de Serrano-Piedecasas en los tres primeros capítulos de su obra que, propédeuticamente, me parecen esenciales para cualquier enfoque pluridisciplinario (como los que se proponen y pretenden sustentarse desde esta colección, v. Presentación: Al comienzo... del volumen 1 de Justo Serna Alonso, «Presos y pobres en la España del XIX», PPU, Barcelona, 1988), que se pueda hacer acerca de la emergencia penal provocada aparentemente por el fenómeno terrorista.

III) Pero, como ya lo esboqué antes, mi interés con estas líneas es el de expandir el examen de la emergencia hacia aquellos aspectos que la proponen como modificación de las representaciones sociales y esquemas mentales que ayudan a construir una cultura específica.

Se sabe que la cultura consiste en el conjunto de las representaciones mentales socialmente elaboradas por medio de los individuos quienes, en el nivel de sus personalidades, entran en relación con su contexto en una sociedad históricamente determinada (v. Seppilli, 1978, 45). Hay, entonces, en la producción de culturas, un aspecto decisivo que está constituido por el conjunto de expresiones de las experiencias personales y como matriz de las respuestas comportamentales de los individuos concretos quienes, si bien establecen relaciones de existencia propias con el contexto social, en cambio generalmente orientan sus reacciones sobre la base de modelos culturales. Por lo tanto la cultura, como producto social, se configura en consecuencia como momento subjetivo de la sociedad, mientras el momento material de aquélla viene proporcionado por las condiciones y los procesos que la infraestructura de la sociedad genera.

No es esta la ocasión —ni tampoco soy yo competente—

para intentar dirimir el campo de la discusión en que se debate la antropología actual acerca de cuál es la mejor estrategia a fin de adquirir conocimientos en el terreno de la investigación socio-cultural. Pero, según me parece, es el materialismo cultural la propuesta que mejor explica las influencias que han de tenerse bien en cuenta a la hora de saber de qué se habla cuando se emplea el término cultura (cfr. Harris, 1985, 71 y ss.). En todo caso, y aún cuando el idealismo psicológico y cognitivo haya dado substanciales aportes para medir y definir mediante procedimientos empíricos el complejo de personalidad de un grupo, dejando sentado que a éste lo configuran las propensiones mentales del individuo para sentir y conducirse de determinada manera, el factor dominante en semejante configuración proviene sin duda de las condiciones infraestructurales. Del mismo modo, existen suficientes pruebas como para descartar cualquier preeminencia de factores genéticos en la producción del fenómeno cultural lo que, en consecuencia, invalida la identificación que ciertos sociobiólogos hacen entre los componentes genéticos y los rasgos culturales humanos, aun cuando los más importantes estudiosos de esta corriente no niegan que la mayor parte de las respuestas sociales humanas proceden del aprendizaje social (cfr. Harris, op. cit., Segunda Parte, Cap. V, 139-162).

Empero, conviene subrayar algo que, quizá por muy obvio, no sería siquiera oportuno hacerlo pero que, a la hora de profundizar en aquellas condiciones infraestructurales que han modificado o por lo menos alterado ciertas pautas de las políticas de control social, en una de las áreas centrales del sistema de producción capitalista, conviene tener presente. Este dato está conformado por la idea que parece más bien aceptada por todas las vertientes de la antropología cultural, cual es que así como el concepto de cultura reconoce su esencia en la realidad de lo supra-individual (Kroeber) también debe reconocerse el rechazo del presupuesto de una evolución cultural unilineal, común a todas las sociedades (así Boas, Malinowski y su escuela funcionalista). De este modo, y desde la superación de la escuela histórica de Tylor, el concepto científico de cultura ha desterrado la cristalización de patrimonios culturales de sociedades estáticas, cerradas a la influencia externa. La búsqueda de «universales culturales» que tuvo sus más preclaro representate en Clark Wissler, con su elaboración del



«esquema cultural universal»; en Bronislaw Malinowski, con su tabla de «tipos institucionales universales»; o en la elaboración que hizo G. P. Murdock de una serie de «comunes denominadores de la cultura», ha caído en el desuso al haberse demostrado el relativismo cultural y la inexistencia de un consensus gentium o consenso de toda la humanidad (cfr. Geertz, 1987, 64-50).

Por lo tanto, es posible pensar que las condiciones de coherencia y orientación de una cultura, a través de las cuales los individuos insertados en la estructura de una sociedad históricamente determinada organizan sus experiencias y dirigen sus comportamientos, pueden verse rápidamente alteradas cuando se verifica la intrusión de elementos de origen externo.

Pienso que lo expuesto, aunque muy esquemático, resume los elementos antropológicos imprescindibles como para poder reconocer la existencia de una cultura de la emergencia en algunos países europeos. En estos ámbitos, como resultado del desarrollo de una conflictividad social inédita y la influencia de situaciones comunes para el entorno europeo, pero de todas formas producto de la tensión nacida entre los polos del sistema capitalista, se produjo un cambio en las condiciones infraestructurales que devino en grados más o menos profundos de incoherencia cultural o, si así se acepta, como disparador de una cultura específica.

IV) Entonces, si es admisible hablar de una cultura específica se presentan, por lo menos en mi opinión, algunos interrogantes que yo enunciaría del siguiente modo. ¿Es posible identificar esta cultura de la emergencia en contextos y sociedades concretas?; ¿es posible identificar los tipos mediante los que se presenta? Y si todo esto es de verdad posible, ¿qué efectos produce una cultura semejante?; ¿de aceleración o de freno?; ¿de individualización o de socialización del comportamiento?; y, lo que es aún más importante, ¿de incremento del conflicto o de pacificación?

A estas y otras preguntas es necesario responder para confeccionar un cuadro clínico de la emergencia, si se quiere verla como elemento esencial del sistema político contemporáneo, como mecanismo de la forma actual de hacer política en países caracterizados por la misma forma de producción y de

distribución o, lo que puede ser igual, en sentido activo o pasivo, como forma de convivir.

Pero también es posible, en cambio, que la emergencia no exista; que sea un falso problema o, quizás, una fase transitoria o, asimismo, un mecanismo constitucional pero excepcional de aplazamiento, de cierre exterior, perfectamente compatible con el sistema político y aún más, garante de su perfección, tal como es el caso para el Estado de derecho. Si todo ello es así, entonces debería estar todo el mundo conforme y podría por lo tanto formularse con tranquilidad la pregunta sobre los caracteres específicos del caso español —o del alemán occidental, o del italiano, o del británico, para mencionar los ámbitos donde la emergencia ha estado marcando a fuego el sistema político de los últimos tres lustros— como el más reciente de esta sana y rígida familia que constituye el occidente democrático.

En semejantes términos, el problema es esencialmente el de encuadrar una aparente paradoja que puede esbozarse de este modo: ¿cómo puede ser elemento esencial, constitutivo, o sea: estructural, estable, permanente del ordenamiento político algo que por definición, como la emergencia, es ocasional, transitorio, excepcional? La emergencia prolongada, ¿no deviene entonces normalidad? A mí me parece que es necesario responder con un no a esta pregunta para poder continuar razonando en el sentido propuesto y pienso que no es difícil responder negativamente. Basta solamente prolongar hasta hoy los viejos discursos sobre el caso de excepción, sobre el Notfall o Ausnahmezustand, sobre la necesidad como elemento básico de búsqueda de la obligación política, para entender dónde se puede llegar.

Si el nexo excepción-autoridad, sintetizado por Carl Schmitt en la fórmula política de la dictadura (y obsérvese bien que no es el despotismo), tenía un sentido en la proyección típica del Estado moderno y es satisfecha puntualmente por el Estado de derecho —que es aquella del monopolio de la violencia legítima—, entonces ese nexo debe tener un sentido completamente diferente en la proyección política propia del mundo contemporáneo, en el cual el elemento de la soberanía (entendida técnicamente, por cierto, como monopolio jurídicamente vinculado de la violencia legítima) aparece en crisis manifiesta, por lo menos en lo que respecta a sociedades como las

europas antes aludidas. Puede llamar la atención hablar de crisis de soberanía, pero a poco que se analice como motivos externos de la misma a la complejidad del sistema internacional, a los compromisos y sumisiones de carácter militar (en este punto son casi superfluos los comentarios en relación a la actual situación española con respecto a la OTAN) o a las vinculaciones de naturaleza económica y política que se presentan como de cooperación e interrelación (aquí la referencia es evidente al marco de las Comunidades Europeas); o se penetre en las razones internas de semejante crisis —configuradas en la representación cada vez más directa y despiadada de intereses sociales minoritarios pero de gran capacidad para influir en el nivel decisorio de la política (obviamente el poder de la banca y de los negocios bursátiles ha adquirido unos efectos notables sobre ese nivel, en particular en lo que atañe a España)— entonces, razonablemente, el discurso sobre la crisis de soberanía no parece fuera de lugar.

Llegados a este punto quien lea estas líneas puede formularse esta pregunta: ¿entonces, qué? Pues entonces, a falta de una fórmula política nueva, capaz de expresar las nuevas relaciones de fuerza, de poder, internas y externas, el recurso a la emergencia no refleja más el antiguo papel de subrogación global y difusa que esa categoría cumplía según la tradición de la filosofía política y la teoría del Estado, por lo que su calidad y función política han variado radicalmente. La emergencia no se presenta más como medida excepcional de garantía para el sistema o de recarga en caso de necesidad, sino como alimento constante e imprescindible del mismo. Con un símil muy al uso podría decirse que la emergencia se ha convertido en la droga del sistema y, como ésta, produce habituación y dependencia y quizá también, del mismo modo, su muerte.

Si todo esto es verdad, se trata entonces de definir los caracteres de la crisis respecto de la cual la emergencia sería su remedio, por una parte sólo aparente, por la otra no obstante inevitable. Es precisamente de aquí de donde debería provenir una contribución también para la definición de la cultura a la cual me estoy refiriendo. Pero en relación a esto me parece que ya ha sido dicho casi todo, pues ya hace casi más de un siglo que nos separa de su primera aparición. Es en efecto muy antigua la crisis de que hablo y ciertamente no está resuelta todavía en el plano político, ni tampoco en el antropo-

lógico; por lo menos dentro del mundo institucional y cultural europeo, en base al cual evidentemente continúa desarrollando estas consideraciones. Antiguo también es el recurso a la emergencia como droga de los sistemas en crisis; una de las más eficaces explicaciones del fascismo italiano y alemán se orienta precisamente en esa dirección.

Queda quizás entonces por decir algo sobre un aspecto propio de la segunda post-guerra mundial y de la definitiva afirmación de un escenario político, conjunto, de masas y de expansión geográfica. Esto es, la conjugación de la emergencia con la democracia, por una parte, y con una cierta declinación de Europa y de los pueblos europeos, por la otra. Se trata nuevamente de la mutación de las condiciones de base sobre las cuales reposaba el principio de soberanía. Sólo que ahora pueden verse mejor las implicaciones concretas, pues resulta muy arduo encontrar en el nuevo contexto ya sea los sujetos de la soberanía (¿el príncipe, el pueblo?), ya el espacio sobre el cual se ejercita (el territorio, los confines). Aparecen desligados del tema de la soberanía los dos elementos constitutivos esenciales del Estado, según la formulación teórica más apropiada asumida por él en la edad moderna: la jurídica.

Pasando a un plano más general de discurso y utilizando categorías que también recientemente han sido llevadas al campo del lenguaje y del debate político, se podría decir que la emergencia es la respuesta, en términos vulgares, al cumplimiento del proceso de secularización dentro de la historia moderna. La búsqueda de un absoluto, imprevisible, pero dotado de sus leyes, colocado en el lugar de una providencia más o menos controlada. En consecuencia, sería necesario reflexionar sobre cuáles nuevas técnicas de control del comportamiento terminaría imponiendo un fundamento tal de la vida asociada; ¿qué es lo que debería substituir a la filosofía moral, por un lado, y a la estadística por el otro o ambas en conjunto, en la experiencia política occidental moderna, hecha con una mezcla de sacro y profano por el gran arte —más tarde ciencia: ciencia social— de la prudencia, sobre las mutaciones que se producirían en el terreno de la legitimación; no únicamente con respecto a las formas de esta última, sino quizás incluso en relación a su esencia.

¿Podría entonces proponerse el problema de la legitimación

—esto es, el de mandatos obedecidos porque son justos— en una situación gobernada por la emergencia, en cambio que por criterios objetivos y formales? Éste es indudablemente el gran interrogante al que se llega después de razonar de la forma que lo vengo haciendo y, según mi opinión, ésta es la pregunta mayor que se formulará el lector del volumen que aquí se presenta si llega a estar de acuerdo con el análisis de su Autor.

V) En el sentido general al que acabo de aludir, la emergencia no puede dejar de ser un fenómeno universal. Claro que aquí no hago mención a los regímenes carentes de toda legitimación democrática; es decir, no me parece posible pensar de la misma manera cuando se alude a las burocracias autoritarias de la última década en América del Sur que gobernaron bajo la emergencia pura y dura (de aquí la pertinaz necesidad de Pinochet para constitucionalizar la excepcionalidad), ni tampoco con respecto al ejemplo del régimen racista de África del Sur que permanentemente emplea la emergencia para la represión del «enemigo interior». En cambio, sí es pertinente el razonamiento cuando se aplica al caso de Nicaragua, pues allí la emergencia, regulada constitucional y legislativamente, tiene un fundamento no sólo implantado en el nuevo Estado y en sus principios de justicia social, protección de los derechos humanos, no alineamiento internacional sino, principalmente, en el sentido de supervivencia como país independiente con plena autodeterminación.

Es universal en lo que atañe, por lo menos, a una expandida área político-cultural europea gobernada, desde hace cinco siglos, por principios inspiradores de racionalidad; esto es, previsibles y calculables, formalizados en términos más o menos sencillos y por lo tanto reducibles a un control por parte de los sujetos colectivos del proceso de modernización, cada vez más numerosos. La prueba más inmediata de lo que digo se obtiene, como siempre, en la historia de la cual todas las personas hoy pueden tener memoria, cual es aquella con referencia a la guerra. El mecanismo guerra-vida-miedo continúa siendo, aún en estos días del más grave y superficial materialismo, el que con más eficacia hace funcionar ciertos procesos de agregación y de contraposición entre los hombres y los gru-

pos humanos. La perspectiva de la guerra nuclear ha sido hasta ahora la única capaz de guiar los grandes movimientos sociales y de ordenar los tiempos de la política que, a su vez, no puede dejar entonces de hacerse universal.

Observada así, la emergencia como criterio base de la vida asociada debería estar mucho más afirmada en otras sociedades que están más avanzadas que la española en el proceso de modernización. Sin embargo, no parece ser así. Al contrario, las sociedades del norte de Europa a las que aludo se presentan ordenadas y pacíficas en su expresión de vida colectiva; satisfechas, lúcidas, unidireccionales y escasamente conflictivas. Se podría por cierto pensar que semejante presencia es ya un efecto de la emergencia, en su realización madura como principio aglutinador o de orden de la vida asociada. En tal caso, estudiar los motivos ordenadores de esta última significaría descubrir los nuevos términos de la política, o más propiamente, de aquella modalidad de convivencia que ha substituido o está substituyendo la política (cfr. Schiera, 1985, 5).

Se puede en consecuencia demandar, por el contrario, qué es lo que hace o permite señalar al caso español actual como caracterizado por los rasgos de la emergencia, tal como ocurrió desde mediados de los años setenta con el italiano. En este último caso, ¿por qué los estudiosos del tema se proponían conscientemente, reflexivamente, el problema de la emergencia? ¿Existía este problema sólo en Italia, o bien el hecho que únicamente en este país se manifestara con tanta evidencia significaba quizá que de verdadera emergencia no se trataba? ¿Hay todavía en Italia un margen de vigilancia, de crítica, de atención y de resistencia contra la emergencia? En suma: el caso italiano, porque es menos gobernable y controlable de los demás de su entorno, ¿está más o menos signado por la emergencia? y ¿esto es un bien o un mal? En este cuadro de interrogantes se inscribía, junto a tantas otras situaciones cubiertas por la emergencia, también el problema del terrorismo en Italia y el modo en que se fue desarrollando o encontrando soluciones mediante formas de implicación y responsabilización social absolutamente peculiares.

Si bien de naturaleza absolutamente diferente, tanto por motivos históricos y político-culturales como por formas y métodos de actuación, el fenómeno terrorista español puede asimilarse al italiano en lo que hace a la gestión de los estra-

gos por él provocados. Esta fórmula horrenda —cuya brutalidad se atenúa apenas por el recurso a diferentes paráfrasis— forma parte en España del lenguaje político y periodístico cotidiano y el sentido profundo que revela, su mensaje «fuerte», permite retomar el discurso antes aludido sobre la emergencia como forma de gobierno. Por que lo que ha sido misión del estudio de Serrano-Piedecabras no fue el análisis del fenómeno terrorista, ni en España ni en ningún otro país, sino que el eje central lo constituyó el otro fenómeno con el que replicó el sistema político: el de la emergencia. Fenómeno este último que ha inundado en Italia, por ejemplo, variados planos de las relaciones sociedad-Estado generando un sistema político que vive de emergencia y que en la emergencia ha parecido encontrar su razón de ser y su modelo de acción (v. Manconi, 1985, 6). Y puesto que la excepcionalidad penal a que dio lugar la emergencia en España, acaba de ser incorporada a la legislación ordinaria, la misión que ahora debe cumplir el volumen que aquí presento es precisamente la de llamar la atención sobre este hecho pues es posible que en este país se esté ante las puertas del riesgo que puse de manifiesto antes (v. IV supra); es decir, que la emergencia y su cultura específica se estén convirtiendo en normalidad para el ordenamiento político y, lo que es más grave aún, en normalidad para los ciudadanos.

La historia de las emergencias vividas por muchos pueblos europeos —y de esto los españoles saben algo— ha procurado muchas advertencias al respecto. Los ejemplos más notorios los he citado antes —el fascismo italiano y alemán— pero me parece que el del franquismo, aunque sobre la base de una guerra civil, no deja también de ser ilustrativo para el caso. En efecto, las laceraciones sociales; los comportamientos desviados y transgresores; las rupturas en los sistemas de ideas compartidos; las innovaciones subversivas, tales como las transgresiones desestructurantes, son siempre afrontadas —mas antes, todavía, advertidas y vividas— por el sentido común que informa al sistema y a su clase política, antes que nada, como cuestiones de orden. Es decir, como patología social, cultural o psíquica que debe ser de todos modos superada y, de forma preventiva, segregada.

Es esta mentalidad —herencia máxima de la «cultura franquista», autoritaria en sentido estrecho pero claro—, alimen-

tada por el temor a la transgresión y al «riesgo social» que ella comporta, la que produce una ampliación desmesurada de la categoría de la peligrosidad social. Lo cual determina, una vez enquistada en el cuerpo social —hábilmente difundida desde los rincones del pensamiento más regresivo, a través de sus serviles portadores instalados en los medios de comunicación— y en los propios aparatos de Estado, el impulso necesario a unas prácticas de control de las contradicciones totalmente confiadas a la excepcionalidad, a la intervención extraordinaria y a las reformas y medidas urgentes de la legislación ordinaria. Unas prácticas de control que buscan, entonces, el consenso a todo trance bajo la forma exclusiva y penetrante de las campañas de ley y orden; de la galvanización moderada de estratos, ambientes y categorías sociales; y de una forma de actividad conservadora que, a menudo, tiene como interlocutora a una «mentalidad de izquierda».

A esta altura, muchas iniciativas intachables, como por ejemplo aquellas llevadas a cabo contra la evasión fiscal o la «fuga de capitales», han debido recurrir a difusos sentimientos punitivos y de revancha social para obtener legitimación y para resultar eficaces. Pero, seguramente, es en el campo del fenómeno toxicodependiente —como uno de los aspectos salientes de toda la «cuestión droga», aunque por lo visto difícil de desconectar de los demás— donde más se están revelando en España los dos elementos centrales de esta forma de control (o de gobierno) por una vía de emergencia, cuales son: las decisiones o reformas legislativas de urgencia (cuando no de excepción) y la puesta en marcha, con sentido autoritario, de sentimientos colectivos. Todo esto, más la ineptitud de la estrategia concreta y de los órganos dispuestos para ejercer el control, están exasperando la opinión pública hasta el límite de demandar medidas e intervenciones de tipo excepcional. Es decir, que aquí también tenemos una constatación de lo que puede producir una cultura de la emergencia.

De todo esto y de mucho más se podría seguir discutiendo para alertar contra una cultura de la emergencia que socava, indudablemente, las bases garantistas y de seguridad jurídica implantadas por el Estado de derecho. Pero, me parece que he volcado suficientemente buena parte de las reflexiones que deseaba formular acerca del tema que se analiza en este libro. Ahora el lector tiene la obra ante sí para poder verificar



*si mis reflexiones se han ajustado al marco de una Presentación de ella.*

*VI) No quiero, empero cerrar estas reflexiones sin antes aludir a los motivos subjetivos que me impulsaron a incluir en esta colección el estudio que presento, pues los motivos objetivos podrán ser confirmados por el propio lector. Se trata, por cierto, de motivos que apoyan en la personalidad del Autor y en su propia historia de vida; una vida poco habitual para un jurista y que mucho tiene que ver con la emergencia de que aquí se habla.*

*Conocí a José Ramón Serrano-Piedecasas a poco de su regreso a su tierra natal, después del muy largo período que él transcurrió en la República Oriental del Uruguay; país al que se había trasladado apenas terminada en su Salamanca de origen la licenciatura en derecho, movido por su inquietud juvenil, su sensibilidad por las causas justas y por un quizá todavía no bien definido compromiso político con las luchas sociales que entonces se esbozaban en Latinoamérica. Allí, a orillas del Plata a las cuales hace más de un siglo también se acercó con similares preocupaciones nada menos que gente de la talla de un Giuseppe Garibaldi, el Autor del presente libro hizo una experiencia humana y política sin duda enriquecedora. Conoció las penurias de los hombres del campo uruguayo y se empeñó en sus reivindicaciones más justas. Pero el compromiso que asumió lo hizo enfrentarse primero con la «emergencia» implantada por el entonces gobierno civil y luego con la impuesta por la dictadura militar. Los años de privación de libertad que sufrió supusieron sufrimientos, torturas y una dura prueba, todo lo cual sin embargo no hizo mella en las firmes ideas de Serrano-Piedecasas. Lograda su liberación, volvió a Salamanca y de inmediato se dedicó a terminar sus estudios de tercer ciclo con el decidido apoyo del prologuista de esta obra. Con gran entusiasmo y revelando una rara firmeza de carácter, llevó antes a término su Memoria de licenciatura la que luego abrió las puertas a la investigación que fuera Tesis doctoral y que ahora se publica, con modificaciones.*

*Nuestro común afecto por las tierras platenses, el haber sufrido ambos los efectos de «emergencias» similares y seguramente las mismas concepciones acerca del respeto por el ser*

humano, de la justicia social y de la convivencia democrática, allanaron rápidamente el camino hacia una intensa comunicación que devino de inmediato en franca amistad.

He discutido largamente con Serrano-Piedecasas diversos aspectos de su investigación y he procurado para que él hiciera lo propio en otros ámbitos culturales, lo cual pienso que ha contribuido en el vigor adquirido por sus tesis; finalmente, tuve el gusto de integrar el tribunal que la juzgó para otorgarle el título de doctor en Derecho.

Por todo ello, creo que esta obra se inscribe en un campo de reflexión sobre los problemas que trata, poco usual en España. En efecto, opinar sobre la excepcionalidad penal como medio de control social, no es sencillo. Lo común es hacerlo de forma no comprometida y más bien complaciente con ella. Pero cuando se hace, como Serrano-Piedecasas, poniendo al descubierto el empleo de las contradicciones sociales y la alarma consiguiente como ocasión de una nueva dislocación de las relaciones de fuerza dentro del sistema de gobierno de la sociedad, de diferentes distribuciones de poderes de los que otorga el Estado de derecho, de renovada estipulación de alianzas con las fuerzas regresivas y, por el contrario, de las diversas definiciones de las hostilidades, entonces se arriesga. Esta actitud del Autor otorga no sólo más valor a su obra, sino que lo dignifica a la vez que lo confirma en su coherencia intelectual y política.

Desenmascarar el empleo político e ideológico de la emergencia, cualquiera fuera su origen —en el caso de este estudio, el terrorismo—, para provocar una reflexión sobre las nuevas reglas de juego y las nuevas formas de la mediación política de proponer a los movimientos colectivos para superar los conflictos sociales, no sólo supone una tarea de ayuda en la cura de las heridas que pueden existir en el tejido social; sirve, asimismo, para criticar y batir una cultura de la emergencia traducida en sistema de administración de la sociedad, la cual, en la medida que se establezca, constata la incapacidad absoluta del sistema político —pero también de la sociedad en sus diversos niveles y diferentes culturas— para mirar dentro de sí y así poder reconocer las raíces y las razones de todo aquello que sucede dentro de su propio cuerpo y en sus periferias, reconociendo como de propia competencia el resultado de los más tortuosos recorridos y de las mil salidas que los destinos

*de las personas y las vicisitudes de los grupos pueden entender.*

*Confío que la obra de Serrano-Piedecasas provoque la discusión que merecen sus propuestas y le deseo al Autor-amigo que ella recompense los esfuerzos y sacrificios que le ha provocado.*

Roberto Bergalli



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERGALLI, R. (1985), *Realidad social y cuestión penitenciaria* (Una visión desde España sobre el centro del sistema capitalista), en: «Doctrina Penal», vol. 8, n.º 37, julio-septiembre, Depalma, Buenos Aires, 365-377.
- BERGALLI, R. (1986), *Conflicto social y control penal*, en: «Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa», n.º 11, monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 99-115.
- BERGALLI, R. (1988), *El control penal en el marco de la sociología jurídica*, ponencia en la sesión C de las «Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica», Universidad de Barcelona, 7-9 abril. Publicada, en: «Anuario de Filosofía del Derecho», Madrid.
- CASARES, J. (1977), *Diccionario ideológico de la lengua española*, Editorial Gustavo Gili, S. S., Barcelona, segunda edición puesta al día (8.ª tirada).
- GEERTZ, C. (1987), *La interpretación de las culturas* (trad. A. Bixio), Editorial Gedisa, S. A. Serie Mediaciones, Barcelona. Original en inglés: «The interpretation of cultures», Basic Books Inc., New York, 1973.
- HARRIS, M. (1985), *El materialismo cultural* (trad. G. Gil Catalina), Alianza Universidad, 324, 1.ª reimpresión. Original en inglés: «Cultural Materialism», Random House Inc., New York, 1979.
- MANCONI, L. (1985), *Emergenza come governo*, en: «Antigone», Bimestrale di critica dell'emergenza (Direttore: L. Manconi), Anno I, n.º 1, marzo, il Manifesto, Roma, 6-7.
- RESTA, E. (1984), *L'ambiguo diritto*, Sociologia del diritto n.º 10 (collana diretta da Renato Treves), Franco Angeli Editore, Milano.
- SCHWENDTER, R. (1978), *Theorie der Subkultur* (Neuausgabe mit einem Nachwort, sieben Jahre später), Syndikat, Frankfurt a.M.
- SCHIERA, P. (1985), *Quello Stato che non c'è*, en: «Antigone», Bimestrale di critica dell'emergenza (Direttore: L. Manconi), Anno I, n.º 2, aprile-maggio, il Manifesto, Roma, 5-6.
- SEPPILLI, T./
- GUAITINI ABOZZO, G. (1978), *Schema concettuale di una teoria della cultura*, Istituto di Etnologia e Antropologia Culturale della Università degli Studi, Editrice Umbra Cooperativa, ristampa, Perugia.

## PRÓLOGO

*La crisis de los modelos de Estado imperantes en la Europa Occidental ha generado cuerpos normativos, que rompen con los principios que informan las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Leyes que conocemos como legislación excepcional o de emergencia.*

*En relación a la misma es prioritario para el jurista recordar la vigencia de las garantías individuales, fundamento y límite del ordenamiento jurídico, so pena si estas se abandonan de introducirse en una espiral diabólica, que podría llegar a ocasionar la ruptura y el abandono de los modelos sociales hasta ahora vigentes.*

*Esta razón justifica y aconseja por sí sola que la legislación excepcional sea tema y objeto de estudio en nuestras universidades. Así, sobre este punto de partida, se tendrá la posibilidad de actuar como recordatorio de la no validez de caminos ya alguna vez emprendidos.*

*Este libro que en su día constituyó una tesis doctoral se sitúa en este modo de ver las cosas. En él se pretende no sólo determinar cuál es el alcance de las normas penales de carácter excepcional, y en particular de la legislación antiterrorista, si no algo más profundo: por qué tienen ese contenido y de qué es reflejo el mismo.*

*Dar una respuesta a estos interrogantes presupone un grado de madurez personal y de formación jurídica, política y sociológica, que no es habitual encontrar en un doctorando.*

*El autor, como el lector tendrá ocasión de comprobar, posee ambas.*

*José Ramón Serrano-Piedecabras es una persona, por muchas razones humanamente excepcional; conocerle, y tener la oportunidad de dirigir este trabajo, han sido para mí experiencias, humanas y científicamente enriquecedoras.*

*Salamanca, 3 de octubre de 1988.*

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Salamanca*

Mi agradecimiento a mi maestro IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, director de la Tesis Doctoral en la que se basa la presente publicación y a los miembros del Tribunal, profesores: MARINO BARBERO SANTOS, ALESSANDRO BARATTA, JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, ROBERTO BERGALLI e IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA, cuyas críticas me han sido de gran utilidad. Mi agradecimiento a todos los compañeros de trabajo de este Departamento de Derecho Penal de Salamanca por su interés y amistad.

Salamanca, marzo 1988.

## INTRODUCCIÓN \*

1. El terrorismo constituye un fenómeno histórico y social de indudable actualidad. El tratar de comprenderlo exige una profunda reflexión que, por supuesto, no se agota con su estudio jurídico. Prueba de ello es la extensísima bibliografía

\* El Proyecto de reforma del Código Penal y el de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de legislación antiterrorista, fueron definitivamente aprobados por las Cortes Generales y sancionados por las Leyes Orgánicas 3/1988 y 4/1988, de 25 de mayo (BOE n.º 126, 16559 y 16160).

Es de lamentar que la sanción de estas reformas se haya realizado en fechas en las que este libro ya se encontraba en prensa. No obstante, a lo largo del texto he hecho repetidas alusiones a los citados proyectos legislativos en su versión inicial y debo señalar que sólo ha sufrido modificaciones la referida a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Brevemente; reseñaré algunas de las más importantes.

Respecto a las libertades provisionales, la excarcelación de un preso o detenido, caso de recurso del Ministerio Fiscal, «se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme... Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el art. 504...» (art. 504 bis). Si bien hay que resaltar esta doble mejora que supone la nueva redacción del artículo, sin embargo, ofrece ciertas dudas en cuanto que la decisión sobre la excarcelación del detenido la toma el fiscal y no el juez, en contra del espíritu de la Constitución.

También se introducen mejoras en el art. 553, en el sentido de limitar el registro domiciliario con ocasión de realizar una detención y aumentar las garantías de control judicial. No obstante, sigue vigente el viejo principio de la derogada Ley antiterrorista (art. 16) de efec-



existente,<sup>1</sup> que abarca una pluralidad de enfoques que van desde sus aspectos materiales y sociales hasta los históricos. En otras palabras, las formas específicas a través de las cuales se manifiesta este tipo de violencia política; la reacción institucional y social provocadas por el terrorismo; y el origen, la evolución y el medio histórico en el que tiene lugar (BARATTA, 1985, 15).

Las legislaciones antiterroristas más significativas de Europa Occidental configuran el marco espacial en el que tiene lugar esta investigación. Por lo tanto, no se tomará en consideración, aunque se hagan referencias laterales, a los aspectos materiales o históricos que sugieren un estudio global del fenómeno terrorista. Tampoco el presente estudio se circunscribe al exclusivo comentario de los diferentes tratamientos jurídicos comparados que el tema ha merecido. Nuestro interés, va más allá. Se intenta desvelar, poner de manifiesto, *la existencia de una relación causal que va desde la norma de excepción hasta la crisis del Estado Social*. O, si se quiere, reconstruir el itinerario que partiendo de la crisis de las dos funciones básicas del Estado —acumulación de plusvalía y legitimación social—, pasa por las transformaciones operadas en los propios fundamentos de la democracia representativa;

---

tuar el registro sin el correspondiente mandamiento judicial. Asimismo, aunque se mejora la intervención del Poder judicial sobre observaciones de comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas (art. 579), el ejecutivo sigue teniendo la facultad de ordenarlas con la *posterior* intervención judicial.

Por último, la Disposición Transitoria evidencia la voluntad del Gobierno de modificar la atribución de competencias concedidas a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción en materia de terrorismo al remitirla a una futura legislación «... (que) se inspirará en el principio de intermediación judicial». Disposición, por otra parte, de difícil comprensión, pues no se sabe si con ella se reconoce que en el momento actual no se respeta dicho principio, lo cual sería a todas luces inconstitucional, o quizás se espere a que remita la amenaza terrorista para suprimir esta jurisdicción especial, lo que llevaría a preguntarnos el sentido que tiene seguir manteniendo en las leyes ordinarias el resto de una normativa que, quierase o no, desarrolla el art. 55.2 de la Constitución.

1. Entre la bibliografía anglosajona destaco a AMOS LAKOS, 1986. Para consultar bibliografía francesa, italiana o española, recomiendo se utilice la que aporta LAMARCA, 1985, 477 a 501; MESTRE DELGADO, Tesis Doctoral, 1987, 495 a 516; y la manejada en el presente estudio.

es decir, cuando la democracia liberal burguesa resulta desplazada por la democracia social burguesa, «consensual, integrista, autoritaria, protegida» (FERRAJOLI, 1983, 64), para terminar con la aparición de un significativo despliegue de la «normativa de excepción» integrada, casi en su totalidad, por la denominada legislación antiterrorista.

Veamos con más detalle los tres momentos aludidos que afectan a tres ámbitos estrechamente interrelacionados: el económico, el político y el jurídico.

1.1. El proceso comienza, evidentemente, con la aparición de la crisis del Estado Social o Asistencial en los inicios de la década de los años setenta. Crisis que no supone, en el ámbito económico, un cambio en el modo de producción, sino más bien, la posible entrada en una nueva fase del capitalismo desarrollado (DE CABO MARTÍN, 1986, 13 y 14). No obstante, llamémosla crisis o adecuación a las nuevas necesidades acumulativas, existen elementos suficientes como para sostener que el Estado social o el *Welfare State* ha llegado a convertirse en una traba al proceso de acumulación del capital. El capital social y el gasto social han generado un proceso, entre sí contradictorio, que en forma recurrente alimenta la presencia de la crisis (O'CONNOR, 1973). Las consecuencias de este proceso son dobles: en primer lugar, el Estado debe potenciar, en perjuicio de su función de legitimación social del sistema, la acumulación del plusvalor (GARCÍA MÉNDEZ, 81); en segundo lugar, y efecto directo de esa obligada opción, la intervención del Estado Social debe canalizarse a través de la inversión social —financiación de proyectos y servicios que posibiliten un aumento de la productividad—, en detrimento del consumo social —proyectos que abaraten el coste de la reproducción del trabajo—.

La crisis admite la siguiente lectura: los obstáculos que impiden el proceso de acumulación provienen de la caída de la tasa de ganancia. Siendo esto así, la corrección de este impedimento pasa necesariamente por el mencionado incremento de la productividad lo que lleva, por una parte, a la reducción de los gastos improductivos, tales como los de educación, asistencia social, prestaciones sociales, etc., y, por otra, al desempleo (MISHRA, 1984).

El gasto social ha venido cumpliendo un papel clave en el

proceso de legitimación del Estado, pues era la garantía de una cierta armonía social. Sin embargo, los drásticos recortes operados en aquél han determinado, como expresa HABERMAS, el traspaso de la función legitimadora del Estado de la esfera económica a la política (HABERMAS, 1973, 58).

1.2. Las bases de legitimación del Estado Social o Asistencial radicaban en la participación universal tendente a la formación de la voluntad política y, en la posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clase, de las prestaciones y servicios del Estado (OFFE, 1977, 130 y ss.). La transformación del Estado Social, requisito ineludible para la superación de la crisis, ha afectado en forma directa a sus bases legitimadoras. El resultado más inmediato ha sido la transformación de la legitimación legal en una legitimación política de tipo democrático consensual (FERRAJOLI, 1983, 63 y 64). O, como dice STAME, la racionalidad formal (el imperativo de la Ley) ha iniciado una difícil convivencia con mecanismos consensuados de control que «procuren obediencia o sumisión» (STAME, 1979, 185).

Los efectos de la crisis también se hicieron sentir en el propio ámbito político-jurídico: en la instancia de la toma de decisiones políticas, y en la de la elaboración de las leyes.

El predominio del Ejecutivo y de la Administración acentúan su presencia, a medida que la limitación de recursos constriñe el espacio de decisión política. Esta tendencia acarrea, a su vez, otras consecuencias, entre las que destaco dos de suma importancia: La conversión del Estado en el lugar privilegiado de la lucha de clases (DE CABO, 1986, 75) (reivindicaciones y demandas que se canalizan por la vía jurídica o institucional) y la pérdida de protagonismo del Parlamento como supremo órgano de formación de la voluntad política. Institución que se ve menoscabada por la injerencia de formaciones sociales no universalmente representativas: la cúpula dirigente de los grandes partidos, los altos cargos de la Administración y las asociaciones patronales o sindicales (KARSCH y SCHMIEDERER, 1971, 208 y 209). De esta forma, las asociaciones o fuertes grupos financieros, con la representación de un único interés, común a muchos pero no de todos, ocupan una parte del ámbito parlamentario, constituyéndose, como acertadamente expresa HABERMAS, en una «esfera casi

autónoma para un ejercicio casi político del poder» (HABERMAS, 1975, 194).

1.3. Tras la crisis del *Welfare State* se ha generado una explosión de conflictividad social en el seno de las sociedades del capitalismo central (el terrorismo constituye uno de sus síntomas más detonantes)<sup>2</sup> y en las áreas del capitalismo periférico. En el primer caso, se viene produciendo una amenaza a las bases ideológicas del «consenso político»; en el segundo, son las propias estructuras materiales de las relaciones sociales de producción las cuestionadas. En este contexto, es en el que se produce una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas y donde es constatable la tendencia a una «politización de los derechos penales» (BARATTA, 1986, 86).

Un «gobierno de la crisis» requiere una «normativa de crisis». Esta normativa constituye la legislación denominada excepcional, especial, *temporary provisions* o *dell'emergenza*. Nota común a todas ellas es la de incluir disposiciones suspensivas de determinadas libertades y derechos fundamentales. La legislación antiterrorista constituye el núcleo de esta normativa. Sin embargo, un cuidadoso análisis de la misma permite descubrir una pretensión que va más allá de la represión de estas conductas delictivas. Me refiero a la puesta a punto de una política criminal dirigida a garantizar el «orden público» o la «seguridad ciudadana».

Si esto es así, la pregunta clásica de la filosofía política, ¿cómo es posible fundamentar racionalmente a la sociedad?, se transforma en esta otra: ¿cómo es posible que el individuo se someta al orden impuesto por el Estado? (STAME, 1919, 191). La calidad de la respuesta ha sido diferente en el capitalismo central que la obtenida en sus áreas periféricas.

El consenso dado por la ciudadanía en los países del capitalismo central a este tipo de medidas restrictivas de los derechos y libertades públicas se ha logrado gracias a la combinación de diversos factores:

a) al manejo de recursos jurídicos que hacen aparecer ante los ojos de los ciudadanos la formal legitimidad de esta

2. Véase el número de la revista *La questione criminale*, dedicado al tema: «Terrorismo e Stato della crisi», Anno V, n.º 1, 1979, 5-129.

legislación excepcional. LUHMANN aporta una solución técnica que evita la ruptura de las instituciones representativas: «Toda organización social conoce el *management by exception*. Este modelo se puede transferir a la política de forma ampliada, en el sentido de una activación excepcional de los recursos del poder» (LUHMANN, 1975, 197). Es decir, en el plano jurídico no existe, salvo algunas excepciones,<sup>3</sup> ningún problema formal que impida hacerse con los instrumentos legales adecuados.

b) La utilización del «impacto emocional», que provocan en la opinión pública las actividades terroristas, para justificar por razones de «interés general» (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, *passim*) la ampliación de los poderes del Ejecutivo en detrimento del Poder Judicial.

En los países periféricos, por ejemplo en Latinoamérica, las soluciones interpuestas han sido mucho más drásticas: la destrucción social y la pena de «desaparición». La Doctrina de la Seguridad Nacional aportó confusos argumentos que permitieron la criminalización de toda forma de disenso político.<sup>4</sup>

El reforzamiento «autoritario» de la democracia se ha logrado a costa de pagar un precio quizás demasiado alto: la vigencia de determinadas disposiciones excepcionales de carácter represivo que han alterado profundamente los planteamientos garantistas y liberales del viejo Estado de Derecho.

Desde el punto de vista formal, la legislación antiterrorista queda recogida en leyes especiales dispersas, o en los propios artículos del Código Penal o del Procedimiento Penal convenientemente modificados. En este segundo caso, si bien es encomiable la voluntad legislativa de dar prevalencia a la normativa ordinaria, el grave peligro que se cierne lo constituye el «trasvase» de la excepcionalidad a los cuerpos legales ordinarios. Éste es el caso, por ejemplo, de las limitaciones en el ejercicio de la defensa introducidas en los artículos 138a

3. Por ejemplo, el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, n.º 3, que se atribuye facultades normativas propias de una Ley Orgánica.

4. GARCÍA MÉNDEZ: Epílogo a la edición castellana de la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, 1984, 267.

y 138b del Código Penal y 146 de la Ordenanza Procesal Penal de la R.F.A. por Ley de 1 de enero de 1975; o, asimismo, la posible incorporación, según el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica española antiterrorista, de los artículos 553 bis L.E.C. (detención de presuntos terroristas y registros domiciliarios), y del artículo 57 bis, b) del Código Penal (atenuación o remisión premial de la pena por la vía de la delación), que introducen medidas que suponen, por una parte, el debilitamiento de un efectivo control judicial<sup>5</sup> y, por otra, la regresión a un proceso inquisitivo (ARROYO ZAPATERO, 181).

El contenido de los diversos elementos e instancias que comprende el sistema penal como órgano de control social formalizado se ve alterado en toda su extensión. Señalaré a continuación algunas de sus notas más características:

a) Construcción de un derecho penal autoritario en el que se opera una transformación profunda en el modelo clásico de la legalidad penal. Los criterios para la identificación de la desviación dejan de ser formales —constatación de hechos rigurosamente predeterminados por la Ley— para ser inmediatamente políticos o materiales —«esencialmente confiados a la discrecionalidad de los investigadores y a su íntima convicción formada al margen de los hechos y de las pruebas» (FERRAJOLI, 1980/81, 77). El supuesto objetivo del delito da paso al supuesto subjetivo del delincuente potencial.

b) Desvirtuación de los principios garantistas en los que se apoya el proceso penal moderno: carácter inquisitorial en el método empleado para la formación de las pruebas fundado en la presunción de culpabilidad del imputado. Se amplía y se consolida «el espacio autónomo de la Policía» en detrimento del Poder Judicial (ARROYO ZAPATERO, 1985, 203 y 204). Autonomía reforzada con la instrumentación de procedimientos privilegiados para los integrantes de las Fuerzas de Seguridad.

c) En el ámbito penitenciario los objetivos primordiales de la ejecución de la pena: la resocialización, reeducación y reinserción social de los condenados (GARCÍA VALDÉS, 1986,

5. BOBILLO, 1985, n.º 48, 68; GIMENO SENDRA, enero/diciembre de 1983, 1261; BARATTA y SILBERNAG, n.º 3, 1983, 571.

190), son relegados a un segundo plano. El fin reeducativo o socializador de la pena se reformula en la clave de la «defensa social» (PAVARINI, 1986, 169).

En resumen, la simple enumeración y comentario de estas disfunciones sería materia suficiente para merecer un detenido estudio. No obstante, como ya he señalado al principio de esta Introducción, he creído oportuno profundizar en las *causas mediatas* que, de forma indirecta, han propiciado la clase de respuesta institucional mencionada.

2. Hemos, pues, llegado al final del camino: la crisis del Estado Social se ha constituido en una fuente de alteraciones que han modificado algunos de los principios básicos del Estado de derecho. La interrogante que se nos plantea, y que aún no tiene respuesta, es si los recortes introducidos en materia de derechos fundamentales tendrán una vigencia temporal o, si por el contrario, serán permanentes. De todas maneras, se puede afirmar, como expresa con acierto RESTA, que la naturaleza del terrorismo se presenta «como el efecto y no como la causa de la crisis del capitalismo; por ello, la reflexión sobre el mismo es también una ocasión para una seria y meditada investigación sobre la modificación del Estado; la deslegitimación; los mecanismos de control social; sobre la diferencia entre conflictos regulados y no regulados; es decir, de todos los aspectos que pueden llevarnos a un modelo de sociedad, con eufemismo, no abierta (RESTA, 1979, 30).

3. Considero importante el hacer una breve referencia acerca del uso que, con frecuencia, se da en los países «ricos» al término «terrorista». Ya sea por falta de información o premeditadamente, terrorista es todo aquel que ejerce la violencia política. Pienso que este concepto así formulado, sin matizar, es inexacto. La diferencia entre un «movimiento de liberación nacional» o un «grupo terrorista» radica en la concurrencia de dos circunstancias: los medios empleados y el contexto político en el que tienen lugar las actividades armadas.

El carácter inútilmente cruel y bárbaro de los medios empleados, así como la índole inocente del objetivo atacado, confieren al acto el desvalor de un delito perpetrado por un

grupo terrorista (MERTENS, 1974, 114). En segundo lugar, también merecerá esta calificación la violencia política ejercida por organizaciones o grupos en el marco de un Estado de derecho como son por ahora, con todas las críticas que merezcan, los Estados integrantes del Consejo de Europa. Es ésta, en definitiva, las referencias que permitirán valorar la legitimidad de la violencia política.

No se me oculta, sin embargo, que, en la práctica, esta cuestión es de difícil solución. El problema acerca del uso legítimo de la violencia se traslada al sujeto llamado a efectuar dicha valoración (ARROYO ZAPATERO, 1985, 157). Un orden económico mundial esencialmente injusto en el que «unos países se especializan en ganar y otros se especializan en perder» (GALEANO, 1971, 13) determina que consideraciones ajenas a los más elementales principios del derecho internacional e incluso de los derechos humanos sean las que legitimen las actuaciones terroristas de un Estado o «estigmaticen» como tales a la lucha de un pueblo contra un régimen *de facto*.

4. La materia tratada la he dividido en tres grandes temas: el económico-social, el político-representativo y el jurídico, que admiten un tratamiento separado aunque su razón de ser radica en su mutua interrelación. Relación, por otra parte, no de carácter lineal o mecánica, sino dialéctica, ya que una vez iniciado el proceso de cambio en el Estado Social o Asistencial, con la crisis económica, las transformaciones operadas en los ámbitos político representativo y jurídico se refuerzan entre sí en ambas direcciones. Cambios que dan lugar a la aparición de nuevos fenómenos que no admiten una simple explicación económica.

Los aspectos económicos y sociales de la crisis del Estado Social los trataré en el Capítulo Primero. En él haré referencia a las distintas teorías explicativas del origen del Estado Social: la teorización no marxista que sitúa las causas explicativas de su origen en el campo social o político; y las marxistas, en sentido lato, que además de las causas señaladas incorporan razones de índole económica. Como se verá, el seguir unas u otras supone llegar a la obtención de resultados cualitativamente distintos: acceder a una visión fragmentada o global del fenómeno histórico. Además, analizaré las distintas formas de intervención del Estado Social, ya sea a través



del capital o del gasto social, el concepto de «crisis» y, por último, las modificaciones operadas en el espacio de la política económica provocadas por la necesaria adecuación del Estado Social al nuevo modelo del proceso de acumulación (POULANTZAS, 1967 y 1979). He partido de supuestos económicos predeterminados; es decir, los referentes a índices de desempleo, crecimiento económico, reducciones en los gastos sociales, etc.

En el Capítulo Segundo haré referencia a las consecuencias de la crisis en el Estado de Derecho. Especial mención, merece el pensamiento de LUHMANN, por entender que se ha convertido en un soporte teórico de las tendencias autoritarias presentes en las actuales democracias de algunos Estados de Europa Occidental. Asimismo, he creído conveniente incluir en este Capítulo algunas reflexiones sobre el derecho penal como instrumento de control social y acerca de las nuevas funciones preventivas de la pena.

El estudio de la excepcionalidad jurídica como manifestación, en el ámbito jurídico, de la crisis de legitimación que sufre el Estado Social, lo realizaré en los tres últimos Capítulos. En el Capítulo Tercero hago una reseña comparada de las más representativas muestras de este tipo de normativa: Italia, República Federal Alemana, Gran Bretaña, Francia y España. En el Capítulo Cuarto considero necesario incluir alguna reflexión en torno a los conceptos de violencia política y delito político con el objeto de delimitar jurídicamente el fenómeno terrorista. En el Capítulo Quinto examinaré con detalle los distintos tratamientos jurídicos de que el terrorismo ha sido objeto, en el marco de los Estados integrantes del Consejo de Europa, refiriéndome a los aspectos penales, procesales y penitenciarios, más destacables.

Referente al método que emplearé en el tratamiento de los temas incluidos en esta tercera parte del libro, he de hacer unas últimas consideraciones. Mediante la política criminal el Estado establece una orientación de todo el sistema penal. No sólo determina los comportamientos que se consideran delictivos, sino también cuál es la finalidad de la pena. Es obvio, entonces, que cada política criminal deba ser entendida «en el marco de un determinado modelo de Estado» (BERDUGO, 1982, 437), ya que existe una clara dependencia entre el régimen político del Estado y el contenido del dere-

cho penal. Bajo este presupuesto, parto de la hipótesis de que los regímenes políticos de los Estados europeos mencionados son similares y que, de la misma forma, han sido afectados por la crisis.<sup>6</sup> Por lo tanto, está permitido inferir que sus políticas criminales ofrecen soluciones muy parecidas, quizás diferentes, cuantitativamente, en relación con las normativas de excepción.

Como dice BERGALLI: «La irrupción de las propuestas críticas en criminología fue provocada por acontecimientos que revelan profundas contradicciones en el seno mismo de la sociedad» (1983a, 183). Es así que la denominada criminología crítica es fruto de la reflexión que merecen tales contradicciones en el específico campo de la desviación social y de los fines de la pena. La criminología crítica contrapone al planteamiento bio-sociológico de la criminología tradicional uno macro-sociológico, al relacionar los comportamientos desviados, entre los que se cuenta el terrorismo, con las estructuras sociales (BARATTA, 1982a, 230 y ss.).

En resumen, el método adoptado en estos últimos capítulos será el aportado por la criminología crítica. Método que, a su vez, se interrelaciona con las teorías marxistas fundamentadoras del origen del Estado Social. No se debe olvidar que el apoyo teórico en temas tales como los de una crítica radical de la sociedad y del Estado Social de los que parte la escuela criminológica mencionada, fueron elaborados por la «escuela de Frankfurt» y, en particular, por uno de sus más recientes seguidores: Jürgen HABERMAS.

6. España no puede incluirse dentro del marco de los países que integran el «capitalismo tardío». No obstante, la adecuación estructural y política emprendida en los últimos años con el fin de equipararse a los niveles que muestran el resto de los Estados integrantes del Mercado Común, ha determinado que también en España afloren las mismas contradicciones.

## CAPÍTULO PRIMERO

### CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

#### 1.1. Consideraciones generales

El Estado capitalista se encuentra atrapado entre dos exigencias: la legitimación social del sistema y la acumulación de plusvalía. La historia del Estado moderno se podría resumir en las diferentes fórmulas empleadas para hacer compatible esta doble exigencia.

Hasta el momento, no se ha tenido éxito en resolver esta contradicción. Cada uno de los modelos conocidos (Estado Absoluto, Estado Liberal, Estado Intervencionista y Estado Social) entraron en crisis, ya fuera por no cumplir con las exigencias dimanantes del proceso de acumulación, o debido al desarrollo alcanzado en las reivindicaciones sociales.<sup>1</sup>

En efecto, en el *Estado Absoluto* la acumulación de capital<sup>2</sup> requiere la centralización absoluta de poder. Éste se legitima socialmente recurriendo a la figura del soberano, unida de manera trascendente a la voluntad divina. Los derechos y

1. Consúltese, entre otros, E. Díaz, 1975.

2. Por acumulación entendemos la incorporación al capital de una parte de la plusvalía.

libertades individuales aparecen negados en aras de la propia seguridad del Estado.

Sin embargo, la inseguridad del individuo conlleva la propia inseguridad de las instituciones (BUSTOS, 1983, 12), y ello fue lo que determinó la crisis del Estado en su función de legitimación social.

Pero no es sólo en el ámbito de la legitimación donde se origina el cuestionamiento de este modelo de Estado, sino también en el ámbito de la acumulación, al descuidar las condiciones necesarias que garantizan la reproducción de las fuerzas de trabajo. Las dos causas antedichas determinaron la necesaria adecuación del Estado a las nuevas exigencias sociales y económicas, dándose paso al Estado liberal.

En el *Estado liberal*, el capitalismo exige para un adecuado proceso de acumulación no sólo la reproducción de las fuerzas de trabajo, sino también la existencia de un mercado libre. Lo que implica que puedan concurrir al mismo, tanto los que son poseedores de los medios de producción, como los que no lo son. Para ello es necesario que la concurrencia se dé dentro de un marco de igualdad y libertad.

La nueva forma en que se expresa la legitimación es el reconocimiento de los derechos del hombre, en tanto que expresa el acuerdo concertado entre burgueses y trabajadores (Contrato Social). El Estado ejerce la función de guardián-vigilante, a los efectos de hacer cumplir los acuerdos estipulados en aquel contrato. En otras palabras, garantizan que la competencia del mercado se desarrolle en un marco de igualdad y libre concurrencia.

La distinta situación de los que eran poseedores de los medios de producción, respecto a una mayoría asalariada, incrementó la conflictividad social. Por una parte, todos los ciudadanos eran iguales ante la Ley, reconociéndoseles la misma capacidad política; por otra, las diferentes capacidades económicas se traducían en una desigualdad efectiva a la hora de hacer valer sus derechos. El resultado de tal estado de cosas fue la desvirtuación en el contenido del pacto social. Asimismo, la política económica imperante deviene en obstáculo al proceso oligopolista de concentración en los mercados internos. La combinación de estos dos factores llevará a la crisis de este modelo y a su transformación en uno nuevo: *el Estado interventor*.

La irracionalidad del mercado heredada del modelo anterior determina la intervención del Estado para su regulación. Se produce un deslinde claro entre lo económico y lo político. O, en otros términos, un mayor distanciamiento entre el proceso de acumulación y reproducción de las fuerzas de trabajo y el problema de la legitimación. Asimismo, la mediación entre los antagonismos socio-económicos desembocó en la aplicación masiva y organizada del poderío social en la esfera del poder público.

El Estado asume la defensa de lo social. Es decir, la defensa de la sociedad que se daba en torno al mercado. El positivismo y la sociología proporcionaron al intervencionismo argumentos para su legitimación social. La legitimación se separa de lo político y de lo jurídico, se constituye en una ciencia neutra. Como dice BUSTOS, la intervención y el control del Estado sobre el mercado requiere, sin embargo, una cuota de legitimación mayor que la que podía proporcionar la propia ciencia: «El problema fundamental era legitimar la intervención en la libertad e igualdad de los individuos para someterlos al "bien social", para clasificarlos conforme a ello en peligrosos y no peligrosos, en anormales y normales» (BUSTOS, 1983, 17 y ss.).

El intento de legitimar la intervención, en la esfera de los derechos y libertades individuales, supone una vuelta a las formas propias de un Estado absoluto. Este proceso desembocará en la crisis más profunda sufrida por el Estado moderno. Me refiero al advenimiento del fascismo.

Por otra parte, el Estado y las formas de acumulación que hacen crisis en 1930 son el resultado del paso del capitalismo competitivo al capitalismo monopólico. Las consecuencias de esta transformación, se reflejan en una intensa explotación del trabajo, incluyendo un aumento de productividad. La respuesta política a estas nuevas estructuras económicas fueron, por un lado, el *New Deal* y, como respuesta de excepción a las formas «normales» de dominación política del capitalismo, el fascismo conformado a través del Estado totalitario.

Al igual que en el Estado absoluto el Estado interventor descuida la reproducción de las fuerzas de trabajo. Reproducción que exige la existencia de un mínimo de derechos y libertades individuales. Estas carencias determinan la aparición

del Estado de Bienestar, *Welfare State*, que trataremos con más detalle en el próximo apartado.

El sentido que damos aquí a *Estado social* es el mismo que emplea KAMMLER (1971, 91) al tratarlo como la estructura del poder público en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y poseedoras de una Constitución democrática.

Este concepto hace referencia a la mediación entre Estado y Sociedad, que tiene lugar en el sistema de organización y decisión política. Así, el concepto también se refiere al Estado social en su variante de *Welfare State*, al contar con sistemas de seguridad social, con la garantía de la coadministración estatal. Y, por último, presupone la exigencia de organizar democráticamente el proceso de reproducción económica de la sociedad.

El Estado social aparece, a diferencia del modelo liberal, como un Estado que interviene en el orden económico y en el social. Esta interrelación entre ambos ámbitos es la que determina los caracteres del Estado social. La defensa de la armonía espontánea de la sociedad (*laissez faire*) propugnada por el liberalismo, es sustituida por la idea de que la convivencia social debe perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto en el ámbito económico como en el político.

Esta mediación, a la que he hecho alusión, se intenta legitimar a través de la teoría del consenso. «El consenso permite reemplazar la idea del Contrato Social, que no se demuestra apta para fundamentar la intervención del Estado sobre los propios contratantes y que precisamente desnaturaliza toda posibilidad de Contrato Social y de autonomía de libertad» (BUSROS, 1983, 79). Sin embargo, esta teoría del consenso permite, de forma mucho más sutil que con el Estado interventor, ejercer un control, por parte del Estado, sobre los «disidentes». De ahí la importancia que cobran los llamados controles informales, la sociología y la propia criminología. Sobre este punto volveremos más adelante.

La organización democrática del Estado desemboca en la aplicación masiva y organizada del poderío social en el poder público. La clase proletaria se organiza en partidos y sindicatos. De forma correlativa, las clases superiores agrarias e industriales, se ven obligadas a hacer lo propio. Las organizaciones patronales pasan a ejercer una notable influencia en la Administración estatal y en los medios de comunicación

de masas. Esto se realizará a través de una ideologización de sus intereses particulares, en intereses generales (KAMMLER, 1971, 9).

En suma los más influyentes sectores del capitalismo industrial y financiero, condicionan la estabilización y ampliación de la democracia, en el logro de una influencia eficaz sobre las decisiones del Estado, de la sociedad en general y de los órganos configuradores de la opinión pública.

Estos objetivos se alcanzan, no en base a la representación política directa, sino debido a la combinación de dos factores: la conformidad ideológica y la similitud de los intereses que tienen la dirección capitalista y la burocracia estatal (FERRAJOLI, 1983, 40 y ss.). Son ellos, de hecho, los que se encargan de regular el proceso democrático.

La forma estatal que se corresponde con el neocapitalismo es, precisamente, la del Estado social. Como es sabido, el sistema neocapitalista se basa en la economía de mercado, sin embargo, a efectos de incentivar la reproducción de los medios de producción, la política económica seguida, propicia la inclusión de ciertas limitaciones encaminadas a eliminar disfunciones tanto en el campo económico como social. En 1949 los demócratas cristianos alemanes designaron a esta política con el nombre de «economía social de mercado» (GARCÍA-PELAYO, 1977, 74). Entre algunas de las medidas propuestas se incluían: una política de distribución y redistribución de ingresos, pleno empleo, nivelación de los patrimonios, etc. (GARCÍA-PELAYO, 1977, 74).

Para que el sistema pueda mantenerse y reproducirse se requiere el cumplimiento de dos requisitos fundamentales:

a) El crecimiento del consumo y del bienestar social. En efecto, el neocapitalismo se basa en el supuesto de KEYNES y BEVERIDGE de que el gasto social mantiene y genera fuerza de trabajo para el mercado. A su vez, el gasto estatal permite su aprovechamiento y apropiación privada redundando, todo ello, en beneficio de la acumulación de capital.

b) El crecimiento constante del Producto Nacional Bruto. Tasas de crecimiento que comenzaron a perfilarse en las economías occidentales, a partir de la década de los cincuenta.

Como dice GARCÍA-PELAYO, «El neocapitalismo de los países

desarrollados constituye la infraestructura económica sobre la que se ha construido el Estado social». Si esto es así, la pregunta que cabe hacerse es: ¿Qué pasará si el sistema entra en crisis? Una respuesta inmediata sería la de que esta eventualidad acarrearía graves problemas a la pervivencia del Estado social.

El contenido de este capítulo, como se dijo, es precisamente el estudio de las transformaciones operadas en el Estado social. Transformaciones, que no sólo aparecen en correcciones de política económica, sino también en el ámbito político y jurídico. Pero para poder llegar a estas últimas conclusiones, las que interesan a esta investigación, pienso que es de rigor analizar en detalle la naturaleza del Estado social. Es decir: su origen, su evolución histórica, su intervención en la economía y en la sociedad y, por último, su adecuación a las nuevas realidades. Sobre estos temas se tratará en los siguientes apartados.

## **1.2. Aspectos teóricos acerca del origen del Estado social**

El doble aspecto que caracteriza al Estado social, su intervención en la economía y en la sociedad, son la base de las explicaciones dadas respecto a su origen.

La relación de las causas generales explicativas del origen del Estado asistencial difieren en consonancia con la naturaleza de las teorías propuestas. La teorización no marxista las sitúa en el campo social o político. Mientras que, aquellas de naturaleza marxista, opinan que no es sólo en el ámbito social y político donde hay que buscarlo, sino también en el económico.

Los resultados a los que se llega, siguiendo una u otra línea de pensamiento, son cualitativamente distintos. Es por ello, que considero necesario hacer una breve exposición de los diferentes intentos explicativos del origen del Estado social y de su crisis.<sup>3</sup>

3. Sobre el tema de sistematización de las teorías acerca del origen del Estado social, pueden consultarse, entre otros: PICÓ, 1987;



### 1.2.1. Teorías no marxistas

Es común a todas ellas el encontrarse fuertemente condicionadas por las teorías económicas dominantes de la post-guerra. Es decir, aquellas imbuidas de un optimismo radical, que consideran que el futuro del capitalismo traerá la estabilización de la prosperidad y, en consecuencia, la utilización de los recursos generados por la abundancia (GALBRAITH, 1967 y 1985). Entre las figuras más relevantes en esta corriente del pensamiento, destacan: ALBER, VILENSKY, LEBEAUX y MARSHALL.<sup>4</sup>

Desde estas premisas económicas, estables y saneadas, lo definitorio será la intervención, en lo social, del Estado. Un Estado que promueva y garantice el bienestar general, la satisfacción de las necesidades por medio de las prestaciones sociales.

Sin embargo, se observan desde estos presupuestos dos tendencias interpretativas distintas:

a) Teorías funcionalistas. El Estado social es el resultado del desarrollo económico y tecnológico. Las distorsiones sociales que provocan estos procesos requieren de la intervención del Estado, cuya función será la de armonizar, compensar y subsanar las disfunciones originadas en el medio social. La crisis se concibe como un hecho extraordinario que dificulta la buena marcha de un proceso armonioso. El problema del Estado queda circunscrito a meras disfunciones en su aparato administrativo. En esta línea se encuentra una buena parte de la sociología funcionalista y, en especial, las interpretaciones de la teoría sistemática de LUHMANN.<sup>5</sup>

---

GOLD/LO/WRIGHT, 1977; NEGRI, 1980; DE CABO MARTÍN, *Crisis del Estado social*, 1986. De manera especial en esta exposición, además del último autor citado, he seguido, referido a las teorías explícitas e implícitas, a GARCÍA MÉNDEZ, 1983.

4. En el Capítulo Segundo trato con mayor detenimiento las teorías de LUHMANN.

5. ALBER, *Le origine del welfare state: teorie, ipotesi e analisi empirico*, R. Ital., di Scienza Política, diciembre 1982; VILENSKY y LEBEAUX: *Industrial society and social welfare*, Free Press, N. Y., 1965; MARSHALL: *Classe, Citizenship and social development*, Garden City, Double Day, 1964.

Este enfoque ha sido cuestionado de superficial y parcial, ya que, por una parte, desconoce las funciones de acumulación que desarrolla el Estado y, por otra, es incapaz de hacer ningún tipo de previsión, cuando el sistema económico entra en crisis arrastrando con ella al propio Estado.

b) Teorías políticas. El Estado social se concibe como fruto del desarrollo democrático que se extiende a los sectores sociales tradicionalmente marginados. Esta corriente de opinión se asienta en el ámbito político y no en el económico. Uno de los argumentos manejados para fundamentar esta tesis, es que en el período postbélico, «la ampliación definitiva del Estado social tiene lugar en un contexto de disminución de la conflictividad social, aunque en esta etapa final se comprueba, también empíricamente, que la extensión del Estado social es prácticamente independiente de los partidos en el poder, comprobándose que todos ellos y no sólo los partidos obreros, cuando han alcanzado el gobierno, han potenciado su expansión, hechos para los que estas tendencias no encuentran una explicación plausible» (DE CABO MARTÍN, 1986, 23 y 24).

### 1.2.2. *Teorías marxistas*

En los últimos años las teorías sobre el Estado y su crisis que proceden del campo marxista han experimentado un notable incremento. Todas ellas parten de una misma base: el presupuesto teórico de que el origen del Estado social se encuentra vinculado a una fase histórica específica del desarrollo de las fuerzas productivas (aspecto económico) y de las relaciones de producción (aspecto social).

Conviene precisar que en este epígrafe incluyo teorías que tienen, en el mejor de los casos, un lejano parentesco con el marxismo. El aspecto más problemático, a efectos clasificatorios, es sin duda la falta de acuerdo sobre el significado de los contenidos de las distintas corrientes. Aspecto que queda en evidencia ante los escasos intentos explícitos e implícitos de sistematización de dichas teorías. De aquí el valor que adquieren esos intentos aportados por algunos autores. Reseñaremos algunos de los mismos.

Destaquemos las propuestas explícitas de sistematización elaboradas por GOLD, LO y WRIGHT (1977, *passim*). Según estos autores, las recientes teorías marxistas del Estado pueden clasificarse en tres grupos:

a) Instrumentalistas. Sus más destacados representantes son SWEEZY y BARAN (1966), MILIBAND (1969). El interés dominante de sus análisis se centra en las relaciones entre el Estado y la clase dominante.

b) Estructuralistas. El exponente más representativo es POULANTZAS (1978). Su investigación se orienta hacia la forma en que la actividad del Estado está condicionada por el funcionamiento del conjunto del sistema capitalista.

c) Hegeliano-marxista. Todos ellos ponen el énfasis de su estudio en los problemas derivados de la conciencia y la ideología. Además de los clásicos, se pueden reseñar como los más notorios: HABERMAS (1975), OPPE (1977), O'CONNOR (1973) y WOLFE (1979).

Entre las propuestas implícitas de sistematización destacamos a NEGRI (1980). Clasifica las distintas teorías del Estado en tres grupos:

a) Teoría del Capital Monopolista. El Estado es considerado como fruto de una alianza entre el capital monopolista y la élite dirigente. En este grupo se incluyen autores tales como: BARAN y SWEEZY y JALEE (1969), entre otros.

b) Teoría Neogramsciana. Centra su estudio en determinar las relaciones entre el Estado y la organización del sistema productivo capitalista.

En esta corriente se incluyen, entre otros, a MILIBAND y POULANTZAS. Este último autor (1967), siguiendo a MARX, sostiene que en la sociedad capitalista la contradicción económica fundamental se centra en el carácter cada vez más social de la producción, por una parte, y en la persistente apropiación privada del producto excedente, por otra. Consecuencias de esta contradicción es la aparición de un estatismo autoritario, que se manifiesta: «En un descenso claro en el papel de los partidos, en una vuelta a formas plebiscitarias de ejercer el consentimiento, en una concentración de las decisiones y en

una restricción de las libertades democráticas» (1986, 255).

c) Teoría Estructuralista. El énfasis de esta investigación se pone en temas tales como: la plena ocupación y la estabilidad económica; relaciones de política exterior y militares; problemas derivados de la integración interna de la población; etcétera.

Dentro de esta corriente quizás se incluyan los aportes más significativos por su intención integradora. Reseñamos a algunos de sus más relevantes exponentes (1977):

El pensamiento de HABERMAS, último representante de la «Escuela de Frankfurt», es con toda probabilidad el más lúcido de todos ellos. De manera muy sintética se pueden resumir así sus líneas de análisis: a) La pérdida del valor del mercado como mecanismo de autorregulación de la sociedad, y b) el traspaso de la función legitimadora del Estado de la esfera económica a la política (HABERMAS, 1975).

OFFE, discípulo de HABERMAS, completa este enfoque, sosteniendo que «si durante la etapa del capitalismo liberal, las condiciones para la acumulación de capital se obtienen limitando las funciones del Estado, en la etapa actual, por el contrario, corresponde al Estado, precisamente, la función de crear y mantener las condiciones para la acumulación (GARCÍA MÉNDEZ, 81).

AGNOLI<sup>6</sup> se interesa, en especial, en las alteraciones de los mecanismos de representación política y de responsabilidad constitucional. Señalando que una de las manifestaciones más específicas de la crisis política del Estado asistencial se refiere a la crisis de la institución parlamentaria.

Por último, O'CONNOR, señala la contradicción existente entre la instancia de acumulación e instancia de legitimación propias del Estado en la sociedad capitalista avanzada (1973, 163). De esta forma el autor «empuja así hasta el límite de la contradicción la forzosa compatibilidad establecida por la Escuela de Frankfurt entre mecanismos integrativos y aparatos represivos» (GARCÍA MÉNDEZ, 1983, 83).

6. AGNOLI: *Überlegungen zum bürgerlichen Staat. Klasse und Staat, der Staat des kapitals, Parlamentarismus als Strategie*. Wagenbach, Berlín, 1975, cit. por García Méndez (1983, 82).

En resumen, dentro del campo del pensamiento marxista, entendido en sentido lato, aparecen dos apreciaciones distintas<sup>7</sup> cuando se trata de caracterizar a esta fase y las funciones que desempeña el propio Estado. Ya sea como producto del proceso de acumulación, o bien, el Estado social originado por una serie de causas complejas que hacen referencia tanto a factores económicos como sociales.

a) El Estado social como exigencia del proceso de acumulación. La intervención del Estado social puede, a su vez, efectuarse desde dentro o desde fuera del proceso económico:

Aquellos que opinan que actúa desde dentro del sistema, consideran que el Estado no sólo es el creador del orden para la acción económica, sino un autor más justo a las grandes empresas, organizaciones de intereses, etc.<sup>8</sup>

Si se considera que la acción del Estado social se realiza desde fuera del proceso, su razón de ser radica en «las necesidades objetivas del capitalismo, en cuanto el Estado ha pasado a ser un presupuesto para la existencia social del capital, ya que éste, para subsistir, necesita una serie de precondiciones, que él mismo no puede generar, por estar fuera de la lógica capitalista y que son las que suministra el Estado» (DE CABO, 1986, 26).

b) El Estado social producto de diversas causas de naturaleza económica y social. La causa determinante en la configuración del Estado social radica en que debe tratar de satisfacer dos necesidades básicas: acumulación y legitimación. Es decir, el Estado debe crear y mantener las condiciones necesarias para garantizar la acumulación rentable del capital, pero, además, debe poner los medios necesarios para conseguir un cierto grado de armonía social. «En términos ideológicos esta condición se expresa entre liberalismo y democracia» (DE CABO, 1986, 28).

El Estado social, según esta corriente de opinión, es fruto

7. En este punto he seguido a DE CABO (1986, 24).

8. Aunque en el pensamiento de MARX la actuación del Estado no puede calificarse de trabajo productivo, sin embargo, hoy en día, los cambios operados en las relaciones entre el Estado y la economía, son tan profundos, que es admisible este planteamiento.

de la conciliación (pacto), operada en la postguerra, entre capital y trabajo. El Estado, por una parte, protege los intereses capitalistas, por otra elabora una importante política social tendente a conseguir el bienestar general. Sin embargo, es necesario señalar que en coyunturas de crisis, como veremos con más detalle, estas dos funciones desempeñadas por el Estado entran en contradicción.

No obstante, todas las corrientes de pensamiento examinadas confirman la existencia de una nueva ofensiva ideológica de la derecha, cuyos componentes, brevemente, serían (POULANTZAS, 1979): Un ataque al marxismo como muestra de un racionalismo trasnochado, postulando un retorno del neoespiritualismo; su discurso antiestatalista, so pretexto de la liberación del individuo, que apoya el abandono de las funciones sociales del Estado asistencial; el autoritarismo que fomenta la limitación de las libertades en nombre del orden y la seguridad ciudadana; y, por último, una teoría sociobiologista que intenta recomponer los fundamentos perdidos de la sociedad competitiva, de la eficacia y de la libre iniciativa.

### **1.3. Evolución histórica del Estado social**

Podemos distinguir en la historia del Estado Social tres períodos evolutivos caracterizados por una relación de tipo dialéctico habida entre el crecimiento económico y la democracia:

1. Una primera fase de expansión del Estado social, que se corresponde con el nivel más alto de reivindicación y organización obrera, así como con un espectacular crecimiento económico en los países altamente industrializados.

Es la fase de mayor desarrollo democrático marcándose el auge de los partidos socialdemócratas. El excedente económico, permitió una relativa y beneficiosa redistribución de la renta para las clases trabajadoras. Lo que llevó, a estos partidos, a cuestionarse principios programáticos tales como el papel de la lucha de clases como motor de cambio en el

Estado, o no darle la importancia debida a la Ley del Valor y su potencialidad reproductiva. A su vez, en esta década de los años sesenta, se obtiene el reconocimiento capitalista de la naturaleza social de la acumulación.

2. En la década de los setenta se inicia una segunda fase de freno y control al crecimiento del Estado social. Una buena parte del presupuesto no pasa ya a financiar la reproducción y condiciones de la fuerza de trabajo, sino a incrementar la productividad empresarial, seriamente comprometida por las llamadas «crisis del petróleo».

Es la fase del modelo corporativista que posibilitó la ruptura de la organización obrera. La esencia de este corporativismo, es en reunir en torno a un pacto (concertación) a los organismos centrales de las asociaciones sindicales y patronales. El consenso queda restringido a la cúpula de dichas organizaciones y a los altos niveles de la Administración estatal. Se produce una especie de combinación de la teoría del «pacto social» y del «consenso» (BUSTOS, 1983, 22).

3. Una tercera fase, la actual, que comenzó con una ligera recuperación económica, principios de los ochenta, para convertirse en un nuevo período de estancamiento con amenaza de recesión.<sup>9</sup> En efecto, la mayoría de los países, al reaccionar contra la explosión mundial de la inflación, acaecida a finales de la década de los setenta, han llegado a tolerar tasas de desempleo mucho más altas que en el pasado. Como dice SAMUELSON: «En Europa Occidental, la inflación de dos dígitos se cambió por tasas de desempleo también de dos dígitos».<sup>10</sup>

Aunque es muy difícil tener una visión global de lo que está sucediendo, sí se puede hablar de crisis del Estado asistencial. Las consecuencias sociales son notorias: El ya aludido crecimiento incontrolado del desempleo, la privatización de

9. La Secretaría General de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) pronostica para los próximos 18 meses una oleada de conflictos sociales en Europa por los mediocres resultados económicos. En efecto, los autores del informe rebajan del 3 % al 2,25 % anual el crecimiento económico (*El País*, 13-V-87).

10. SAMUELSON: «Hacia la década de los noventa», *El País*, 25-VII-87.

servicios públicos, los recortes en los gastos sociales, la crisis ideológica en el seno de los partidos de clase, la insolidaridad, el aislacionismo, la pérdida de representatividad política, el aumento de actividades terroristas, etc. Una creciente conflictividad social que trata de paliarse recurriendo, por parte de las democracias capitalistas, a soluciones de naturaleza autoritaria.<sup>11</sup>

En este sentido, las opiniones de CHOMSKY referidas al actual período presidencial de REAGAN, podrían por extensión ser aplicadas a Europa Occidental. Este autor califica de «jingoísmo reaccionario»<sup>12</sup> al programa de gobierno seguido por el Presidente de los EE.UU. Sus rasgos esenciales son tres:

a) La transferencia de los recursos de los pobres a los ricos.

b) La intervención masiva del Estado en la economía a través del sistema militar.

c) Una política exterior más «activa». Que se traduce en un incremento de la agresión internacional, del terrorismo y de la subversión patrocinada por el Estado.<sup>13</sup>

#### 1.4. Intervencionismo del Estado social

En la segunda mitad del siglo XIX se va organizando el capitalismo y el proletariado; la burguesía se encuentra cada

11. Desde un punto de vista económico se puede hablar de un neoliberalismo. Para esta corriente de opinión, el gasto social se reduce a un problema meramente monetario, con lo que se recurre a una reducción drástica del mismo (Teoría Monetaria, FRIEDMAN). Para la Escuela económica de las Expectativas Racionales, sus análisis económicos van encaminados a demostrar la inoperatividad de toda política orientada hacia la economía del pleno empleo.

12. CHOMSKY: «La enfermedad de la democracia norteamericana», *El País*, 29-XI-86. El término de *Jingoism*, fue usado, por vez primera, por el presidente de la universidad de Harvard, Charles W. ELIOT, para condenar el nacionalismo del Presidente ROOSEVELT, 1885, interesado en promover la guerra hispano-norteamericana de 1898.

13. *Ibíd.*



vez más disminuida en su función de ofrecer una base legítima de un sistema de dominio. El desmesurado crecimiento de las masas proletarias comporta un grave peligro para el predominio de esa clase, más aún, para sus bases económicas. La separación entre el Estado y la sociedad, en un principio válida en la lucha establecida entre la burguesía y el absolutismo, deja de tener vigencia al quedar al descubierto y de forma brusca la «cuestión social». Como dice KAMMLER: «Un sistema de dominación pública legitimado mediante los principios de la razón y del interés común, quedó desenmascarado como dispositivo de afianzamiento de la dictadura de clase burguesa, encubierto ideológicamente» (KAMMLER, 1973, 92).

Desde el punto de vista económico se produce otro fenómeno de vital importancia: la transformación del capitalismo liberal en otro marcadamente organizado. En el último tercio del siglo XIX se asiste a un proceso de centralización y concentración de capital, así como a un continuado desarrollo de las fuerzas productivas y de la tecnología. Todo ello determina la aparición del capital socialmente organizado y de sus empresas en forma de empresas sociales.

Algunos autores, MENGONI (1959), por ejemplo, consideran erróneamente que a la creciente concentración de capital corresponde una irrelevancia, también creciente, de la propiedad de los medios de producción como fuente del poder económico y, en consecuencia, como criterio para la determinación de las clases sociales. Concluyendo, de esta forma, que este proceso regresivo de la propiedad destruye las bases marxistas del análisis a las que se refiere la teoría de la alienación de las clases trabajadoras.

En realidad, el proceso de concentración y de centralización del capital agudiza la contradicción entre socialización del capital y régimen privado de apropiación, ya que son las relaciones sociales, dentro de las cuales se desarrolla la producción, las que ponen obstáculos a la reapropiación del proceso productivo por parte de la clase trabajadora (1976, 227 y 228). La misma idea la formula MARX de manera precisa, en el sentido de que se produce la supresión del capital como propiedad privada, pero continúa la pervivencia del modo de producción capitalista (MARX, 1972, 648).

Así pues, si además observamos las actuales tendencias económicas del Estado social, en su necesaria adecuación a

las necesidades capitalistas, podremos concluir que la forma de propiedad sobre los medios de producción determina la posición que los hombres ocupan dentro del sistema de la producción social, la estructura de clases de la sociedad.

Todas las transformaciones antedichas condujeron a la necesaria reorganización del poder público. El movimiento obrero europeo exige la realización de un orden social y económico de constitución democrática. Por otra parte, las clases dominantes fuerzan la transformación de su poder social en poder político. Así, aparece el Estado social como un Estado que interviene en el orden económico y social.

Como es sabido, los gastos sociales poseen un carácter doble de capital social y de gasto social que se corresponden con las dos funciones básicas del Estado social: acumulación rentable del capital y legitimación social (O'CONNOR, 1973, 6). Esto es lo que vamos a tratar a continuación, con cierto detalle.

#### 1.4.1. *La intervención a través del capital social.*

Su principal cometido es servir al proceso de acumulación desarrollando una serie de funciones imprescindibles al mismo. Tareas que el propio proceso de acumulación no está capacitado para realizar por sí mismo. Este capital social es productivo indirectamente; es decir, aumenta indirectamente la plusvalía.

Existen dos tipos de capital social:

1.º *La inversión social o capital constante.* Con este capital se tiende a financiar proyecto y servicios que incrementen la productividad de una determinada cantidad de fuerza de trabajo. Por ejemplo: planes de reestructuración de sectores y planificación general; estímulos a las inversiones del capital monopólico nacional e internacional; compras públicas al Estado; etc.

Es importante señalar, aunque ello suponga apartarse de nuestra argumentación, que estas actividades se financian con los ingresos que el Estado obtiene de los contribuyentes y que terminan beneficiando de forma especial al capital monopólico. En términos económicos el pacto social concluido entre el capital y el trabajo, radica en que el Estado finan-

cia la diferencia, que deja de percibir el capital monopólico, existente entre la plusvalía absoluta y la relativa.

2.º *El consumo social o el capital social variable.* Consiste en proyectos que abaratan el coste de reproducción del trabajo disminuyendo, a su vez, el coste del trabajo. Ejemplos de ello los constituyen las prestaciones en el orden social: vivienda, sanidad, urbanismo, seguridad social, etc. Asimismo, cualificando la fuerza de trabajo, con el objeto de subvenir a los requerimientos de las nuevas tecnologías incorporadas a los procesos de la industria.

#### 1.4.2. *La intervención a través del gasto social.*

Estos gastos, como decíamos, cumplen la función legitimadora del Estado posibilitando la armonía social, sin ser productivos ni siquiera indirectamente. Ejemplo de ellos es la asistencia social, que hacen aparecer al Estado como el Estado de todos; es decir, legitimado por el bienestar y los beneficios sociales que dispensa.

A su vez, el Estado es capaz de absorber los conflictos sociales posibilitando su solución dentro del sistema. Esto se logra a través de la puesta en marcha de los siguientes mecanismos:

a) El pacto social entre el capital y el trabajo, determinó que las reivindicaciones obreras se realizasen en un marco asumible por el sistema. Se eliminó el componente revolucionario de las luchas obreras y ello se logra con la aplicación del supuesto keynesiano de que la demanda está determinada por la «demanda efectiva», y ésta, a su vez, por la cuantía de las personas empleadas, por el nivel de los salarios y por la expansión de las prestaciones sociales.

b) Otro mecanismo lo desempeñó la prestación social que significó una compensación material y apaciguadora, que tiende a convertir al trabajador en un consumidor y al ciudadano en un cliente del *Welfare State* (HABERMAS, 1983).

En resumen, respecto al intervencionismo del Estado podemos destacar las siguientes conclusiones:

En la actual fase del capitalismo la interrelación entre lo económico y lo social es intensamente estrecha: la dinámica del proceso económico influye, no sólo cuantitativamente, sino cualitativamente en el quehacer social del Estado, y viceversa.

El Estado se convierte en el lugar de mediación de los conflictos originados entre el capital y el trabajo. La lucha de clases se desplaza hacia el Estado, lo que supone que toda demanda de clase se dirija al propio Estado, exigiéndose su intervención política.<sup>14</sup>

En las relaciones estructura-superestructura se producen cambios fundamentales. Lo político se inmiscuye en lo económico y a la inversa. Esta interrelación se pone de manifiesto en la crisis de los años setenta, lo que, como manifiesta DE CABO, permite sostener la siguiente hipótesis: «El Estado y el proceso de acumulación se han hecho tan interdependientes, que los cambios internos al proceso de acumulación han determinado la transformación del Estado social» (1986, 41).

### 1.5. Crisis del Estado social

Hoy parece estar fuera de toda discusión la situación de crisis en la que se encuentra la sociedad capitalista. Sin embargo, según el marco ideológico del que se parta, resultan diferentes las propuestas metodológicas a emplear para realizar su estudio y, en consecuencia, las conclusiones a las que se llega. Todo lo dicho, respecto a las distintas teorías explicativas del origen del Estado asistencial, son aplicables en este punto.

En el centro del debate se encuentran el concepto y el alcance que se da a la crisis. Para las teorías burguesas, en especial la Sistémica de LUHMANN, la crisis constituye un

14. Esta «estatalización» de nuevos espacios no significa que sea necesariamente progresista en el ámbito social. Lo sería, si fuese acompañada por un control efectivo de los mismos por parte de los trabajadores.

trastorno disfuncional que impide, coyunturalmente, la buena marcha de un proceso. Las corrientes críticas que se sitúan dentro del campo marxista coinciden en que el tratamiento ineludible para el análisis de la crisis hay que situarlo en el propio Estado.

Consecuente con la opción metodológica ya expresada, opto por esta segunda línea de análisis. A lo largo de este capítulo examinaré la extensión de la crisis que sufre hoy el Estado social. Pero, sería tarea inútil si antes no se define lo que entendemos por «crisis del Estado social».<sup>15</sup> Como dice GARCÍA MÉNDEZ (1983, 70 y ss.), en una sociedad edificada sobre contradicciones estructurales, constituye una tautología el no mencionar las particularidades que rodean el concepto de la crisis. Asimismo, tampoco sirven ciertas concepciones vulgares del marxismo que, basándose en la continuada disminución de la tasa de ganancia, hablan de una crisis permanente.

Voy a referirme, en lo que sigue, a dos intentos de definición de lo que se entiende por crisis: uno de DE CABO (1986) y el otro de GARCÍA MÉNDEZ (1983).

a) El concepto de crisis ha sido utilizado de forma distinta en el orden económico y en el de las Ciencias sociales.

Por crisis económica se entiende las dificultades surgidas para la obtención del excedente, dificultades superables dentro del propio marco del sistema. Por crisis en el orden histórico-político se entiende el cambio de un modo de producción a otro.

DE CABO, al referirse a la «crisis del Estado social», piensa que no debe entenderse en un sentido histórico-político; es decir, como paso de un modo de producción a otro. Asimismo, tampoco cabe hablar desde el ámbito económico, en el sentido de que la gravedad de los problemas existentes determina la imposibilidad de su solución desde dentro del sistema.

En síntesis, cuando se habla de crisis del Estado social, este autor hace referencia a una nueva fase del capitalismo

15. Indistintamente, al referirme a Estado social, Estado asistencial o *Welfare State*, les estoy adjudicando un mismo contenido.

desarrollado, en el ámbito económico y a un nuevo modo de interrelación entre la economía y la política.

b) GARCÍA MÉNDEZ parece seguir en este punto el discurso de POULANTZAS y HABERMAS. Parte de la base de que la crisis de acumulación del capital y la crisis del Estado están estrechamente interrelacionadas. La crisis de la década de los años sesenta, no significa la crisis del capitalismo, sino la crisis particular de un modelo de Estado que nace con las transformaciones keynesianas del 30; es decir, la del Estado asistencial.

La crisis se configura, por tanto, como una crisis estructural y no general. Con la particularidad de que: «La crisis económica se transforma en una crisis política que afecta al conjunto de las relaciones sociales sobre las que descansa el Estado asistencial. Esta coyuntura particular es la que permite que la crisis actual se proyecte como una crisis de legitimación (GARCÍA MÉNDEZ, 1983, 74).

Ambos autores, con matices, coinciden en que la crisis no afecta a la totalidad del sistema capitalista, sino que es más bien de carácter estructural. Sin embargo, DE CABO se pregunta si sería más correcto hablar, más que de crisis, de adecuación del Estado a una nueva fase del capitalismo (DE CABO, 1986, 50). Quizás sea demasiado pronto para contestar afirmativamente a esta cuestión. De todas maneras, lo que sí parece indudable es que hoy el Estado actúa como gobierno de la crisis.

Además del concepto de crisis se nos plantea el interrogante de su alcance. Como se verá, la misma se articula también, como crisis ideológica (POULANTZAS, 1977, *passim*) y de las instituciones político-jurídicas. Pero en estas últimas, con la particularidad de que se producen sin romper las formas de dominio y legitimación dadas previamente. Y ello debido a que la crisis no es de carácter general.

Algunos autores consideran que el capitalismo posee aún suficientes recursos como para salir de esta situación, pero condicionada a la aplicación de profundas transformaciones en el ámbito de las funciones de acumulación. No obstante, los remedios empleados para contener la crisis son, paradójicamente, los más indicados para profundizarla. HABERMAS,

de manera lúcida, se expresa así sobre este punto: «Por ahora no veo ninguna posibilidad de decidir, con argumentos sólidos, la pregunta por las posibilidades de autotransformación del capitalismo tardío. Pero no excluyo la perspectiva de que la crisis económica puede ser contenida en el largo plazo, aunque sólo de tal modo que los imperativos contradictorios de autogobierno, determinados por la compulsiva necesidad de valorizar el capital, generen una serie de nuevas tendencias a la crisis. La tendencia, hoy actuante, a la perturbación del crecimiento capitalista puede manejarse administrativamente y ser desplazada poco a poco al sistema socio-cultural, pasando por el sistema político» (HABERMAS, 1975, 58).

La crisis económica y política del Estado asistencial ha comenzado a manifestarse a partir de la década de los años setenta. Como aspectos puntuales más importantes, podemos señalar, según MISHRA, los siguientes (1984, 1 a 26):

a) El estancamiento y el fin del crecimiento económico. No sólo manifiesto en la disminución del gasto social, sino también al aparecer el propio *Welfare State* como un obstáculo para la recuperación económica.

b) El aumento espectacular del desempleo en los países capitalistas de Occidente.

c) La crisis fiscal del Estado. Mientras sus ingresos han mermado, de forma paralela, han sido cada vez mayores los gastos destinados a prestaciones sociales.

d) El recorte de partidas destinadas a financiar los servicios públicos.

e) La pérdida de credibilidad en el sistema social del Estado de bienestar. La habilidad del Estado en llevar adelante formas mixtas de economía, en las que el sector de bienestar social se constituye en una parte muy importante, se encuentra seriamente cuestionada.

Esta situación, que manifiesta tanto una crisis de acumulación y de reproducción de la fuerza de trabajo, como de legitimación, ha tratado de ser resuelta a través de cambios operados en las funciones que debe desarrollar el Estado. En el próximo apartado veremos esta adecuación del

Estado social a las nuevas necesidades del proceso capitalista. En primer lugar, se señalarán los aspectos en los que el Estado social supone una traba al proceso de acumulación. En segundo lugar, el impacto de esta adecuación en el ámbito de la legitimación.

## **1.6. Adecuación del Estado social a las nuevas necesidades capitalistas**

### *1.6.1. Adecuación del Estado social al nuevo modelo de acumulación.*

En primer lugar, se analizarán las trabas que supone el desarrollo del Estado social en la actualidad a las necesidades insoslayables que conlleva el proceso de acumulación de la plusvalía, para ver, en segundo lugar, las medidas adoptadas para la remoción de estos impedimentos.

#### **1.6.1.1. Naturaleza de los impedimentos que el Estado social manifiesta al desarrollo del proceso de acumulación.**

Un presupuesto esencial del capitalismo, desde el que se debe partir, es la relación entre la acumulación del plusvalor y el dominio capitalista de la fuerza de trabajo en el lugar de la producción. Los obstáculos de tal acumulación son las anomalías más graves que pueden afectar al capitalismo. Estas anomalías se convierten en los factores determinantes de la crisis. El Estado social se presenta hoy como un impedimento para la superación de los obstáculos del proceso de acumulación.

La naturaleza de estos impedimentos es de dos tipos: estructurales y superestructurales o institucionales (WRIGHT, 1983):

#### **1. Estructurales.**

Los constituyen aquellas causas que sitúan el origen de los impedimentos de la acumulación en las contradicciones que



genera el desarrollo de las fuerzas productivas. Entre las teorías explicativas del anterior fenómeno se pueden señalar la *Teoría de la composición orgánica del capital* y la *Teoría subconsumista*. También se considera estructural la causa que radica en la contradicción dimanante de las relaciones de producción capitalista; es decir, la lucha de clases.

a) Se entiende por composición orgánica del capital la proporción existente entre capital constante y variable,<sup>16</sup> determinada por la proporción entre el volumen de los medios de producción y la fuerza de trabajo. La teoría, antes aludida, estima que el crecimiento de la composición orgánica del capital implica una disminución del capital variable y un correlativo aumento del capital constante. Esta relación trae aparejada, por tanto, que a un crecimiento de la composición orgánica del capital se siga una inevitable disminución de la tasa del beneficio. Disminución que sólo quedaría paliada por el aumento en la tasa de explotación, incapaz, a la larga, de equilibrar la caída de la tasa de ganancia.

Cuando la caída de la tasa de ganancia supera un determinado nivel, se produce la crisis. Los capitales menos rentables desaparecen, disminuyen las inversiones y aumenta el desempleo. La crisis se manifiesta en una superproducción de mercancías. De todas formas, está en discusión el hecho de que el desarrollo de las innovaciones tecnológicas conllevan un ahorro del capital constante, frenando el crecimiento de la composición orgánica del capital. Y, asimismo, las innovaciones que suponen un ahorro de capital variable aumentan la rentabilidad de la acumulación del capital.

b) Las teorías subconsumistas se basan en el hecho de que el nivel absoluto de plusvalía<sup>17</sup> tiende a crecer en la sociedad capitalista, con el consiguiente aumento de la producción. Sin embargo, la realización de esta cantidad de plus-

16. Por capital variable se entiende: la parte del capital invertido en la compra de la fuerza de trabajo. Por capital constante: la parte del capital que existe bajo la forma de valor de los medios de producción.

17. Por plusvalía absoluta: el valor que el trabajo del obrero asalariado crea después de cubrir el valor de su fuerza de trabajo.

valía encuentra dificultad en su realización, ya que un incremento de la misma, precisa del subsiguiente aumento de la demanda agregada se sitúa por debajo de los índices de producción; es decir, la capacidad de consumo es inferior a la capacidad de producción. Esto hace necesario, para superar la contradicción aludida, la liberación de capital de consumos improductivos (industria bélica, por ejemplo) y, de forma análoga, una desvalorización del capital. Aquí, una vez más, se ponen de manifiesto los límites internos de la producción capitalista.

La fórmula empleada para contrarrestar este efecto es la de incentivar el consumo a través de concesiones de créditos baratos al consumidor. Se trata, pues, de transferir el coste de la desvalorización del capital a la colectividad. De crear canales de distribución de la plusvalía para conseguir nuevos consumos. En otras palabras, se trata de dar autonomía al capital financiero respecto de la empresa productiva.<sup>18</sup>

## 2. *Superestructurales.*

Entre los obstáculos de naturaleza superestructural se señalan los que derivan de las contradicciones existentes entre las funciones, ejercidas por el Estado social, de acumulación y de legitimación. En efecto, los gastos improductivos del sector público han aumentado enormemente, provocando una merma en el plusvalor susceptible de ser extraído. Este aumento de gastos sociales ha provocado, entre otras consecuencias, convertir el capital monetario en escaso y caro, desalentar la inversión, alzar los tipos de interés y el desempleo.

### 1.6.1.2. Corrección de estos impedimentos.

Veamos ahora los aspectos concretos por los que el Estado social se convierte en una traba para el proceso de acu-

18. STEFANELLI: *La crisi del capitalismo italiano degli anni 70*. Conferencia dada en el Instituto Gramsci, de Bolonia, el 30 de noviembre de 1973. Citado por BARCELLONA, «El Estado...», cit., 229.

mulación y, por tanto, debe adecuarse a las nuevas necesidades.

a) Si se considera que la acumulación procede de la caída de la tasa de ganancia, el Estado no la frena al permitir que siga funcionando un capital desvalorizado. El Estado funciona «como Cruz Roja del capitalismo» (DE CABO, 1986, 48). Además, su actuación en materia de seguridad social impide la caída del valor real de los salarios sin permitir, por tanto, el aumento de la tasa de explotación.

La corrección de este impedimento, lleva al Estado a fijarse como objetivo prioritario el incremento de la productividad del sistema económico. Este objetivo lo logrará apoyando solamente a los sectores económicos con capacidad de expansión y realizando inversiones, no rentables, destinadas a la creación de las infraestructuras necesarias para el aumento de la productividad nacional. Consecuencias de esta nueva política económica son las tendencias conducentes a la reprivatización y desnacionalización de servicios y sectores económicos.

b) Si el obstáculo a la acumulación se considera que radica en la tendencia del capitalismo monopolista del subconsumo, el mecanismo corrector habitual consiste en la aplicación de las leyes keynesianas. Sin embargo, el gasto social del Estado ha aumentado mucho más de lo deseable. Y ello debido, a las propias necesidades de legitimación del sistema. En relación con lo dicho, el Estado se aboca a una nueva política de recorte de los gastos improductivos, como son los de seguridad social, educación, asistencia social, etc.

c) Si el obstáculo lo constituye el nivel alcanzado en la lucha de clases, la solución de la crisis está en el incremento del número de desocupados, «ejército industrial de reserva». Con ello se evita un aumento de salarios más allá de la productividad. Pero la actuación del Estado social dificulta esta posibilidad a través de las prestaciones sociales y de la protección al trabajador. Por lo tanto, la actuación del Estado es hacer desaparecer estas restricciones. Para ello cuenta con distintas soluciones: legalizar una mano de obra desvalorizada mediante, por ejemplo, el aumento salarial; discrimi-

minar la protección laboral a los trabajadores pertenecientes a la pequeña empresa favoreciendo, en su lugar, a los del sector monopolista; etc.

d) Si se considera que las trabas a la acumulación de plusvalía son de naturaleza legal o institucional, legislación protectora del medio ambiente, legislación sobre la obtención de materias primas, etc., es indudable que el Estado social se sitúa en el centro de la crisis, por lo que se requiere su transformación.

### 1.6.2. *Adecuación del Estado a las nuevas necesidades de legitimación.*

#### 1.6.2.1. Consideraciones generales.

Como es de todos conocido, la legitimidad es la base indispensable sobre la que se asienta toda autoridad política. De acuerdo con MAX WEBER (1979), existen diferentes representaciones históricas de legitimidad. Las leyes son legítimas, si han sido legítimamente sancionadas; y la sanción es legítima si se ha dado en conformidad con las leyes que prescriben el procedimiento a seguir. Este criterio de racionalidad formal weberiano, que ha servido para fundamentar el principio de legalidad inserto en la legitimación, hoy, sin embargo, ya no es suficiente.

La legitimación, en la actualidad, precisa de un nuevo requisito: el consenso generalizado de los ciudadanos sobre los valores y los beneficios que se derivan del ejercicio del poder (PICÓ, 1987, 130).

En la etapa del capitalismo liberal el principio organizativo era el que regulaba las relaciones entre el trabajador asalariado y el capital, todo ello basado en el sistema del derecho privado burgués. Con la institucionalización del mercado, el Estado pasa a ser una institución complementaria en el juego de la oferta y la demanda. «El mercado desarrolla la doble función de integración del sistema e integración social» (PICÓ, 112). Así se explica cómo la crisis económica hizo entrar, a su vez, en crisis al sistema político.

En efecto, la transformación del capitalismo liberal en otro socialmente organizado, a través de un proceso de con-

centración y centralización del capital, condujo a una necesaria reorganización del Poder Público. Más aún, a una readequación de sus principios legitimadores.

El Estado de bienestar ha roto así las bases tradicionales de legitimación de la sociedad liberal, ancladas en la filosofía de la libertad individual y de la economía de mercado. Como dice PICÓ, «los fundamentos filosóficos de la ética protestante han sido minados por esta nueva formulación estatal» (1987, 13).

Esta nueva formulación implica que el Estado y la sociedad han dejado de ser sistemas autónomos interregulados y se han transformado en dos sistemas fuertemente interrelacionados. El Estado social de bienestar podría ser definido en términos de un proceso de carácter histórico en el que se ha producido, según HABERMAS (1981, 173), el doble fenómeno de la «socialización del Estado» y la «estatalización de la sociedad». La nueva esfera pública así formulada no puede ser ya concebida, ni como esfera puramente privada, ni como esfera estrictamente pública.

La legitimación, en este contexto, actúa en primer lugar, sobre el plano político e institucional, para penetrar mediante complejos mecanismos en todo el entramado social hasta la esfera privada individual. El avance de la organización democrática contradice la legitimación basada en el individuo. Las consecuencias sociológicas que conlleva este proceso son enormes. Baste como ejemplo el debilitamiento de la autoridad de la familia burguesa, cuyas funciones tienden a ser usurpadas por las burocracias estatales y corporativas.

#### 1.6.2.2. Bases de legitimación del Estado Social del Bienestar.

Como decíamos al principio, la legitimidad actual se basa en la participación de los valores del sistema. En efecto, la ampliación del campo de materiales manejados administrativamente exige la lealtad de las masas y, como dice HABERMAS (1981, p. 256), esta necesidad de legitimación debe satisfacerse hoy con los medios de la democracia política.

Según OFFE (1977, 130 y ss.), las bases de legitimación son dos en esencia:

a) La participación universal en la formación de la voluntad política.

b) La posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clases, las prestaciones y servicios, así como sus intervenciones reguladoras.

El Estado se ve en la imperiosa necesidad de llevar adelante una democratización del conjunto de la sociedad y de actuar con criterios de eficacia propios de la empresa privada. Sin embargo, esta apreciación requiere ser comentada.

El Estado capitalista no se orienta directamente hacia la consecución de la eficiencia social, sino más bien hacia el incremento de la misma en función de los objetivos de intercambio privado y acumulación. Del mismo modo que el proceso económico beneficia a unas minorías, el proceso político sigue teniendo como objetivo consolidar el poder de determinados grupos políticos, que a su vez tratan de imponer los intereses particulares de la capa económicamente dominante.

La escolarización, los planes de enseñanza, por ejemplo, no tienen el propósito de proporcionar conocimientos como objetivo prioritario. Su finalidad es adiestrar a los jóvenes en el uso de su fuerza de trabajo, como mercancía en el mercado de trabajo. En otras palabras: «El sistema capitalista no es eficiente y efectivo por sus propios criterios, sino en la medida que tiene éxito en la universalización de la forma mercancía» (Picó, 1987, 120).

En este mismo sentido hay que entender que el reconocimiento de un vasto sector de derechos sociales, por parte del Estado, radica en la necesidad de garantizar una reproducción sin tensiones de la fuerza de trabajo. Como se verá con detalle más adelante en el Estado de bienestar la instancia jurídica pasa a ser, además de una garantía, una técnica de control.

La intervención y la planificación se pretenden legitimar a través de la Teoría del Consenso. La idea del consenso permite reemplazar la idea del Contrato Social, inoperante a la hora de justificar la intervención del Estado en la esfera particular de sus contratantes. De aquí la importancia que toma, una vez más, la sociología y la criminología (*social deviance*), como herramientas de trabajo que permiten efectuar la se-

lección básica entre los que aceptan el sistema y los que disienten de él.

Algunos autores van más allá de esas conclusiones (STAME, 1979, 179 y ss.). Opinan que el problema de la legitimación del Estado se desplaza del campo de la racionalidad formal al de los mecanismos que procuran obediencia, sumisión. Paradójicamente, este proceso entra en contradicción con la tradición democrática liberal de Occidente y, para ser más concretos, con el empleo universal de la democracia como soporte de legitimación.

El Estado del bienestar tampoco logra a través del consenso solucionar su problema de legitimación. Como dice STAME: «En la sociedad tardo-capitalista el aspecto político de la crisis se manifiesta de forma siempre creciente en su incapacidad de dominar la conflictividad propia del esquema bipolar constituido por la burguesía y el proletariado» (1979, 58).

Si esto es así, la transformación y la desaparición del Estado social como requisito ineludible para la superación de la crisis en el ámbito económico y social, conlleva a la transformación del Estado democrático. Entendiendo por tal, el Estado que sale como garante en el usufructo ciudadano de derechos y libertades fundamentales. Comienza, pues, a abrirse paso la tesis de si la compatibilidad entre democracia y capitalismo es sólo coyuntural. Si la voluntad democrática del Estado social depende del incremento de sus indicadores económicos.

Desde una óptica marxista la respuesta es clara: «En una sociedad de clases la dominación es estructural y tendencialmente autoritaria» (DE CABO, 1986, 58).

Aunque suponga desviarnos un tanto en nuestra exposición, es importante reseñar que tanto MARX como ENGELS, en la «Crítica al Proyecto del Programa de Erfurt», consideraban que sólo la clase obrera puede llegar al poder a través de la democracia.<sup>19</sup> Lo paradójico de la situación ha sido, sin embargo, que el marxismo posterior y los partidos de izquierda, en general, se han dejado arrebatar por la burguesía la ban-

19. Pienso que desde este punto de vista ideológico es posible calificar a las actividades terroristas, del signo que sean, como radicalmente contrarias a los intereses de la clase obrera.

dera de la democracia, permitiendo que ella la vacíe de su contenido y lo sustituya por un liberalismo, eso sí, envuelto en formales declaraciones de igualdad y de óptima representación ciudadana.

*En resumen*, existen elementos como para sostener que el Estado social ha llegado a convertirse en una traba al proceso de acumulación del plusvalor. El capital social y el gasto social han generado un proceso contradictorio alimentando la recurrente presencia de la crisis. Ello se debe a la combinación de dos factores:

a) A pesar de que el Estado socializa cada vez más los costes sociales, el excedente social continúa siendo apropiado por el sector privado. La socialización de los costes y la apropiación privada de los beneficios provocan la crisis fiscal (O'CONNOR, 1973, 9).

b) La crisis se agrava con las presiones ejercidas sobre la política económica estatal de ciertos grupos de presión. Éstos manipulan el presupuesto público con miras a obtener beneficios particulares.

La corrección de estos impedimentos obliga al Estado social a adecuarse a las nuevas necesidades que, entre otras manifestaciones, en el ámbito social y económico se traducen en: acusadas tendencias de privatización de servicios públicos; recortes en los gastos improductivos tales como los de educación, asistencia social, prestaciones sociales, etc.; limitación a las alzas salariales; el aumento de la productividad encarado como objetivo prioritario, en detrimento del propio bienestar social; aumento de las tasas de desempleo; apoyo a las grandes industrias y, entre ellas, a las que ofrezcan mayores garantías de expansión; etc.

Asimismo, la adecuación pasa también por la función legitimadora que cumple el Estado. Esta crisis política se debe fundamentalmente a dos causas: la creciente intervención del Estado en la economía y el aumento de autonomía del Estado respecto a la sociedad civil. Las consecuencias de este proceso son las tendencias autoritarias en el seno del capitalismo central.



Por otra parte, la teoría del consenso tampoco logra solucionar el problema de la legitimación. Y ello se debe a que el Estado del bienestar no cuenta ya con el excedente económico necesario, para seguir garantizando el disfrute de sus prestaciones por parte de todos sus ciudadanos.

CAPÍTULO II

CONSECUENCIAS DE LA CRISIS EN EL ESTADO  
DE DERECHO

**2.1. El Estado de derecho**

**2.1.1. Generalidades**

Una de las mayores conquistas históricas frente a las formas de Estado autoritarias y absolutistas la constituye, sin duda, el Estado de Derecho. Pero, a pesar de su éxito, éste continúa siendo uno de los principios más controvertidos de la ciencia jurídico-política moderna.

Sólo es preciso consultar la bibliografía sobre el tema para darse cuenta de su complejidad y de su extensión. Acerca del concepto de Estado de Derecho convergen posiciones teóricas no sólo diferentes, sino incluso antitéticas. Posiciones ideológicas tan diferentes, como las que vamos a enumerar, aparecen vinculadas con la idea de Estado de Derecho: El pensamiento liberal clásico, el pensamiento liberal de la Ilustración, el tradicionalismo conservador alemán, la tradición del constitucionalismo inglés y el pensamiento liberal norteamericano, las posiciones doctrinales de la ciencia alemana del Derecho Público, las manifestaciones jurídicas de la democracia social, e incluso

posiciones teóricas de claro sesgo fascista y nacional-socialista.<sup>1</sup>

A su vez, en el mundo occidental, durante los últimos doscientos años, la evolución ideológica a la que se ha visto sometida la idea del Estado de Derecho, ha determinado que éste asuma el papel de constituirse en el modelo más idóneo de todo tipo de organización y, en consecuencia, la del Estado óptimo.

### 2.1.2. *Aproximación conceptual*

El concepto de Estado de Derecho no resulta asequible desde un plano estrictamente jurídico-formal, su naturaleza es también eminentemente política.

Generaciones de pensadores, nos muestran el esfuerzo de representantes de las ideologías jurídicas y políticas más opuestas por reivindicar el uso legítimo de la fórmula, del principio del Estado de Derecho. Esto nos indica que, a pesar de su generalidad, se ha venido depositando en el fondo del concepto un sedimento ideológico común. No suficiente, claro está, para individualizar un sistema político, pero sí para indicar los ideales que han venido acompañando a la formación del Estado moderno.

Según BARATTA,<sup>2</sup> el origen y el carácter del Estado de Derecho es plenamente germánico al finalizar el proceso de «maduración» de este sistema en Europa se puede percibir que corren paralelas dos historias: una *historia interna* y una *historia externa*: la primera, específicamente alemana; la segunda, en términos generales, europea. En lo que sigue vamos a hacer referencia a ambas.

1. Como representantes de las corrientes vinculadas al liberalismo clásico se puede citar a LOCKE, KANT, HUMBOLDT y primeras obras de FICHTE. Al pensamiento liberal de la Ilustración, ROUSSEAU y MONTESQUIEU. En Alemania al tradicionalismo conservador que da origen al nacimiento del Reich, GNEIST y STAHL, respecto a la ciencia del D.º Público, JELLINECK y MAYER. A las corrientes fascistas y nacional-sindicalistas se adscriben PANUNZIO y LANGE. Véase BARATTA: «El Estado de Derecho, historia, concepto y problemática actual», revista *Sistema*, n.º 17-18, abril 1977, 11-23.

2. Referente al origen germánico del Estado de Derecho, consúltese a BARATTA (1977, 15 y ss.).

A primera vista parecería que el Estado de Derecho hay que vincularlo a la tradición liberal del pensamiento anglosajón y europeo: la *Rule of Law* y la *Division de pouvoirs*. Sin embargo, desde un punto de vista filológico, la expresión de Estado de Derecho se utilizó por primera vez en Alemania en la época de formación del primer Reich.

Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y la europea se explican por la distinta concepción de la soberanía.

En Francia la soberanía pertenece a la nación. Desde este punto de vista la técnica de la separación de poderes, como organización del Estado, determina que se dé primacía, sobre el resto de los poderes, al Legislativo. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las Cámaras y a la Corona. En consonancia con la *Rule of Law* el poder de gobernar y de legislar queda limitado por el D.º Consuetudinario recogido en la jurisprudencia (*Law of the Country*).<sup>3</sup>

Para el pensamiento alemán, por el contrario, la soberanía pertenece al Estado, la cual se personaliza en la figura del monarca. Todo ello motivado por la propia debilidad histórica de la burguesía alemana, que se vio obligada a contraer compromisos formales con el feudalismo y el absolutismo (Conflicto constitucional prusiano de 1862). Las estructuras democráticas y representativas, no constituyen la suprema autoridad que reside en realidad en el poder ejecutivo y judicial, retenidos en manos de la nobleza agraria e industrial.

La esencia de la *historia interna* del concepto de Estado de Derecho en Alemania, como dice NEUMANN: «Consiste en que la forma legal se disocia de la estructura política del Estado, siendo únicamente aquélla, independientemente de la estructura política, la que ha de garantizar la libertad y la seguridad. Esta disociación es la que marca la diferencia básica entre la teoría alemana y la inglesa (1968, 202). La

3. A diferencia del Continente, tan sólo en Inglaterra el parlamentarismo liberal logró imponerse (de 1841 a 1868) como soberanía parlamentaria casi total. Este antecedente posibilitó al parlamentarismo inglés desarrollar un sistema de equilibrio entre la oposición y el partido gubernamental, que permitía la armonización de las agrupaciones de las fuerzas sociales. En Francia, por ejemplo, la burguesía sólo logró afianzar la institución parlamentaria después de la Revolución de julio y bajo la monarquía burguesa de la Casa de los Orléans.

ideología alemana produjo una inversión en la jerarquía entre el poder legislativo y judicial, y una equívoca contraposición entre Ley y Derecho.<sup>4</sup> Con estas concepciones se transformaría, en el ámbito de la *historia interna*, el Estado legal en Estado judicial, aunque sometido a un cuerpo normativo compuesto de reglas abstractas y racionalistas.

La *historia externa* del concepto de Estado de Derecho se vincula en Alemania, como en general en el resto de Europa, a la función de reconocer, garantizar y tutelar los derechos individuales, así como la de ser un límite a la acción de la autoridad pública.

En Alemania Occidental existe en la actualidad un pensamiento jurídico que cree haber aprendido la lección recibida en la época nazi, al considerar que las desviaciones autoritarias del Derecho se debían a la prevalencia del positivismo legal. Consecuencia de ello es el intentar vincular la noción de Estado de Derecho a algo más firme que el «mito» de la ley.

Pero este proceso de desmitificación de la ley como soporte y garantía del Estado de Derecho, observado en la R.F.A., es común al resto de Europa occidental en la que existe una *historia externa*.

La confianza iluminista de la ley positiva como principio y fundamento ordenador del Estado de Derecho ha entrado en crisis. Se asiste a un doble proceso: por una parte, los derechos fundamentales se van vinculando con las fuentes superiores del ordenamiento del Estado —las normas y principios constitucionales—; por otra, se da un deterioro en la credibilidad de la ley y de las fuentes jerárquicamente inferiores del D.<sup>o</sup> positivo.<sup>5</sup> En otras palabras, el Derecho positivo de Estado es insuficiente hoy, para ofrecer certeza y garantía a los derechos de libertad (BARATTA, 1977, 42).

Como ya, en el capítulo anterior, habíamos hecho alusión en la mayoría de los Estados de Derecho occidentales, donde existe un desarrollo del capitalismo maduro, se asiste a una

4. Esta antinomia constituirá la base del movimiento del Derecho libre y de la teoría de la función de control judicial sobre la ley.

5. Después de la experiencia de la prueba negativa ofrecida por varios Estados en garantizar los derechos fundamentales, se observa en la posguerra la tendencia a consolidar un espacio jurídico supraestatal.

crisis que se expresa en diferentes niveles: en la representatividad política; en la progresiva autonomía de los aparatos burocráticos del Estado respecto de los centros de control y dirección política; en la subordinación del Estado a las propias leyes internas y autónomas del desarrollo del capital; y, por último, en un proceso de desmitificación de la Ley como soporte y garantía del Estado de Derecho.

Esta situación conlleva la aparición de formas autoritarias en la gestión estatal y, en consecuencia, la desvirtuación de todo el sistema judicial y procesal. En definitiva, tiende a poner en entredicho el principio de legitimación.

El terrorismo, en este contexto, aparece como un síntoma de esta crisis y no como una causa. Ha servido y sigue sirviendo, sin minusvalorar su peligrosidad, como argumento para limitar determinadas libertades y, correlativamente, aumentar el espacio de actuación policial. Condiciones necesarias, como más adelante se dirá, para la perentoria pacificación del sujeto social a efectos de lograr la reconstrucción del modelo capitalista.

Desde un punto de vista histórico, el proceso de racionalización de la vida política occidental, empujada por las nuevas necesidades económicas y tecnológicas, permite distinguir tres fases en el desarrollo del Estado de Derecho: el modelo clásico del Estado liberal de Derecho; el Estado social de Derecho, como expresión de las nuevas ideologías neocapitalistas del «Estado de Bienestar»; y, por último, más en el terreno de la prospectiva que en el de la realidad, el llamado Estado Democrático de Derecho (DÍAZ, 1975, *passim*).

En lo que sigue, vamos a hacer referencia exclusivamente al Estado social de Derecho, siguiendo con la descripción del mismo iniciada en el segundo capítulo.

## **2.2. El Estado social de derecho**

La superación de las dos limitaciones más importantes del Estado liberal de Derecho —el abstencionismo estatal y el individualismo—, así como la de las formas totalitarias de Estado, desembocaron en el Estado social de derecho.

Viejas aspiraciones sociales, objeto de constantes reivindicaciones por parte de la clase obrera, son elevadas a la categoría de principios constitucionales, protegidas por las garantías que otorga el Estado de Derecho. La necesidad económica, como vimos, de incorporar en el consumo a las grandes masas, conlleva, en el terreno político la ampliación de bases «participativas» en la vida política, promoviéndose una política social de «bienestar general». El Estado adopta una acusada línea de intervención, tanto en la esfera pública como en la privada. En los hechos, el poder ejecutivo pasa a desempeñar un papel de particular relevancia.

El intervencionismo estatal, no debe olvidarse, pretende asegurar la justicia social y la realidad efectiva de los principios igualitarios, manteniendo el orden económico basado en la propiedad privada. Esta nueva tendencia quedará reflejada en las Constituciones de la posguerra, de manera particular en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20), en la Constitución italiana (arts. 2 y 3) y en la Constitución española (art. 9.2.).

En el siglo xx el modelo de Estado liberal burgués entra en crisis profunda. El viejo capitalismo deviene en su fase superior, en monopólico y concentrado, asistido y protegido estatalmente. Esta mutación del modo de conservación y desarrollo del capitalismo significa el fin del Estado exclusivamente político, es decir, como simple garante externo de las leyes del mercado, como guardián del orden público. El Estado en esta nueva fase, la social, se convierte en instrumento de tutela, de organización y de control de la fuerza de trabajo y al mismo tiempo en elemento de regulación interna del proceso de acumulación capitalista.

El Estado, por tanto, ya no es sólo Estado político, sino Estado capitalista y Estado social, asistencial y corporativo. Desplazado hacia el centro del conflicto capital-trabajo, queda subordinado al proceso de acumulación capitalista, acentuándose, por tanto, su autonomía respecto de su base social general (FERRAJOLI, 1983, 25).

Esta adecuación supone profundos cambios en el concepto y aplicación de los principios que informan al Estado de derecho. A lo largo de este capítulo se hará referencia a los más significativos. Sin embargo, previamente, considero importante tratar el tema del concepto y alcance del autoritarismo y,

la otra cara de la misma moneda, los aportes teóricos que justifican el proceso de deslegitimación.

### 2.2.1. *Autoritarismo: Concepto y alcance. Teorías que lo justifican*

Repetidas veces hemos hecho uso del término autoritarismo, al referirnos a una tendencia presente, hoy en día, en el seno de las democracias occidentales. Creo que es necesario intentar una precisión en su contenido.<sup>6</sup>

Por lo pronto, no se hace uso de este término como sinónimo de totalitarismo o de un sistema de pluralismo político limitado y carente de ideología. Esta tendencia, sin duda, es de menor intensidad que las expresadas.

Cuando aquí hablamos de autoritarismo, nos referimos a las disfunciones provocadas, en la instancia jurídica y política, por el proceso de creciente autonomía del Estado en relación con la sociedad civil. Y esto sin producirse la quiebra de los mecanismos formales de la democracia representativa y, más aún, sin la pérdida del consenso que legitima a esas instituciones.

La crisis del Estado social se puede expresar como crisis de legitimación. Es decir, crisis de la idea de una organización de la sociedad participativa y justa. Esta valoración, hoy ampliamente aceptada, es, sin embargo, rechazada en determinados círculos intelectuales. Caso extremo lo representa la denominada Doctrina de la Seguridad Nacional,<sup>7</sup> ominosa justificación de brutales violaciones de los derechos humanos, en aras de una evanescente defensa de los «valores de Occidente» frente a la amenaza del comunismo. Pero, también sucede algo similar en países integrantes del capitalismo central.

6. En las consideraciones que me merece la obra de LUHMANN me he guiado por la Tesis Doctoral de GARCÍA MÉNDEZ.

7. La Doctrina de la Seguridad Nacional constituye un sistema normativo aplicado por regímenes militares después de la ruptura con el sistema político vigente. Supone un intento de reelaborar y legitimar situaciones de hecho que afectan claramente a los cuerpos constitucionales de clara inspiración liberal imperantes antes del advenimiento de estas nuevas formas del autoritarismo.



En efecto, la instrumentalización de esta política autoritaria, en países de nuestro mismo entorno cultural, ha sido fundamentada por un autor tan prestigioso como LUHMANN.<sup>8</sup> Merece la pena examinar sus aportes más de cerca.

En opinión de BARCELONA,<sup>9</sup> LUHMANN se caracteriza por el manejo antihumano y abstracto de la ciencia. Sus teorías están potencialmente habilitadas para proveer de elementos de legitimación a cualquier sistema cuyo único objetivo lo constituya el conseguir un funcionamiento eficiente. Aún más, el hecho de que el pueblo se habitúe a prescindir de la expectativa legitimadora, constituye para ese autor «un requisito ideal de funcionamiento del sistema político».<sup>10</sup> Para GARCÍA MÉNDEZ, LUHMANN ha prestado elementos de juicio justificativo de una «economía política de represión» (1983, 201).

El problema crucial que se plantea hoy al capitalismo central es, como hemos visto, el gobierno de la crisis. LUHMANN aporta una solución teórica que evita la ruptura de las instituciones representativas, suprimiendo, con la mínima oposición, el ejercicio de determinadas libertades individuales.

El Estado se ve constreñido a institucionalizar los mecanismos adecuados para afrontar con éxito la crisis. Es por esta razón que sus teorías alcanzan una importancia fundamental «en la medida que constituye la contribución contemporánea más valiosa para la inclusión de un estado de excepción en permanencia, en el interior de un Estado de Derecho del capitalismo central. Ello es posible porque, vaciado previamente de todo contenido concreto y convertido en una mera función burocrático-administrativa para el cumplimiento de los obje-

8. Consúltese, entre otras: *Funktionen der Rechtssprechung im politischen System*, en *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1971; *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Neuwied, Berlín, 1969; *Macht*, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1975. «Ilustración sociológica y otros ensayos», Sur, Buenos Aires, 1973. Bibliografía recomendada por GARCÍA MÉNDEZ.

9. BARCELONA (1980, 8). Entre otros autores también críticos de LUHMANN podemos citar: OLLERO: *Derecho y sociedad, dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Nacional, Madrid, 1973; FEBBRAJO, (1975).

10. HEODORN: *Legitimat und regier barkeit, Studien zu Legitimatstheorien von Max Weber, Niklas Luhman, Jurgen Habermas und der unregierbarkeitforschung*, Duncker-Humbolt, Berlín, 1982. Cita extraída de la Tesis Doctoral de GARCÍA MÉNDEZ, cit. 209.

tivos del Estado, el Estado de Derecho puede y debe, según LUHMANN, incluir todas aquellas técnicas que posibiliten el cumplimiento de su función, que en época de crisis sólo pueden ser llevadas a cabo a través de la negación de los derechos y garantías pensadas para la normalidad» (GARCÍA MÉNDEZ, 195).

Son dos los conceptos sobre los que este autor fundamenta sus conclusiones:

a) LUHMANN reserva el uso del concepto de crisis a una concreta y formal fase del proceso, caracterizada por la existencia de peligros extraordinarios: el estado de excepción. La actual fase que está pasando el capitalismo central no es valorada, sin embargo, formalmente como crisis. Esta abstracción le permite, por tanto, salvaguardar las estructuras formales del Estado de Derecho, legitimando, a su vez, la utilización de técnicas que posibiliten al Estado el cumplimiento de sus funciones con un cierto grado de autonomía. El propio LUHMANN lo expresa certeramente al decir: «Toda organización social conoce el *management by exception*. Este modelo se puede transferir a la política de forma ampliada, en el sentido de una activación excepcional de los recursos del poder» (1975, 197).

b) El otro concepto estrechamente relacionado con el anterior es el de su concepción del Estado de Derecho. Como se sabe, el Estado de Derecho, según las teorías clásicas, se basa en dos principios fundamentales, en la división de poderes y en la garantía de los derechos individuales. Sin embargo, LUHMANN vacía de contenido estos principios.<sup>11</sup>

En efecto, los derechos fundamentales individuales cumplen una función limitadora del poder del Estado, pero no para proteger al individuo en el ejercicio de los mismos, sino porque, de no hacerlo, perjudicaría una conquista fundamental del sistema, como es la diferenciación social (FEBBRAJO, 1975, xxv). El Estado de Derecho así concebido, deja de ser pluralista (para convertirse en la forma más desarrollada de la auto-

11. De rechazo, LUHMANN realiza una saludable labor desmitificadora de la concepción liberal del Estado de Derecho, al conceptuarlo como una institución capacitada para distribuir el poder en función de la garantía de los derechos individuales.

diferenciación) y participativo (para dejar paso a la autonomía y a la autoprogramación del sistema político).

En resumen, el Estado de Derecho queda reducido a una entidad que reúne en su seno a las distintas ramas de un único sistema de administración.<sup>12</sup>

Así pues, la relación que se establece entre la política y los tres poderes, según LUHMANN, sería: «La influencia política directa sobre el legislativo es totalmente legítima. La influencia política directa sobre el Ejecutivo es en parte legítima y en parte no. La influencia política sobre la justicia está jurídicamente prohibida y más o menos impedida en la práctica».<sup>13</sup>

Las consecuencias de este enfoque son importantes y esclarecedoras de lo que está sucediendo en nuestras democracias occidentales. GARCÍA MÉNDEZ extrae algunas conclusiones de la teoría de LUHMANN, que de forma difusa y encubierta tienen una real aplicación en la actualidad:

a) La seguridad adquiere un valor supremo a la que todo comportamiento debe someterse.

b) El consenso constituye un presupuesto que sólo debe ser requerido por aquellos que no cuestionan al sistema.

c) El concepto de enemigo del sistema adquiere un relieve fundamental.

d) Lo importante no es asegurar la conformidad de la mayoría, sino neutralizar los comportamientos nocivos que dificulten la cohesión social; es decir, el comportamiento desviado.

Una característica típica de los tiempos actuales es el auge de la enorme industria de las relaciones públicas, destinada a controlar lo que se denomina «la opinión pública». Es lo que los integrantes de la élite denominan «la ingeniería del consenso democrático». Estas técnicas comenzaron a utili-

12. Partiendo LUHMANN de este único sistema de administración, lo fragmenta en subsistemas. El mal funcionamiento de un subsistema puede ser compensado con la ampliación de funciones de otro. Por esta razón, los órganos tradicionales de organización política del Estado capitalista se mantienen intactos en su estructura, pero profundamente modificados en sus funciones. Consúltese a este respecto, a WOLFE (1979).

13. LUHMANN: *Funktionen...*, cit., 202, cita de GARCÍA MÉNDEZ.

zarse en E.E.UU. después de la I Guerra Mundial, cuando el influyente periodista Walter LIPPMANN señaló la importancia de la «elaboración del consenso», o de la «ingeniería del consenso», tal como fue nominada por la principal figura de la industria de las relaciones públicas, Edward BERNAYS.

A juicio de CHOMSKY, la utilización de estos métodos de persuasión se emplea a efectos de neutralizar a ciertos segmentos de la población, poco importantes, que comienzan a organizarse para entrar en la palestra política, creando lo que los grupos de élite llaman una «crisis de la democracia», «lo cual ha de ser superado haciendo volver a la población al deseado estado de apatía y obediencia, de forma que la democracia en el sentido “orwellilano” —un sistema de decisión por la élite y ocasional ratificación por el público— pueda seguir adelante sin ningún tipo de intromisión de la población» (1986, *passim*).

Otra manifestación autoritaria es, sin duda, la proliferación en el ámbito jurídico-político de un determinado tipo de legislación especial o excepcional, la de orden público y la antiterrorista, que, como veremos con más detalle, con frecuencia contienen preceptos que rondan la anticonstitucionalidad.

De todo lo expuesto hasta ahora podemos señalar algunas características esenciales en este proceso de deslegitimación del Estado social. Entresacamos aquellas que nos parecen más importantes a los efectos de analizarlas por separado. En efecto, veremos que los ataques al Estado de Derecho se centran en varios niveles: en el nivel de la toma de decisiones políticas y en el nivel de elaboración de las leyes. Pero, en especial, a través de una progresiva limitación de los derechos y libertades fundamentales.

Estos recortes de derechos y libertades se formalizan por medio de una normativa de excepción que afecta tanto a las libertades públicas como a las privadas. Es característica la legislación especial o excepcional antiterrorista, cuyo contenido va más allá de la sanción de estas conductas delictivas, para adentrarse en los terrenos de la seguridad ciudadana y del mantenimiento del orden público. Por otra parte, es observable la interpretación y aplicación del Derecho Penal en un sentido autoritario. Por ejemplo, el principio objetivo de la culpabilidad pierde importancia respecto al supuesto subjetivo de la peligrosidad social del delincuente; desaparece la seguridad en

la tipificación, aparecen las jurisdicciones especiales; se suprimen algunas garantías procesales; etc.

A continuación trataremos sobre los puntos arriba señalados.

### **2.3. Efectos de la crisis en el ámbito de la toma de decisiones políticas**

El Estado, en el período anterior a la Segunda Guerra Mundial, se caracteriza por una creciente intervención económica y social, que desemboca en el fortalecimiento del poder ejecutivo. Esta situación llega a su punto álgido cuando la clase trabajadora amenaza en convertir al Parlamento en foro de la lucha de clases y, por tanto, transformarlo en instrumento en contra de los intereses de la burguesía.

Durante el período de la crisis económica mundial y el surgimiento de los regímenes fascistas el Parlamento se vio incapaz de seguir desempeñando sus funciones legislativas y de control. Una buena parte de sus representantes se oponían abiertamente al sistema, en tanto que el Gobierno, en connivencia con los grandes grupos económicos, trataba y conseguía pasar por alto a esta institución, buscando resolver la crisis a su favor. En algunos países, Alemania, Italia y España, la solución pasó por la disolución del Parlamento y la aniquilación del poder político de la clase obrera, ya fuera por medio del golpe de Estado o la insurrección armada.

Los resultados desastrosos causados por toda esta situación determinaron un sustancial cambio de estrategia. Los sectores sociales privilegiados siguen hoy fijando las políticas sociales y económicas a seguir. Para ello, como veremos, han renunciado a la confrontación abierta en el Parlamento por la toma de decisiones. Simplemente, el Parlamento ha dejado de ser el principal órgano decisorio, desplazándose esta función a otros ámbitos: la Administración, la cúpula dirigente de los grandes partidos de masas y las direcciones de las asociaciones patronales y sindicales.

En el Estado social el poder político se transforma en económico mediante las funciones configuradoras del Estado:

la redistribución de la participación estatal en el producto social y el papel del Estado como empresario. Paralelamente, el poder social actúa directamente como poder político. Y ello debido a que las decisiones de los grandes grupos bancarios y monopolios, al incidir sobre la economía entera las convierte en actos políticos.

Esta estrecha interrelación de los órdenes económico y político trae aparejado en el Estado profundas consecuencias. Por lo pronto, lo convierte en el lugar privilegiado de la lucha de clases.<sup>14</sup> En segundo lugar, en la medida que el Estado social se convierte en portador del orden social sufre un notable impulso la actividad legislativa. Pero esta aseveración no está en contradicción con lo dicho más arriba acerca de la pérdida decisoria del poder legislativo. Las leyes promulgadas pueden ser numerosas, pero su elaboración queda sustraída a la iniciativa parlamentaria. «Cuanto más complicado deviene el proceso de normación, cuanto menos basta un cumplimiento de los criterios formales del concepto legal del Estado social para una normación adecuada de la nueva materia, tanto más resulta que en la praxis el derecho de iniciativa legislativa del Parlamento queda desplazado por el Gobierno, el cual puede apoyarse en los preparativos de la burocracia ministerial y en sus contactos con los grupos económicos» (KARSCH y SCHIEDERER, 1973, 207).

Este predominio del ejecutivo y de la Administración que ha caracterizado al Estado social, no sólo se mantiene sino que se acentúa a medida que la crisis, que pesa sobre este modelo de Estado, lo va modificando. La limitación de los re-

14. Según DE CABO, constituye este hecho un flagrante ataque al Estado de Derecho que conduce a dos consecuencias importantes:

a) La judicialización del conflicto socio-político. Los jueces y tribunales se ven abocados a entender directamente sobre una problemática socio-política. Valga como ejemplo el caso de los jornaleros andaluces ocupantes de fincas ante la Audiencia provincial de Sevilla; las incidencias acaecidas en Reinosa (Santander) o Puerto de Santa María (Cádiz), la retención de los directivos de la Empresa Orbegozo, etc.

b) La utilización instrumental del Derecho, la Constitución y de las instituciones, al canalizar jurídicamente todo conflicto con vistas más a conseguir un logro político, que jurídico. Lo cual se traduce en una distorsión de los recursos jurídicos, o como dice el autor citado en un *Derecho y Constitución enajenados*, DE CABO, cit., 76.

cursos respecto de las necesidades constriñe, aún más, el lugar de la toma de decisión, configurándose el ejecutivo como el lugar más idóneo para ello e incluso espacios más concretos dentro del mismo: Consejos, determinados ministros, etc.

El ingente crecimiento de la Administración pública del Estado social, condiciona el contacto del ciudadano con los centros de administración. Esto es, dado que dicho contacto excluye en gran parte la visión de conjunto por parte del individuo, la Administración se constituye en un factor antidemocrático.

La situación se agrava cuando el personal administrativo queda excluido, por reglamento, de la configuración del proceso de trabajo o de la militancia de determinados partidos o asociaciones políticas. Sirva como ejemplo la interdicción que pesa sobre los trabajadores de la Administración de la R.F.A. de militar en «partidos u organizaciones hostiles al orden constitucional...», esperándose «del funcionario que vea y reconozca en el Estado y en su Constitución un alto valor positivo, cuya defensa sea su recompensa».<sup>15</sup>

En resumen, como decía GARCÍA MÉNDEZ (1983, 111): «La centralización y tecnificación de la toma de decisiones constituye un recurso imprescindible para el gobierno de la crisis». Esta toma de decisiones se lleva a cabo preferentemente por el ejecutivo, con la consiguiente desvirtuación de las funciones parlamentarias. Todo ello hace suponer la existencia de una tendencia marcadamente autoritaria en la evolución que sufre el Estado social.

#### **2.4. Efectos de la crisis en la instancia jurídica**

Los efectos concretos de las transformaciones que se operan en las funciones del Estado tienen especial relevancia en el poder legislativo. OFFE analiza en profundidad los mecanismos de dominio que operan en la formación de la voluntad

15. Extractos de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE NJW, 1975) sobre «Radicales al servicio del Estado», de 28 de enero de 1972.

política, concluyendo que la mayor parte de las iniciativas en materia de leyes y de decisiones fundamentales son hoy tomadas por el poder ejecutivo. De aquí, se pregunta: «Si la representación política constituye todavía un hecho real o si en verdad es un mero postulado ideológico».<sup>16</sup>

Como antes se había apuntado, las necesidades de normación crecen de manera ininterrumpida atendiendo a múltiples situaciones particulares. Frente a ello, la Administración se encuentra capacitada para hacer frente a intervenciones rápidas adecuadas a esas necesidades. Consecuencia de ello son la promulgación de normas generales que requieren para su aplicación concreta de normas adicionales. De este modo, el número de autorizaciones concedidas al Gobierno por vía dispositiva proliferan sin cesar. La actividad estatal se convierte así en simple administración sin autorización legal alguna, y ello a pesar de las restricciones impuestas por las normas generales parlamentarias a las disposiciones ejecutivas que las desarrollan.

En consecuencia, la Ley aprobada por el Parlamento es formalmente válida, pero en los hechos se produce un traspaso de competencias a la Administración, a unos «portadores difusos» (KARSCH y SCHMIEDERER, 1973, 208) que se sustraen con facilidad a todo tipo de control democrático.

En la República Federal Alemana, por ejemplo, la disminución de los antagonismos políticos entre los partidos y la ausencia de un adecuado control gubernamental, han cooperado a la desvirtuación del órgano legislativo. En España, se pueden citar casos puntuales que corroboran la falta de protagonismo de la Cámara de Diputados.<sup>17</sup>

Este proceso de autonomización del ejecutivo es acompañado por la proliferación de los cuerpos burocráticos, proceso

16. OFFE: *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spätkapitalistischer Gesellschaftssysteme*, en *Politikwissenschaft*. Edit. Gisela Kress y Dieter Senghaas, Frankfurt, 1975, 149. Citado por GARCÍA MÉNDEZ, cit., 81.

17. En ese sentido valgan como ejemplo: la escasa, sino contradictoria, información ofrecida por el ministro de Industria, Sr. Croisier, a la Cámara de Diputados con ocasión de las ventas de armas a países en guerra (*El País*, 13-V-1987); la tardía información aportada por el ministro del Interior, Sr. Barrionuevo, en relación a la aplicación de la legislación antiterrorista a 128 delincuentes comunes en 1983 (*El País*, 27-V-1987).



que paradójicamente se vincula, por una parte, a la «democratización» de las esferas político-representativas, si bien en las formas abstractas y generales ya aludidas; por otra, se vincula a las funciones sociales y económicas que le han sido asignadas en las sociedades del capitalismo tardío.

Como expresa acertadamente FERRAJOLI, esa expansión burocrática, en apariencia caótica, sirve al tipo de prestaciones que exige el desarrollo del capital. «Estas prestaciones pueden ser identificadas... más que en las tradicionales de orden público general y más propiamente políticas, en las prestaciones económicas de valorización global del capital y en las sociales de estabilización y de integración de la fuerza de trabajo» (FERRAJOLI, 1983, 43).

Es evidente que por la flexibilidad organizativa que caracteriza a las empresas capitalistas, las únicas estructuras burocráticas estatales homologables sean, precisamente, las que poseen los Estados contemporáneos. Son estructuras capaces de articularse y desarticularse, componerse y recomponerse en función de las coyunturas mudables por la situación social y económica. Y esta flexibilidad del poder burocrático depende, en suma, de su capacidad de autonomía extraparlamentaria.

De aquí se deriva que, bajo la advocación ritual del Estado de Derecho, en forma solapada, se viene desarrollando otro Estado tecnocrático y autónomo. Las garantías jurídicas del viejo Estado liberal democrático han perdido su operatividad. FERRAJOLI lo sintetiza de la manera siguiente:

a) La separación de poderes y la supremacía del poder legislativo han quedado desvirtuados por la preeminencia del ejecutivo y la Administración.

b) El principio de legalidad se ha visto desmentido por la autonomía de los aparatos burocráticos.

c) La publicidad de los actos de gobierno ha dado paso al secreto en sus actividades.<sup>18</sup>

18. La tendencia connatural del poder, hecha posible por su forma burocrática, es precisamente la del «secreto oficial». Piénsese en Italia con el Departamento de Asuntos Reservados del Ministerio del Interior; en España, las negociaciones llevadas a cabo con la OTAN respecto a la presencia militar española en el seno de esa organización.

d) La intrincada maraña de los organismos administrativos interfiere el ejercicio del adecuado control jurisdiccional (FERRAJOLI, 1988, 40 y ss.).

Después de estas breves reflexiones, cabría preguntarse quiénes son los que realmente detentan el poder en el Estado actual. Quizás la respuesta habría que buscarla en los vínculos que las asociaciones mantienen con los partidos y con el poder ejecutivo.

Para poder valorar su influencia e interrelación en el orden constitucional democrático, es preciso atenerse a una serie de características diferenciadoras; es decir, si sus estructuras son democráticas o no, si su influencia en las decisiones políticas se efectúa de forma pública o privada, si su interés abarca a sectores exclusivamente privados o generales, etc. Si se aplican estas categorías es fácil descubrir el contraste básico entre la praxis y el objetivo de las asociaciones que responden a los intereses de las capas capitalistas o proletarias.

Las asociaciones, con la representación de un solo interés común de muchos, ocupan una parte del ámbito parlamentario. Como dice HABERMAS, nace así una «esfera casi autónoma para un ejercicio casi político del poder» (1975, 197). Al hablar de asociaciones nos referimos a dos grupos de presión socialmente básicos: el de los empresarios y el de los obreros.

Las asociaciones económicas, controladas por las grandes empresas, no están estructuradas ni legitimadas democráticamente. Sus objetivos consisten en ampliar privilegios socioeconómicos invocando para ello un difuso «bienestar general». Su influencia se deja notar en el Parlamento por medio de algunos de sus integrantes, que pertenecen a tal o cual grupo de presión. Tómese como ejemplo lo que acaece en el Congreso de los EE.UU. con la ingerencia del grupo Rockefeller (*Chase Manhattan Bank*).

En muchas asociaciones la estructura interna realiza prácticas antidemocráticas,<sup>19</sup> con la excepción de algunos sindicatos. Y ello debido a que no existen, en su seno, los cauces ade-

19. Respecto a las asociaciones patronales, consúltese a GALBRAITH, 1973. GALBRAITH distingue entre empresas del *planning systems* y empresas del *market systems* considerando a las primeras como aquellas que gozan de una mayor capacidad de autodeterminación.

cuados para la discusión pública. El cometido de la base se limita a la aclamación de una gerencia independizada cuyo trabajo como *lobby* en los sindicatos, administración pública o partidos se sustrae al control público. «Los arreglos acordados de esta forma, con exclusión de la opinión pública y de la democracia interna de la organización, ya no tienen una validez en el sentido de compromisos provisionales entre grupos de intereses antagónicos, sino en el sentido de una cooperación integradora, que convierte el compromiso prácticamente en contrato de categoría social dentro de un ficticio orden libre de conflictos» (KARSCH y SCHMIEDERER, 1973, 210 y 211). Esta situación alienta la concreción de estructuras estamentales que socavan la eficiencia de la vida parlamentaria

Es indudable el efecto estabilizador del sistema que procura las negociaciones entabladas entre el Estado y las asociaciones a la hora de establecer el porcentaje de distribución de la parte del producto social que le corresponde al Estado. Sin embargo, las clases propiamente dominantes se agrupan en torno a los centros de poder: la producción, la política exterior, los militares, la Administración estatal, etc., velando por la integridad del *statu quo* del poder. Cualquier medida que ponga en peligro el sistema tendrá que enfrentarse con la firme oposición de estos grupos de presión.<sup>20</sup>

En definitiva, la crisis del Estado social de derecho se manifiesta como una crisis política y, en particular, como una crisis de los ámbitos de discusión. Todos los desarrollos críticos de la Teoría del Estado coinciden en la disminución de las funciones del órgano legislativo. La centralización y la burocracia en la toma de decisiones constituye el imprescindible recurso para el gobierno de la crisis.

20. Es sintomático que el propio EISENHOWER en su discurso de despedida al puesto de Presidente de los EE.UU. previniese a la sociedad civil contra el poder del *military-industrial complex*.

## 2.5. Las repercusiones en el ordenamiento jurídico <sup>21</sup>

La doctrina del Estado de Derecho recoge, en el plano jurídico-político, la concepción liberal burguesa de la defensa frente a los abusos y arbitrariedades del poder, de los derechos y libertades individuales. En esta lucha contra la discrecionalidad, las distintas formas constitucionales se asientan en el desarrollo de teorías contractuales y democráticas. La propia noción de la libertad, que el liberalismo fundamentaba en una concepción iusnaturalista, se altera en el sentido de ser considerada como consecuencia de un determinado estado de cosas. Es decir, el resultado de organizar adecuadamente el Estado (garantías individuales y separación de poderes).

Hasta el moderno constitucionalismo llega la noción de que todo derecho conlleva su correspondiente deber. Los derechos fundamentales, en tanto que están reconocidos por la Ley, pueden ser reivindicados por los ciudadanos; pero, a su vez, la ley puede limitar el ejercicio de los mismos. Este principio queda claramente recogido en el polémico art. 2.º de la Ley Fundamental de Bonn: «Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o a la ley moral».

Se han empleado distintos argumentos para justificar la limitación de los derechos y las libertades fundamentales: defensa del bien común, salvaguarda de valores superiores, protección del orden democrático, etc. Sin embargo, la defensa de bienes jurídicos tan esenciales no impide ver con temor e inquietud la aplicación de este tipo de medidas limitativas reconocidas en la Constitución. Como dice PECES-BARBA, «(Tales alegaciones)... pueden conducir a la desaparición de las libertades y a la instalación de un Estado autoritario o totalitario».<sup>22</sup>

Así pues, no es de extrañar que se haya intentado limitar esta potestad reconocida al Estado. Ello se ha venido haciendo instrumentando una normativa que, de algún modo, controle

21. Por ordenamiento jurídico se entiende: el conjunto de normas, de aplicación coactiva y pública, que están destinadas a regular el comportamiento del cuerpo social.

22. PECES-BARBA: «Derechos fundamentales», Madrid, 1976, 36 y ss., citado por BOBILLO (1985, 54).

el uso de aquellas facultades extraordinarias concedidas al Estado. Por ejemplo: Reserva de Ley, que coarta las facultades legislativas del ejecutivo, exigencia de una Ley Orgánica, control constitucional, recursos de amparo, etc. Como dice el profesor BERDUGO: «El peligro de la utilización regresiva del derecho excepcional, que convierte en normal lo que debe ser excepcional, hace que tenga que extremarse el sistema de garantías tanto para la decisión de su utilización, como para el control de la misma» (1981, 58). Aunque, como se verá, esta tutela es más formal que efectiva.

Cuando el Estado liberal comienza a sentirse amenazado, comienzan a proliferar previsiones normativas que posibilitan el ejercicio de poderes excepcionales. Esta situación, lejos de cesar se ha incrementado en este momento de crisis del Estado social. Sin embargo, el aparato formal normativo regulador de estos poderes discrecionales, unido a la confianza en la independencia de los tres poderes del Estado, inducen a una confianza, al menos teórica, de que no se llegará a una alterna autoritaria o totalitaria. ¿Es esto así?

En la década de los sesenta en Italia, coincidiendo con un período de gran violencia política, un sector de la doctrina ha elaborado un discurso teórico en donde se presta una mayor atención a las condiciones sociales en las que tiene lugar el desarrollo de la instancia jurídico-política.<sup>23</sup> Ha puesto en entredicho la pretendida neutralidad de la magistratura. Los jueces se ven inmersos en una conflictividad social que formalmente se formula en términos jurídicos. Las propias leyes de desarrollo constitucional tampoco se sustraen a la situación descrita. Esta corriente de opinión se ha ido abriendo paso en distintos países europeos, incluida España.

Estos análisis teóricos están basados en la constatación de repetidas disfunciones observables en la aplicación de los preceptos constitucionales y en el ámbito del Derecho Público.

Como ya se ha dicho, el Estado social ha determinado una progresiva socialización del Estado y una correlativa estatificación de la sociedad (HABERMAS, 1983, *passim*). Lo cual no implica que se abandone la protección de determinados derechos individuales, aunque, eso sí, faculta al Estado a actuar

23. Véanse los trabajos de BARCELLONA y COTTURRI; NEGRI y ZOLO y FERRAJOLI; ACCATTATIS; AMATO; VIGNA, etc.

sobre ellos con vistas a conseguir determinados objetivos. La Constitución española es claramente garantista y está fundamentada en el principio de legalidad. Sin embargo, cuando se analizan leyes especiales, la antiterrorista, u otras normas legales de corte represivo aprobadas a partir de la promulgación de la Constitución, entra la sospecha de que de alguna manera es corrupto el propio sistema del Estado de Derecho. Lo dicho para la situación española es aplicable a un gran número de Estados europeos.

Por otra parte: «Los frecuentes conflictos entre las competencias judiciales y policiales, la presión sobre la judicatura solicitando el endurecimiento de las penas y responsabilizándola del incremento de la delincuencia, son manifestaciones de un conflicto estructural más hondo sobre el que se asienta el propio orden económico capitalista» (BOBILLO, 1985, 56).

Para entender estos fenómenos hay que tener en cuenta los cambios que se han producido en la estructura de la sociedad. Cambios que atañen al propio sistema penal. Sistema que «no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defensas» (RUSCHE y KIRCHHEIMER, 1984, 254). Es por ello, que en lo que sigue haré referencia a las transformaciones operadas en el sistema penal y en su instancia científica por entender que es el principal campo en donde se manifiesta el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas.

### 2.5.1. Aspectos penales

#### 2.5.1.1. El Derecho Penal como instrumento del control social<sup>24</sup>

El Derecho Penal, tanto en los casos que sanciona como en la forma de hacerlo, es violencia; aunque no todo el Derecho Penal lo sea. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa de determinados intereses, sean aquéllos legítimos o ilegítimos.

La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de

24. En todo lo que sigue me he guiado por los siguientes autores: MUÑOZ CONDE, 1985; STAME, 1979; MELOSSI, 1980; RUSCHE y KIRCHHEIMER, 1984.

control social. Lo que diferencia al Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, la normatividad, liberándola del subjetivismo y del contenido coyuntural de otros sistemas similares. Además, el ejercicio de este control jurídico-penal presupone el fracaso de la política social y económica encaminada a la prevención del delito (prevención primaria), y comprende, en sentido estricto, tanto a los delincuentes ocasionales (prevención secundaria) como a los reincidentes (prevención terciaria) (BERGALLI, 1983, 75).

Por norma se entiende toda regulación de la conducta humana, la cual posee un carácter vinculante. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte de acuerdo con una norma, lo que en términos sociológicos se denomina una «expectativa de conducta». No obstante, puede suceder que se frustre tal expectativa, dando lugar a la aparición de determinados mecanismos —sanciones—, que significan una reacción tendente a preservar la convivencia. En este sentido, tanto el orden social como el jurídico, cuyo titular es el Estado, aparecen desempeñando un papel represivo. Por ello, se puede afirmar que la superestructura de un determinado orden social está integrada por el Estado y el ordenamiento jurídico, superestructura incapaz de regular por sí misma la convivencia social de un modo pacífico y organizado.

La norma del Derecho Penal no se diferencia estructuralmente de cualquier otra norma social o jurídica. Lo característico de aquélla es que la frustración de esa expectativa de conducta constituye un delito, y la reacción frente a ella una pena. Pero, en este punto, la idea importante que hay que destacar es la de que la pena sólo es inteligible si es puesta en relación con un determinado sistema (RUSCHE y KIRCHHEIMER, *passim*).

La función motivadora de la norma es, por tanto, originalmente social y general para luego incidir en el individuo concreto. Así pues, el comportamiento individual, y por tanto la función motivadora de la norma penal en el mismo, hay que buscarlo en el contexto socioeconómico en que se originó. Lo contrario sería llevar la norma penal a un plano estrictamente psicológico en cuanto a su función motivadora. No existe una contradicción individuo-sociedad, sino más bien entre distintos sistemas económico-sociales.

El sistema jurídico penal significa desde este amplio contexto socioeconómico un control social. No existe sociedad sin él, constituyendo, en última instancia, un instrumento de socialización de sus integrantes.

Si son correctas las reflexiones precedentes, es evidente que la crisis del Estado social conlleva profundos cambios en la función motivadora de la norma y, por tanto, en la propia efectividad del control social ejercido por el Derecho Penal. O como dice BERGALLI: «...será la forma que para el Estado se decida adoptar la que condicionará cualquier política de control social» (1983b, 73).

En efecto, la norma penal dentro del control social ocupa un lugar secundario, no crea nuevos valores, refuerza la motivación del comportamiento humano: comportamientos controlados en niveles mucho más sutiles y profundos. La diferencia entre el papel coactivo jugado por el Derecho Penal y otras instituciones es sólo cualitativo. El Derecho Penal constituye la parte más visible, a causa de la gravedad de sus sanciones, de otros mecanismos de control social.

En opinión de algunos autores (ZVEKIC y FINDLAY, 1987, 21 y 55) la efectividad de los mecanismos informales de control se ha puesto en evidencia frente a la relativa inoperancia de los mecanismos formales y profesionalizados de control basados en el sistema de la justicia penal. Parecería que dos causas han sido las que han provocado un aceleramiento en el uso de este tipo de control: a) la crisis del Estado que se manifiesta en la falta de elasticidad para dar respuesta a la complejidad del fenómeno de la criminalidad con que se enfrentan las sociedades desarrolladas; y b) la ideología del Estado moderno que parece favorecer una legitimación preferiblemente basada en el consenso, más que en la legalidad (ZVEKIC y FINDLAY, 1987, 22).

Así pues, más que nunca la función motivadora del Derecho Penal sería ineficaz si no se viera reforzada por la función motivadora de otras instancias de control social. Lo mismo se puede decir a la inversa. La abolición del Derecho Penal, teniendo en cuenta los modelos de sociedad conocidos, no es viable,<sup>25</sup> o como dice PAVARINI: «La contradicción de la pro-

25. Sobre el abolicionismo, entre otros, consúltese a HULSMAN: *Sistema Penal y Seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984.



puesta abolicionista... (radica) en las dificultades de resolver adecuadamente el nivel de la crítica en el espacio de la propuesta política» (1987, 146). En efecto, el abolicionismo, lejos de suponer un avance en la conquista de nuevos espacios de libertad, supondría que el cometido del Derecho Penal vendría a ser ejercido por otros medios de control social más sofisticados y más difíciles de controlar en su ejercicio.<sup>26</sup>

Esta interacción entre controles formales e informales está muy lejos, hoy en día, de los tiempos del positivismo legal en el que la pena encontraba su fundamento último en el libre albedrío (BUSTOS y HORMAZÁBAL, 1980, 103). Más bien, como dice MUÑOZ CONDE: «La meta preventiva general del Derecho Penal no es la motivación intimidadora de los ciudadanos, sino la motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social» (1985, 46).

La prevención integradora implica la racionalización de algo subyacente e inconsciente. Es así que la norma penal adquiere un contenido moralizante destinada a reforzar, mediante la pena, la «adhesión interna» de los ciudadanos a los valores jurídicos, con lo que se desvirtúa el carácter propio que debe tener el Derecho Penal. Es en este sentido, por ejemplo, como habría que interpretar algunos de los conceptos recogidos en la sentencia (BVerfGE NJW, 1975) del Tribunal Constitucional de la R.F.A. acerca del tema «Radicales en servicio del Estado», cuando dice: «El deber de lealtad política (del funcionario) exige más que una mera actitud formalmente correcta hacia el Estado y la Constitución, por lo demás (la actitud) falta de interés, fría e íntimamente distante».<sup>27</sup>

Este proceso trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la defensa social y la posterior legitimación del sistema represivo tradicional entendido globalmente. Paradigma de lo dicho son las campañas desatadas con ocasión de los graves incidentes provocados por las actividades terroristas. En la opinión pública se inducen sentimientos de alarma social, creando en ella una falsa representación de solidaridad frente al «enemigo común». Piénsese

26. Recordemos en la R.F.A. el Proyecto de Ley de la policía, ya efectivo, organizando el control computerizado de la población.

27. BVerfGE NJW 1975, 1641.

en el Referéndum abrogativo, celebrado en Italia el 11-12 de junio de 1978, de la polémica Ley Reale de 22 de mayo de 1975. Así pues, como dice BARATTA: «La pena actúa como elemento de integración del cuerpo social, produciendo sentimientos de unidad en todos aquellos que son sólo espectadores de la misma y procurando de esa forma una consolidación de las relaciones de poder existente» (1982a, 50).

Todo lo dicho nos lleva a la causa última que sirve de fundamento a la pena y a los sistemas de control social: la razón de Estado. No es el Estado ni el Derecho, el fruto del consenso de voluntades, es la expresión de una superestructura asentada sobre un determinado modo de producción: el capitalista.

Una vez más volvemos al punto inicial. Hoy el Estado, objeto de una profunda crisis, se ve en la necesidad de adecuarse a nuevos imperativos económicos. Imperativos que pasan por el recorte del gasto social. La crisis económica ha agudizado las necesidades sociales imposibles ya de subvenir por un Estado asistencial y benefactor. El sistema debe protegerse de la potencial peligrosidad de una masa creciente de ciudadanos marginados. El consenso, legitimador del Estado social, por sí solo es incapaz de asegurar de forma pacífica un «gobierno de la crisis»; precisa, además, de un Derecho Penal fuerte y autoritario. Es en este contexto como debe interpretarse la «inflación» de una normativa de excepción, de un deterioro en el respeto de los Derechos Humanos, y me refiero a los países con un régimen democrático<sup>28</sup> y, por último, de la quiebra definitiva de los intentos resocializadores del delincuente.

#### 2.5.1.2. Las nuevas funciones preventivas de la pena

Como es sabido, las teorías preventivas de la pena la confieren el cometido, con su ejecución, de inhibir el futuro delito. Se suele distinguir entre fines preventivo-especiales y fines preventivo-generales. Los primeros se refieren al delincuente buscando que la pena impuesta surta en él un efecto resocializador; los segundos, dirigidos a la sociedad en su totali-

28. Informes de AMNISTÍA INTERNACIONAL. Años 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985 y 1986. Ed. Fundamentos, Madrid.

dad, persiguen un doble objetivo: intimidar a los transgresores potenciales y fortalecer la conciencia jurídica de la ciudadanía (HASSEMER, 1984, 347 y ss.).

Basándose en esta división clásica de los fines de la pena, nuevas reformulaciones han distinguido entre las teorías preventivo especiales, la positiva y la negativa: la primera, cumple el objetivo de recuperar para la sociedad al delincuente; la segunda, neutralizarlo separándolo de la misma. También entre las teorías preventivo generales se distinguen la positiva y la negativa: la primera tiende, como ya dijimos antes, a fortalecer la conciencia jurídica y a restaurar la «confianza institucional» (BARATTA, 1986, 83), menoscabada por la transgresión; la negativa, posee un contenido amenazante, disuasivo dirigido a los posibles infractores.

Un análisis crítico del Derecho Penal moderno nos conduce a diferenciar entre las funciones reales y las funciones declaradas del sistema punitivo, entre funciones empíricamente demostrables y funciones mixtificadoras de la realidad social. Presupuestos que permiten la inclusión de un nuevo criterio clasificatorio acorde con los postulados de una criminología crítica. En efecto, creo que este enfoque impide ignorar el hecho de que el *status* de criminal es asignado a través de una doble selección: selección de los bienes jurídicos protegidos penalmente; selección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen una infracción penal (BARATTA, 1982a, 167). Por lo tanto, si la delincuencia deja de ser una «realidad ontológica preexistente a la reacción social e institucional» (BARATTA, 1982a, 167), la pena, a su vez, descubre su componente ideológico, inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal.

Desde este punto de vista, muy brevemente expuesto, BARATTA (1986, 84), reagrupa las ya clásicas teorías relativas de la pena en: teorías tecnocráticas y teorías ideológicas. Estas últimas, dirigidas a la totalidad de la ciudadanía, buscan la formación de un consenso en torno a un modelo ideal del sistema punitivo vigente. Las teorías tecnocráticas aportan conocimientos empíricos acerca de las consecuencias y posibilidades que ofrece la aplicación de un determinado sistema penal en la sociedad. Teorías que, a su vez, admiten una doble lectura: una tecnológica, sobre el dato estadístico o la investigación sociológica; otra, a su vez, ideológica, que arropada en la cien-

tificidad del discurso, envían un mensaje, al funcionario y al ciudadano, destinado a acreditar la utilidad de la función real de la pena.

La teoría de la prevención especial positiva, y la teoría de la prevención general negativa, se incluirían en las teorías de carácter ideológico; mientras que la teoría de la prevención especial negativa y la teoría de la prevención general positiva en aquellas de carácter tecnocrático.

En efecto, en lo que se refiere a la prevención especial positiva, desde la mitad de la década de los setenta, coincidente con el declinar del Estado asistencial, la mayor parte de las escuelas de criminología han aportado pruebas fehacientes de la imposibilidad de llevar a cabo la reinserción social cuando el transgresor ha sufrido una condena de privación de libertad.<sup>29</sup> En cuanto a la prevención general negativa, no existe ningún dato comprobado que asegure el cumplimiento de la función disuasoria e intimidativa de la pena (BARATTA, 1986, 85). Es decir, es observable, tanto en un caso como en el otro, el mantenimiento de unas funciones declaradas de la pena que contradice la realidad.

Al rápido declive del *mito* de la resocialización, se manifiesta en Europa una progresiva afirmación de la función preventivo-especial y negativa de la pena. Las teorías ideológicas dejan paso a una tecnología aplicada a la custodia del delincuente. En la evolución de la política penitenciaria se constata un crecimiento de la población carcelaria, la ampliación del número de detenidos preventivos, y la aparición y aumento de las cárceles de máxima seguridad. Prácticas carcelarias usadas como instrumentos materiales en la formación del consenso (MUÑAGORRI y GARMENDIA, 1984, 102). En este punto es necesario recordar una vez más el pensamiento de LUHMANN para explicar la última afirmación. En efecto, para este autor el consenso es, en principio, «un presupuesto que sólo debe ser requerido de aquellos que, dentro de los límites del sistema, no plantean cuestionamientos de importancia» (GARCÍA MÉNDEZ, 1983, 203). Desde esta perspectiva, lo que el poder busca no es asegurar la conformidad de la mayoría, sino neutralizar los comportamientos contrarios a la cohesión social.

29. Entre otros, consúltese: MUÑOZ CONDE, 1979, 91 y ss.; BARBERO SANTOS, 1979; BERGALLI, 1976.

O, como dice BARATTA: «Impedir la articulación del disenso representa el equivalente funcional de la producción del consenso» (1986, 88).

Respecto a la función preventivo general positiva nos encontramos también con una tendencia que MIR PUIG denomina *fundamentadora* de la intervención del derecho penal (1986, 49 y ss.). Teoría sostenida entre otros por JAKOBS<sup>30</sup> y que tiene mucho que ver con la concepción del derecho de LUHMANN. Las normas jurídicas cumplen un papel de estabilización e institucionalización de las expectativas sociales. La función de la pena se dirige a ejercitar a la colectividad en la confianza de la norma, en la fidelidad al derecho y, por último, en la aceptación de las consecuencias de la pena en caso de comisión de delito (MIR PUIG, 1986, 53). Esta concepción de la función que debe cumplir la pena se contraponen claramente a una interpretación restrictiva y limitadora del Derecho Penal.<sup>31</sup> Pero ello no sería lo más grave. Además, supone el vaciamiento del contenido intrínseco del delito al definirlo como *función de la norma*, cualquiera que ésta sea (MIR PUIG, 1986, 53). De esta forma se da prevalencia a la conservación del sistema social frente a las necesidades y aspiraciones individuales. La reformulación de la doctrina de la prevención general positiva así entendida, al buscar el restablecimiento de la confianza institucional apoyándose en un consenso pasivo proporciona al poder la llave que permite abrir la puerta a un Derecho Penal autoritario.

De forma breve hemos visto que las transformaciones operadas en cada una de las vertientes funcionales de la pena se encaminan hacia un único objetivo: la conservación del sistema. Las funciones ideológicas, es decir, la prevención especial positiva y general negativa falsifican los resultados empíricos cerrando el paso a las posibles alternativas frente a la «normalidad» existente (BARATTA, 1986,, 84). Las funciones tecnocráticas de la pena, es decir, la prevención especial negativa y

30. JAKOBS: *Strafrecht*, Berlín, 1983, cita de MIR PUIG, cit. 52.

31. La función limitadora de la prevención general fue desarrollada por HASSEMER. La pena no opera mediante la intimidación, sino que persigue la protección efectiva de la conciencia social de la norma. Véase el artículo citado de MIR PUIG y del propio HASSEMER: «Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales* (ed. Mir Puig), Bellaterra, 1982.

general positiva, neutralizan la disidencia o potencial peligrosidad de una creciente población marginal por una parte, y legitiman la expansión e intensificación de la respuesta penal, por otra (BARATTA, 1984, 541 y ss.).

Una última reflexión sobre este tema es acerca del papel «justificador» que el fenómeno terrorista ha jugado en esta involución autoritaria. En Italia y en la R.F.A., hoy en España, el estereotipo del criminal se ha formado en torno a la figura del terrorista. El fuerte rechazo social y emocional provocado por estas actividades criminales ha sido hábilmente aprovechado por el ejecutivo para hacer vigentes un conjunto de medidas penales y procesales que difícilmente lo hubiese logrado en otras circunstancias. Es ésta la base sobre la que en el espacio de pocos años en todos los principales países europeos se ha dictado una copiosa legislación de excepción en materia de orden público, justificada por nuevas exigencias de seguridad que ha menoscabado gravemente los planteamientos liberales y garantistas del Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo, en la ampliación concedida por intermedio de las legislaciones antiterroristas al espacio de intervención policial, y ello sin el acompañamiento de los controles judiciales pertinentes.<sup>32</sup>

Otro aspecto relacionado con el fenómeno terrorista es el haber logrado recabar el apoyo popular a medidas legales que, en última instancia, limitan a los mismos sustentadores de aquéllas, en el ejercicio de sus derechos y libertades. A modo de ilustración cito algunos resultados de una encuesta,<sup>33</sup> hartos significativos si se piensa que los encuestados son estu-

32. Me remito a lo expuesto en el Capítulo Tercero sobre Legislación excepcional comparada.

33. La encuesta fue hecha por SERRANO-PIEDRECASAS y supervisada por el profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Se realizó en las siguientes Comunidades y Facultades: Castilla-León (Fac. de D.º de Salamanca); País Vasco (Fac. de D.º de San Sebastián); Cataluña (Fac. de D.º de la Universidad Autónoma de Barcelona, Fac. de D.º de la Universidad de Barcelona y Fac. de D.º de Lérida); y Andalucía (Facultad de D.º de Sevilla). El número de encuestados fueron 544, con un error permitido del 0,05 %. La cuantificación de datos corrió a cargo de SÁNCHEZ HERNÁNDEZ y se utilizaron los servicios del Departamento de Economía de la Facultad de Derecho de Salamanca.

La encuesta íntegra y comentada aparecerá a finales del presente año en «Ediciones Universidad de Salamanca», incluida en un libro cuyo título será: «Análisis de la opinión universitaria sobre la legislación antiterrorista española».

diantes de derecho. A la pregunta: «La restricción en los derechos fundamentales de la persona, ¿otorga mayores poderes al Ejecutivo en su lucha contra el terrorismo?», contestaron afirmativamente un 42,10 % y a veces un 11,95, frente a un 38,24 % que contestó negativamente. Curiosos porcentajes si se relacionan con la pregunta n.º 24: «¿Conoce la legislación antiterrorista española?». De los encuestados, sólo el 8,42 % había leído el texto legal, el 62,11 % conocía de su existencia a través de los periódicos y un 28,42 % la desconocía totalmente. Resultados que sugieren una aceptación no razonada de graves medidas normativas de carácter excepcional. Al decir de YOUNG, parecería que los encuestados han elaborado una interpretación de la realidad «a través de la mediación ideológica del consenso» (1987, 62). Así se pone, una vez más, de manifiesto la función simbólica de la pena destinada a legitimar más políticamente, que legalmente, la intervención del Derecho Penal.

Nuestra investigación, que ha comenzado con un breve análisis de la crisis del Estado social, de la adecuación de sus funciones a las nuevas necesidades capitalistas y de las transformaciones operadas en el ámbito jurídico-político, nos conduce de forma inevitable a centrar nuestro interés en las legislaciones excepcionales o especiales comparadas. Mejor que pudiera hacerlo yo, BOBILLO resume la finalidad de esta intención con claridad: «De lo que se trata, es de vincular la aparición de una legislación autoritaria y represiva de las libertades (que se afirma con las posibilidades constitucionales de actuación estatal sobre la sociedad) con las propias necesidades de legitimación del capitalismo tardío, incapaz de satisfacer las crecientes exigencias sociales» (1985, 59).

## CAPÍTULO III

### LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O EXCEPCIONAL

#### 3.1. La excepcionalidad jurídica como una manifestación de la crisis de legitimación

En la concepción liberal de la sociedad, el individuo y su bienestar constituyen el punto de partida de todas las deliberaciones y el objetivo de toda política. A partir de este punto se puede emprender la construcción del Estado y de la sociedad.

Puesto que se considera que el hombre es bueno por naturaleza y capaz de perfeccionamiento, todo consiste en concederle las posibilidades para su libre desarrollo. El interés del conjunto resulta así de la suma de los intereses particulares. La sociedad no es sino un producto secundario, y el Estado sólo tiene razón de existir en tanto protege la libertad del individuo.

Hoy en día la situación es muy distinta, se asiste a un proceso en el que los derechos del sujeto *emanan* del Estado (PREUS, 1978). El fundamento y legitimación de la autoridad política son el producto de la «subjetivización» operada en el Estado. Se diluye la separación entre el Estado y la sociedad víctima de la dialéctica de una estatalización de la sociedad, que corre paralela a la creciente socialización del Estado.



La transformación del capitalismo liberal en organizado se manifiesta en profundos cambios ideológicos. La ideología ya no es liberal-individualista, sino que se refiere a grupos sociales como unidades básicas de una sociedad politizada. La configuración democrática de tal sociedad, aunque organizada en sus grandes unidades, tampoco admite una planificación racional y democrática del proceso económico.

La alternativa social que se plantea, por tanto, en las sociedades organizadas como Estado social son:

a) Someterse la gran masa de los miembros de la sociedad al poder que detentan aquellos que disponen de las posiciones económicas privilegiadas.

b) O bien, los privilegiados son los que deben someterse a los intereses de todos cuantos participan en el proceso de producción, cuya unidad suprema es el Estado, limitándose éste a propiciar el autogobierno de la sociedad (KAMMLER, 1973, 122).

La realidad indica, como se verá, que en el panorama social de los países capitalistas de Europa Occidental es la primera alternativa la que prima.

En este contexto la pregunta clásica de la filosofía política: «Cómo es posible fundamentar racionalmente a la sociedad», viene a transformarse en otra: «Cómo es posible que el individuo se someta al orden impuesto por el Estado» (STAME, 1979, 191).

Indefectiblemente, la respuesta a esta segunda pregunta lleva a la teoría de la defensa social. Con ella «nace el Estado de control moderno como última instancia de resolución y participación directa en el control social de los disidentes» (BUSTOS y HORMAZÁBAL, 1980, 107). El positivismo sociológico proporciona nuevos instrumentos ideológicos al Estado para justificar la aplicación de una política criminal represiva.

El problema de la legitimidad se transforma así en la búsqueda de las técnicas más adecuadas que procuren, sin grandes tensiones sociales, sumisión y obediencia. La teoría del *consenso* social servirá para lograr ese objetivo. De todas formas, hoy se tropieza con grandes dificultades para su consecución debido a los profundos cambios operados en las estructuras sociales.

En efecto, tras la crisis del *Welfare State* se ha generado una explosión de conflictividad en el seno de las sociedades capitalistas de Europa central y casi en la totalidad de Latinoamérica. En el primer caso, se ha producido una amenaza de las bases ideológicas del «consenso» político; considérese, por ejemplo, el fenómeno terrorista en Italia o la R.F.A. En Latinoamérica, el nivel de deterioro económico y de explotación han llegado a tal punto que amenazan incluso la propia estructura material de las relaciones sociales de producción. En ambos casos, aunque no sean comparables, como dice BARATTA: «...hemos asistido a una tendencia a la politización de los sistemas penales acompañada de una acentuación, parcial en Europa y general en América Latina, de los mecanismos de castigo externos al Derecho Penal que cumplen funciones de control y represión política de los conflictos» (1986, 86).<sup>1</sup> Es, en este contexto, en el que se viene dando una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas.

La reconstrucción del modelo de producción capitalista se basa, entre otras medidas, en la perentoria pacificación del sujeto social antagónico. Éste, admite una doble clasificación: los hay absolutos, tales como los terroristas o «delincuentes más frecuentes», que no son asimilables por el sistema y los relativos, tales como los delincuentes económicos o de «cuello blanco», que son pacificables, al ser producto de las propias contradicciones internas del capitalismo.

Los terroristas y los «delincuentes más frecuentes», quedan sujetos a un régimen jurídico de excepcionalidad. Recurso adecuado para poder flexibilizar las normas constitucionales que regulan las libertades y los derechos del ciudadano. Es cierto que se aduce la razón de facilitar, con estas medidas, la instan-

1. Además, sobre este tema, he seguido los enfoques de GÓMEZ BENÍTEZ, 1982. Consúltense también: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1987); BANDRÉS, «Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales», en PÉREZ MARIÑO (comp.): *Justicia y Delito*, Madrid, 1982; ROVIRA: *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983; MORELLI: *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno. La legge fondamentale di Bonn comparata con le costituzioni francese e italiana*, Milán, 1966; PECES-BARBA: *Derechos fundamentales*, cit.; ANDRÉS IBÁÑEZ y GARCÍA HERRERA: *Legislación excepcional y Estado de Derecho*, Argumentos, marzo 1979.

cia policial en la lucha contra esta clase de delincuentes. Por desgracia, estas medidas sobrepasan a menudo este fin. Se podría aventurar como hipótesis, que esta flexibilización es la que, precisamente, se requiere para recomponer las bases socioeconómicas en crisis. En términos marxistas se trataría de recomponer la ley del valor o la ley de explotación. La excepcionalidad represiva vendría a fundamentar un nuevo proyecto de valor y devenir, por tanto, Derecho Penal.

Es sintomático que esta legislación de corte represivo se manifiesta en momentos de crisis económica y malestar social. Como dice GÓMEZ BENÍTEZ: «La cuestión deja de ser exclusivamente la legitimación de la pretensión económica, que subyace a toda la legislación de orden público, para pasar a ser la de la pretensión de normalidad inherente al ejercicio excepcionalmente autoritario del poder» (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, 82). La quiebra de la normalidad represiva y su modificación en excepcional, está motivada por las contradicciones internas en el seno de las sociedades capitalistas de la Europa Occidental.

La actuación del Estado social sobre el problema de la distribución de la riqueza sigue siendo el principal factor en el proceso de criminalización. Se podría objetar esta afirmación si se tomase como referencia la R.F.A., pero un análisis cuidadoso de la realidad social en este país nos mostraría los graves y extensos problemas relacionados con la numerosa población extranjera de países subdesarrollados que ocupan los niveles más bajos en la escala social, o bien la creciente marginación de sectores humildes de la ciudadanía alemana producto de una injusta distribución de la renta.

El Estado, actuando contra aquellos elementos sociales «irrecuperables» —delincuencia de apoderamiento contra la propiedad, traficantes de drogas y oponentes políticos radicales (terroristas o no)— pretende construir un sistema de consenso social a través de una represión selectiva, que permita imponer un estilo excepcional y autoritario de gobierno.

Con esta legislación se amplía la autonomía del espacio policial a costa de los derechos y libertades ciudadanas. En el fondo se trata de imponer la «ley del Estado». Es, en resumen, como dice BOBILLO: «La expresión (de la actividad) de una clase política que afectada psicológicamente por un fenómeno ilegal y violento, minoritario, pero persistente, que constituye

un reto al sistema democrático y deja un copioso saldo de muertos, no duda en emplear unas medidas legislativas sin calibrar el significado que las mismas puedan tener: imponer la política al derecho» (1985, 76).

La pregunta que cabe hacerse es cómo el Estado puede, de algún modo, legitimar esta normativa de excepción.

Es indudable que el recorte de las libertades y derechos públicos es aceptado, sin resistencia, por la *mass media* sólo bajo determinadas circunstancias. Para ello se precisa crear un determinado estado de opinión pública. La idea de fondo se resume en este mensaje: «Es de interés general la suspensión de algunas garantías constitucionales, con el fin de facilitar al Gobierno su lucha contra los enemigos de la democracia».

El consenso dado por la ciudadanía a este tipo de medidas se ha logrado técnicamente, gracias a la combinación de diversos factores:

1) Uno de ellos consiste en la creación de un estado de opinión pública excesivamente sensibilizada y emocional ante este tipo de delinquentes. A través de los medios de prensa y de los portavoces del gobierno, se difunde la idea de que el sistema democrático está gravemente amenazado y, por tanto, se pide al ciudadano conceda al ejecutivo mayores atribuciones. En determinadas situaciones, por ejemplo, después de algún acto terrorista particularmente odioso, hasta las diligencias efectuadas por el juez ordinario que entiende del caso, pueden ser criticadas por obstaculizar la labor policial.<sup>2</sup>

Entiéndase que este juicio no pretende minusvalorar las consecuencias perniciosas para la sociedad de tales delinquentes. Sin embargo, la tarea del jurista es no sólo abogar por el estricto cumplimiento de la Ley, sino también el preguntarse por la razón de la misma. Es por eso que en una España acos-

2. Un ejemplo de lo dicho, lo constituye un caso muy reciente. Me refiero a las declaraciones del gobernador civil de Guipúzcoa, José Ramón Goñi Tirapu, con ocasión de la muerte de la presunta etarra Lucía Urgoitia, al manifestar que: la presencia del juez, del fiscal y de los forenses, en la comisaría donde estaban siendo interrogados los integrantes de un comando etarra, había interrumpido la investigación policial y posibilitado, quizás, la fuga de otros presuntos criminales de ETA (*El País*, sábado 25 de julio de 1987).

tumbrada históricamente a ser gobernada de manera autoritaria, se deba criticar todo tipo de medidas institucionales que debiliten el ejercicio de la democracia. En definitiva, el único camino para combatir el terrorismo, no es recortar la democracia, sino ampliarla y profundizarla.

2) Otro factor coadyuvante a la formación de ese consenso proviene directamente del manejo de técnicas jurídicas que hacen aparecer ante los ojos del ciudadano la formal legitimidad de esta legislación excepcional.

Parecería que la propia Constitución española posibilita estos subterfugios. En efecto, el art. 9.1 es absolutamente explícito al consagrar el valor normativo inmediato de todos sus artículos, sin distinguir entre aquellos de aplicación directa y otros meramente programáticos: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Sin embargo, una redacción poco feliz del art. 53.3, ha establecido una separación entre derechos fundamentales, por una parte, y principios rectores de la política social y económica, por otra. «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». El texto así redactado crea problemas de interpretación, pues cuando se dice que esos principios se invocarán ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollan, parece que se otorga al legislador el poder de interpretar y hacer aplicación, a su arbitrio, de tales principios. Aunque, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, dicha interpretación sería contradictoria con el párrafo inmediatamente superior, que impone que aquellos principios «informarán la práctica judicial» (1982, 67 y ss.).

De todas maneras, esta ambigüedad en la redacción ha dado lugar a apreciaciones, quizás un tanto desmesuradas pero no desprovistas de razón, de algún autor al comentar: la «sustitución de una norma constitucional autosuficiente por una norma de segundo grado, *un mandato que manda mandar en el futuro*» ... «contribuye notablemente a la confusión de todo el ordenamiento jurídico... la Constitución se devalúa y disuelve en la *discrecionalidad del legislador ordinario*, que

puede darle no sólo un contenido muy diferente, sino privarla de todo valor».<sup>3</sup>

Esta consideración es totalmente aplicable a 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.<sup>4</sup> Esta Ley está haciendo uso de una posibilidad excepcional, introduce nuevos tipos delictivos y nuevas medidas punitivas y, al propio tiempo, utiliza las suspensiones de derechos que posibilita el art. 55.2 de la Constitución. De todas formas, sobre este tema volveremos más adelante.

3) Por último, se dan otras circunstancias que permiten al ciudadano asimilar esta versión autoritaria de la democracia. Las constituyen una mezcla de las actuales o futuras ventajas materiales, desconfianza frente al ejercicio de las libertades y el desplazamiento del ciudadano de los centros de decisión política. En otras palabras, esta nueva forma de autoritarismo podría ser «legitimada» en base al cumplimiento de estas condiciones:

a) La mejora efectiva del nivel de vida por parte de los trabajadores, según la estrategia económica preconizada por KEYNES.

b) La convicción generalizada en la imposibilidad de volver a soluciones liberales. Junto con la idea de que una economía concertada (alianza trabajadores-capital) permitirá acceder a metas socialistas.

c) Un proceso de autonomía de los gestores de las aso-

3. HERRERO DE MIÑÓN: «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», Rev. de Estudios Políticos, n.º 9, 1979, 24. El subrayado es mío. Citado por BOBILLO (1985, 75).

4. Cabe, asimismo, criticar el propio art. 55.2 de la Constitución, que posibilita, en una situación de normalidad, la suspensión de los artículos 17.2, 18.2 y 3 para las personas consideradas por la policía como sospechosas de actividades relacionadas con bandas armadas o terroristas. GIMBERNAT en «Constitución y Derecho Penal» en la Constitución española de 1978. Un análisis comparado», suplemento n.º 7 de la Rev. de Política comparada, Madrid, 1982, y DE VEGA, *La reforma constitucional*, Madrid, 1985, coinciden en calificar a este precepto constitucional como una «ruptura autorizada» de la Constitución.

ciaciones, del capital y del trabajo, de sus respectivas bases sociales.

No es aventurado, por tanto, el afirmar que: «En este contexto, la frecuencia de la delincuencia contra la propiedad, o la gravedad de la delincuencia terrorista no son más que motivos para la transformación autoritaria, como lo demuestra la inutilidad de esos textos legales para afrontar el problema específico» (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, 91).

Este proceso de excepcionalidad represiva es grave, pues conlleva la trivialización del autoritarismo, arropada en un consenso popular. Es decir, la reducción del espacio democrático con el apoyo de la opinión pública mayoritaria.<sup>5</sup>

En resumen, el problema de fondo radica en la posibilidad de que las legislaciones antiterroristas y de orden público se entiendan como normas excepcionales, no sujetas a los controles y garantías propios de las situaciones excepcionales. A nadie se le oculta que el transitar por este camino implica a la larga la destrucción de los principios básicos que sustentan al Estado de Derecho.

## **3.2. Supuestos de legislación excepcional**

### *3.2.1. Introducción*

Como ya antes habíamos expresado, la «normativa de excepción» aparece en casi todos los países integrantes del Consejo de Europa. El problema de fondo es el de dilucidar si las especialidades en ellas introducidas, con respecto a las normas ordinarias recogidas en la legislación ordinaria, constituyen un estado de excepción encubierto.

5. Un claro exponente de la corriente de opinión que justifica suspender transitoriamente el ejercicio de determinadas libertades y derechos fundamentales, para «salvar a la democracia», lo constituye el autor DOMÍNGUEZ (1983). Esto es lo que precisamente ocurrió en Argentina en marzo de 1976, cuando las Fuerzas Armadas asumieron el poder.

De modo general, se puede decir que la noción jurídica que caracteriza la excepcionalidad se ha transformado en una ficción jurídica (OLARIETA, 1988). El tipo de legislación característico para tiempos de emergencia, excepcionales o extraordinarios, estaba constituido por normas de carácter transitorio. Situaciones que requerían normas de tipo excepcional, ya que las ordinarias no las prevén.

Las llamadas leyes especiales, procedimientos o Tribunales especiales, no suponen más que una forma encubierta de excepcionalidad. Esta normativa especial presenta, además, la característica de tener fuerza ejecutiva. Se trata de presunciones *iuris et de iure* contra las que no cabe alegación en contrario. Por ejemplo, la presunción de considerar a las acciones armadas como delitos flagrantes (Real Decreto-Ley 21/78, de 30 de junio, art. 3.º, y Ley 66/78, de 4 de diciembre, art. 3.º), permitirá efectuar registros domiciliarios sin la necesidad de mandato judicial (OLARIETA, 1988).

La imposibilidad de aplicar el ordenamiento penal ordinario a nuevas situaciones políticas y sociales, constituye la razón histórica que viene posibilitando la proliferación de este Derecho especial. Pero hay más, éste permite salvaguardar las formalidades legales propias de un Estado de Derecho, a la vez que se beneficia de una normativa claramente excepcional.

Así pues, debido a esta ficción jurídica, las fronteras entre lo excepcional y lo especial son precarias, por no decir inexistentes. Consecuencia de ello es que instituciones surgidas de disposiciones transitorias y de emergencia, pasarán al ordenamiento jurídico ordinario por razones de pura eficacia. Tal es el caso de los poderes discrecionales concedidos al Secretario de Estado de Gran Bretaña para expulsar de su territorio o calificar de terrorista a un individuo u organización. Poderes concedidos transitoriamente por Ley en 1974 y que se han visto sucesivamente confirmados hasta la *Temporary Provisions Act*, 1984.<sup>6</sup> En este caso, la disposición no ha sido incorporada a la legislación ordinaria; sin embargo, en la práctica, así puede ser conceptualizada.

Como es ya de público conocimiento, el Gobierno español ha presentado un Proyecto de Reforma, el 23 de noviembre

6. *The Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act, 1974, y Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act 1984 (c. 8).*



de 1987, de la vigente Ley antiterrorista.<sup>7</sup> Su contenido no parece alterar los aspectos sustanciales de la Ley antiterrorista que se propone derogar. En el art. 520 bis de la L.E.C. del Proyecto, el tiempo de detención podrá prolongarse hasta cinco días; asimismo, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado podrán proceder a la realización de registros domiciliarios sin la previa autorización judicial; y, por último, la colaboración activa con las autoridades policiales, es decir, la delación, sigue siendo objeto de reducción o exención total de la pena [art. 174 bis a) C.P.]. El proyecto, que ya cuenta con el apoyo de los dos partidos mayoritarios, PSOE y AP, sigue la tendencia actual de «trasvasar» la excepción a la legislación ordinaria. En otras palabras, también en España estas leyes se han hecho indefinidas, tanto en el tiempo, como en el ámbito de su aplicación.

En resumen, no es aventurado afirmar que hoy lo excepcional y lo especial son caras de una misma moneda. Sería deseable que nuestra Constitución hiciese referencia expresa a la prohibición de este tipo de legislación especial.<sup>8</sup> De esta forma, se evitaría la confusión al relacionar el término «de excepción» empleado por la Constitución con el sentido que tiene esta palabra en su noción vulgar. Hoy, es posible demostrar, desde un punto de vista jurídico, que tanto las legislaciones como los Tribunales especiales funcionan habitualmente como si se tratase de situaciones de emergencia» (OLARIETA, 1988).

Por otra parte, la normativa de excepción se formula en unos términos que la hacen aplicable potencialmente a cualquier supuesto que requiera ser reprimido. En el plano jurídico no se presenta ningún problema técnico que impida el hacerse con los instrumentos legales adecuados.

Tomemos como ejemplo la utilización legal de la facultad

7. Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica/1984, de 26 de diciembre. En el momento de entrar en prensa este libro, aún no había sido debatido en el Pleno del Congreso, aunque su aprobación parece asegurada.

8. La Constitución española de 1869, en su artículo 11, hablaba de la expresa prohibición de Tribunales extraordinarios o Comisiones especiales para conocer delitos. De la misma manera, la Constitución italiana, en su artículo 102, prohíbe la intervención de jueces extraordinarios especiales en las causas criminales.

permitida en el art. 55.2 de la Constitución española, hecha por las Leyes Orgánicas de 11/1980 y 8/1984 sobre terrorismo. En efecto, ambas leyes se presentan como desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, si bien el citado artículo, sólo permite la suspensión «con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, (de) los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3» (CRUZ VILLALÓN, 1981). Así pues, cuando las Leyes Orgánicas citadas, suspenden las garantías reconocidas al individuo en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 por la mera sospecha policial de actividades terroristas, arrojan sobre el art. 55.2 una sombra de inconstitucionalidad.

En efecto, GIMBERNAT (1982, *passim*) opina que, además, el art. 55.2 está en contradicción con los arts. 15 y 24, dado que, según el art. 108 de la Constitución, los artículos comprendidos en la Sección Primera del Título Segundo, como es el caso, son de rango superior al propio art. 55.2; es decir, si se toman en cuenta los mayores requisitos que se precisan para su reforma. Sin embargo, las Leyes Orgánicas que se apoyan en el citado art. 55.2, pueden vulnerar derechos tan esenciales como son los de no ser objeto de torturas (art. 15) o declarar contra sí mismo (art. 24), en el sentido de crear espacios no controlables por la autoridad judicial. Por ejemplo, el art. 15 de la L.O. 8/1984, al prolongar la detención preventiva hasta diez días, incorpora un factor criminógeno favorable al empleo de la tortura (BOBILLO, 1985, 66).

Siguiendo con el hilo de nuestra exposición, cuando las dificultades de técnica jurídica no son fáciles de superar y no bastan las normas emanadas del Ejecutivo, requiriéndose una ley, es ésta, precisamente, una de las materias que se hacen «cuestión de Estado», y lo dicho vale, en especial, para la legislación antiterrorista, cuestión que suscita indefectiblemente el apoyo de casi la totalidad de las cámaras a la hora de su aprobación (DE CABO, 1986, 74).

El peligro de este tipo de legislación radica en que no queden sujetas a los controles y garantías propios de situaciones

9. BERDUGO (1981). En este artículo el autor insiste en la idea de que unas medidas legislativas excepcionales, desprovistas de los debidos controles judiciales y parlamentarios, conducen a formas dictatoriales encubiertas.

de excepción. Situaciones, por otra parte, previstas y reguladas en los textos constitucionales.<sup>9</sup> No es fácil, por tanto, percibir el autoritarismo implícito que conlleva esta legislación de excepción en las democracias occidentales, muy cuidadosas de las formas legales. Es probable que, analizadas las normas una por una, sean constitucionales. Sin embargo, tomadas en su conjunto, constituyen un aparato normativo claramente autoritario. Autoritarismo que resulta más evidente si se relaciona con la fase de ejecución de la pena y con la instancia policial.

Todo lo que acabamos de exponer se refleja en la legislación europea, incluida la española: la transitoriedad de las normas, que terminan por devenir permanentes; la discrecionalidad y los límites a la intervención judicial o parlamentaria, propias de una legislación excepcional; y, por último, el mero respeto formal a los principios propios de un Estado de Derecho. Así pues, creo necesario hacer una relación, no exhaustiva, de este tipo de legislación, llámese excepcional o especial, promulgada en algunos países integrantes del Consejo de Europa. Todo ello, sin perjuicio de analizar en subsiguientes capítulos los aspectos sustantivos de las mismas.

### 3.2.2. *Legislación Excepcional Comparada*

#### A) ITALIA

En Italia, esta normativa excepcional, que ha sido muy abundante y ha provocado profundos cambios en el sistema penal y procesal, comprende tres tipos de actividades delictivas: la subversiva, la terrorista y la mafiosa.<sup>10</sup>

El incremento de la delincuencia organizada registrada a partir de los principios de la década de los años 70, provocó la necesidad de dar una respuesta legislativa, que en su conjunto se conoce como la «legislación de emergencia». Legislación, por

10. La legislación italiana distingue la subversión del terrorismo, considerando este último como una forma violenta de la subversión. Al respecto consúltese a VIGNA, 1981.

otra parte, de signo muy distinto a la registrada en los años precedentes.

En un primer momento, la violencia terrorista, ejercida por grupos de diversa índole, no se tradujo en la necesidad de elaborar una estrategia legislativa que hiciera distinción entre la criminalidad subversiva y la mafiosa.

Lo dicho vale, en particular, para el *D-L 99/1974, de 11 de abril* (convertida en Ley 220/1974, de 7 de junio, con algunas modificaciones). Por este decreto se introducen importantes cambios en el ámbito del D.º Penal sustantivo<sup>11</sup> y Procesal. Aunque esta disposición carece de coherencia legislativa, sin embargo, con ella se inicia la inclusión de normas especiales en el Derecho ordinario.

*L. 497/1974, de 14 de octubre.* Con el título de «Nuevas normas contra la criminalidad». En lo procesal, introduce el juicio *direttissimo*, obligatorio para los delitos de extorsión, robo y secuestro, y también la admisión del interrogatorio policial, aunque con la asistencia del abogado. Institución que había desaparecido del Derecho italiano desde 1969.<sup>12</sup> Para los delitos más arriba mencionados se instrumenta una agravación de las penas.

En 1975, aparte de algunas disposiciones relativas al uso y porte de armas de fuego,<sup>13</sup> la norma más significativa fue la *Ley 152/1975, de 22 de mayo*, sobre «Disposiciones para la tutela del Orden Público», conocida con el sobrenombre de *Legge Reale*. Ley que suscitó en el ámbito político y jurídico una viva polémica en su primer año de entrada en vigor.<sup>14</sup> Después de una Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (n.º 16/78), calificándola de «un particular entramado de medidas excepcionales, sin disposiciones de carácter transitorio...», se convocó referéndum para su abrogación (11 y 12 de junio/78) con resultados negativos.

11. En materia de circunstancias, de concurso de leyes, de delito continuado, de reincidencia y de suspensión condicional de la pena.

12. Como consecuencia de la sentencia n.º 68 de 1968 de la Corte constitucional.

13. L. 110/1975, de 18 de mayo, sobre «Control de armas, de la munición y de explosivos». Complementada con el art. 6 de la L. 152/1975, de 22 de mayo, y el art. 4 de la L. 533/1977, de 8 de agosto.

14. Entre otros trabajos, consúltese MORI y SARACENI: *La legge Reale. Come la borghesia si difende. Nascita e contenuto della nuova legislazione sull'ordine pubblico*, Savelli, Roma, 1975.

Respecto a los beneficios dimanantes de la libertad provisional, la *Legge Reale* restringe drásticamente las facultades del Juez. Por otra parte, concede al mismo una apreciable discrecionalidad en sus decisiones *contra libertatem*. Aumenta el espacio de autonomía policial, sobre todo en materia de delitos relacionados con las actividades terroristas. En el terreno de la culpabilidad, la objetividad da paso a la imputación de delito por simple sospecha de actividades criminales. Con ello se facilita la detención salvando las trabas impuestas por el art. 238 del C.º Procedimiento Penal.

De todos sus preceptos, los más polémicos son, sin duda, el grupo compuesto por los arts. 18 al 24, en los que se consideran punibles «los actos preparatorios objetivamente relevantes encaminados a subvertir el orden del Estado (conexos con determinados delitos de especial gravedad)» (MORI y SARACENI, 1975, 40). Asimismo, se hacen extensivas algunas disposiciones de la Ley antimafia de 1965 a los culpables de actividades terroristas.

Las leyes especiales dictadas en los años 1976 y 1977 marcan una nueva política legislativa específicamente orientada a tratar aspectos concretos del terrorismo. Así sucede, por ejemplo, con la Ley de 10 de mayo de 1976, n.º 342, sobre la «Represión de los delitos contra la seguridad en la navegación aérea».

En este período se inician los grandes procesos contra elementos terroristas. El más notorio es el proceso de 7 de abril de 1977. En él, fue condenado el grupo de intelectuales, entre ellos NEGRI, fundador de «Autonomía Operaria». Al margen de si eran o no culpables de los cargos imputados, el proceso de 7 de abril posee el alarmante significado de introducir un modelo de legalidad degradada, una importante alteración del garantismo propio del momento procesal. FERRAJOLI (1980/81) considera que las disfunciones se manifiestan en estos tres aspectos:

- a) Un nuevo método de individualización selectiva de los imputados, basado en un Derecho Penal del tipo de autor.
- b) Las acusaciones se formulan sobre tipos genéricos e indeterminados utilizados de hecho como delitos de sospecha.
- c) Se hace recaer la carga de la prueba sobre la defensa.

La inversión de la carga de la prueba lleva a que el acusado deba probar su inocencia.

Todas estas novedades penales y procesales encontraron su expresión formal en las siguientes disposiciones:

*D.-L. 1977, de 30 de abril* (convertido en Ley de 1977, de 7 de junio). Por ella se posibilita la ampliación del período de prisión preventiva.

*L. 533/1977, de 8 de agosto*. «Disposiciones en materia de Orden Público», por la que se modifican las causas de nulidad de procedimiento para el supuesto de la incomparecencia de abogado.

*D.-L. 59/1978, de 21 de marzo* (convertido en Ley 191/1978, de 18 de mayo, con modificaciones), con el título: «Normas penales y procesales para la prevención y represión de graves delitos». Esta Ley surge como respuesta penal al asesinato de Aldo Moro y marca una de las cotas más altas en la dureza de las medidas legales adoptadas. En ella se habla expresamente de la «finalidad terrorista o de subversión del orden democrático» y se admite la atenuación de las penas en el supuesto de arrepentimiento o cooperación con la policía. Además, entre otras medidas se autorizó la interceptación en las comunicaciones o conversaciones telefónicas, y la detención por 24 horas a los solos efectos de identificación.

*D.-L. 625/1979, de 15 de diciembre* (convertido en Ley 15/1986, de 6 de febrero, con modificaciones). Con el título «Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la Seguridad Pública», conocida como Ley Cossiga. Introduce los arts. 270 bis y 280 del Código Penal mediante la creación de nuevos tipos penales para la represión de los atentados con finalidad de terrorismo o subversión. Realiza importantes transformaciones en el campo de la Ley Procesal, como fue la de crear la llamada «detención por motivos de seguridad» simplemente por sospecha, no precisando el que sea comunicada al juez hasta el término de 48 horas.

Con el inicio de la década de los ochenta se asiste a una nueva expansión de esta legislación de emergencia.

*Ley 879/1980, de 22 de diciembre*, que modifica algunas disposiciones procesales relativas a la magistratura que entienda de casos de terrorismo.

*L. 894/1980, de 30 de diciembre*. Por la que se modifica el art. 630 del Código Penal que trata sobre el secuestro de personas con fines de extorsión.

*Ley 121/1980, de 1 de abril*, referente a una nueva reordenación en la administración de la seguridad pública. Se conceden mayores atribuciones al Ministerio del Interior en la centralización y coordinación de la lucha antiterrorista.

En cuanto a las perspectivas legislativas más estrechamente relacionadas con la subversión, el tema dominante, en estos años, se refiere a la discusión en torno a los terroristas arrepentidos, *pentiti*. Experiencia, ya iniciada con la Ley n.º 625/1979 (art. 4). Así tenemos: *L. 15 de mayo* y *L. 304/1982, de 29 de mayo, sobre «Medidas para la defensa del ordenamiento constitucional»*. En la L. 304 se contemplan dos supuestos: el de la disociación y el de la colaboración (delación) con la policía. Comportamientos que eran premiados con la reducción o la total remisión de la pena.

Por último, parece que con la L. 532/1982, de 12 de agosto, se pretende recuperar algo del terreno perdido, con esta legislación de emergencia, en el tema de las garantías, con el llamado «Tribunal de Libertad». Tribunal que, entre otras cosas, decide el tema de la concesión de libertades provisionales.

Este conjunto de *leggi dell'Emergenza* se encuentra en el límite de la constitucionalidad. El precio pagado por semejante involución ha supuesto el recorte de garantías y libertades individuales frente al Poder Público. Como dice GREVI, resulta harto preocupante, si se considera «que, después del primer año de promulgarse este tipo de legislación especial, bajo la condición de transitoriedad..., con el andar del tiempo se ha consolidado como normativa paralela. Alejándose el momento de la prometida reforma del Código de Procedimiento Penal» (1983, 50). Téngase en cuenta, por ejemplo, que la Convención Europea de los Derechos Humanos ha venido haciendo, de forma reiterada, blanco de sus críticas a este tipo de legislación.<sup>15</sup>

15. Recomendación R. (80) 11, adoptada el 27 de junio de 1980 por

La posición del Tribunal Constitucional ante esta legislación se ha mantenido en la línea de justificar esas anomalías legislativas «graves, pero temporales». Disfunciones penales o procesales toleradas en base del «alarmante recrudecimiento de las actividades terroristas».<sup>16</sup>

La política legislativa antiterrorista ha perdido así su legitimidad, al convertirse en mero pretexto para una política excepcional-general, de «seguridad pública». En resumen, las características básicas de esta política de orden público se refieren a estos tres puntos:

a) Restricción o suspensión de derechos fundamentales, a los efectos de facilitar la investigación policial o judicial.

b) Reformas restrictivas en el Derecho Procesal Penal como: medidas de aseguramiento en el régimen penitenciario; tendencia a ampliar la prisión provisional hasta convertirse en pena anticipada. Distorsión del sentido defensivo que debe tener la etapa procesal del interrogatorio. Se hace desistimiento de la función rehabilitadora de la pena, a cambio de una reducción de la misma, premiando la delación.

c) Creación de nuevos tipos delictivos en el Código Penal: asociación terrorista, colaboración, cualificación por el resultado, etc. (ARROYO ZAPATERO, 1981, 200 y ss.).

A pesar de las profundas modificaciones que esta legislación de excepción ha supuesto para el Derecho Penal y Procesal italiano, sin embargo, habla a su favor el que no se haya llegado a tomar en consideración, «propuestas de carácter emocional, como las que representan, por ejemplo, la pena de muerte, el estado de excepción o la introducción de jueces especiales o procedimientos judiciales extraños a los modelos ordinarios» (GREVI, 1983, 375).

---

el Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de Prisión Preventiva. Cita de GREVI, op. cit., 50.

16. Véanse sentencias n.º 87/1976, n.º 88/1976 y n.º 1/1980.



## B) REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA

Durante la década de los 70 se va a producir en la R.F.A. un auge de «legislación de excepción» que, al igual que en Italia, afectará intensamente al D.º Penal y Procesal Penal. Se trata de respuestas legislativas a la comisión de acciones terroristas llevadas a cabo por el grupo de acción directa «Baader-Meinhof».

La valoración que merece esta normativa, en su conjunto, es la de rondar la anticonstitucionalidad. Como dice ALVAREZ-COBOS, con ella «se defiende la democracia frente a los antidemócratas, pero ve, quizás, antidemócratas donde no los hay y tolera antidemócratas aparentemente inofensivos» (1983, 173).

Teóricamente se basa en una concepción agresiva de la democracia (*Streitbabe Democratie*), conforme a la cual, quien abusa de los derechos fundamentales utilizándolos para luchar contra la democracia los pierde (BELLOCH, 1985). Exponentes de la misma son el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>17</sup> y la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal por la que se declara ilegal al Partido Comunista.<sup>18</sup>

Si cada una de las leyes de este tipo examinadas por separado están conformes con los dictados de la Constitución y los principios del «Rechtsstaat», es de temer, no obstante, que no sea el caso para el conjunto de todas las medidas legislativas. Ésta, al menos, es la opinión que merece a un importante sector de la doctrina alemana e italiana.<sup>19</sup>

Entre las leyes de excepción más significativas podemos reseñar las siguientes:

La *Radikalenerlass* que aprobó la Conferencia de los Pre-

17. El art. 18 dice: «Quien abuse de los Derechos Fundamentales tales como la libertad de expresión, de prensa, de cátedra, de reunión, de asociación, el derecho al secreto en las comunicaciones, a la propiedad y al derecho de asilo utilizándolos para luchar contra la democracia, los pierde. Siendo el Tribunal Constitucional Federal quien declarará la pérdida de los mismos».

18. S. 17 de agosto 1956. NUW 1956, 1393.

19. Consúltese, entre otros: SCHMINCK-GUSTAVUS: *La Rinascita del Leviatano*, Milán, 1977; COLETTI: *Essempio Germania*, Milán, 1977, y de varios autores: *Germania Federale ed Europa. L'ombra della democrazia autoritaria*, ed. G. Quazza, Turín, 1978.

sidentes de los Länder, el 28 de enero de 1972.<sup>20</sup> La cual incluye una de las primeras medidas restrictivas de derechos por motivaciones políticas. Se trata de la llamada «Interdicción Profesional» (*Berufsverbot*) o prohibición de ejercer la actividad profesional en la Administración pública, dirigida contra aquellos «radicales» que no ofrecen suficientes garantías de fidelidad al ordenamiento constitucional.

A pesar de las numerosas críticas de que ha sido objeto estas resoluciones por parte de la doctrina alemana, el Tribunal Constitucional Federal, se pronunció a su favor en Sentencia de 22 de mayo de 1975.<sup>21</sup> La interdicción profesional se aplica discrecionalmente, siendo de competencia ministerial. Decisión elaborada sobre un procedimiento inquisitivo e individual.

Esta situación ha venido a ser, de algún modo, paliada por una resolución del Gobierno federal alemán de 27 de enero de 1978, en la que establece que las decisiones de rechazo de una persona solicitante de un empleo público, sólo deben apoyarse sobre hechos valorables judicialmente.

20. *Beschluss des Bundeskanzlers und der Regierungschefs der Länder*, vom. 28, 1972 (Bulletin, n.º 15 de 3 de febrero de 1972).

21. Transcribo algunos extractos de la Sentencia del T. C. F. en los que es posible percibir el uso político que se da a estas medidas de depuración del cuerpo de funcionarios estatales:

«Según las leyes sobre los funcionarios de la Administración Federal y de los Länder..., están obligados a asumir positivamente el ordenamiento liberal-democrático en el sentido de la Constitución y a abogar por su mantenimiento. Las actividades hostiles a la Constitución constituyen una lesión a ese deber.»

«La pertenencia de funcionarios públicos a partidos u organizaciones hostiles al orden constitucional —e incluso la simple promoción de tales partidos u organizaciones— conducirá, en todo caso, a un conflicto de lealtad. Si eso lleva a una colisión de deberes, habrá que decidir, en cada caso concreto, la medida que el superior jerárquico habrá de tomar... Las dudas fundamentales al respecto (garantías ideológicas) justifican, por regla general, la refutación del candidato.»

«El deber político de lealtad exige algo más que un respeto formalmente correcto al Estado y a la Constitución, pero por lo demás falto de interés, frío, íntimamente distante. El mencionado deber exige en especial de los funcionarios, que se distancien claramente de los grupos y aspiraciones que atacan y difaman a este Estado, sus órganos constitucionalmente instituidos y el vigente ordenamiento constitucional.» (BVerfGE, 30, 334 y ss.)

*Ley de reforma del C.º Penal y de la Ordenanza Procesal Penal de 1 de enero de 1975*, modificando los arts. 138a, 138b y 146 del segundo texto legal. Por la misma se limitan los derechos de la defensa en casos de presuntos terroristas. Es decir, la limitación del número de defensores a tres, escogidos por el acusado; interdicción de la defensa en común, cada defensor no puede defender más que a un acusado; exclusión inmediata de un defensor si es sospechoso de haber conspirado con el prisionero. Esta exclusión se extiende para *todos* los procesos que se instruyan en la R.F.A.

La eliminación de los derechos procesales se refleja en la modificación del § 231, por el que se permite la continuación del proceso a pesar de que el prisionero se encuentre incapacitado para defenderse debido al régimen de detención en solitario. Este artículo, precisamente, se redactó con ocasión de un célebre proceso seguido contra la Fracción de la Armada Roja en Stammheim (mayo 1975 y abril 1977). En dictamen médico se estimó la incapacidad de defenderse de cuatro acusados, debido al régimen de total aislamiento al que se encontraban sometidos. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Federal en decisión de 22 de octubre de 1975 estimó no haber lugar el recurso interpuesto, ya que la incapacidad de los acusados para defenderse era de su propia responsabilidad, habida cuenta que, con su comportamiento, se habían hecho acreedores de tal trato.<sup>22</sup> Con esta decisión, confirmada por el Tribunal Constitucional en enero de 1976, el derecho a la vida, reconocido en la Constitución, sufre una grave limitación, al reconocerse como práctica usual el régimen de total aislamiento.

*Ley 18 de agosto de 1976*, conocida como «Ley antiterroris-

22. En otoño de 1975 cuatro médicos constataron la incapacidad de cuatro acusados integrantes de la Baader-Meinhof: Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof y Jan-Carl Raspe, resultado del aislamiento. El Tribunal de Stammheim estimó que su incapacidad provenía de las huelgas de hambre sostenidas por los acusados en el año precedente, y que, en consecuencia, eran ellos mismos responsables de su incapacidad. Esta decisión fue confirmada en última instancia por el Tribunal Supremo el 22 de octubre de 1975, resolviendo que era aplicable el § 231. Por otra parte, el citado artículo fue defendido por el mismo Procurador General, profesor doctor Kurt REBMANN en *Deutsche Richterzeitung*, 1979.

ta». Lleva adelante importantes modificaciones en la Ordenanza Procesal Penal, Ley de Organización Judicial, el Código de los Abogados, Ley de Ejecución de las penas y el propio Código Penal. En este último se introduce el art. 129 a) por el que se hace distinción, por vez primera, entre asociaciones ilícitas, en general, de aquellas que persiguen «fines terroristas». Se penaliza no sólo la participación en una organización terrorista, sino también cualquier forma de ayuda que se le preste, entendida la misma de forma muy amplia.

También se modifica el régimen de prisión provisional, en el sentido de que pasa a ser automática para todo sospechoso de actividades terroristas. Disposición en contra de diversas recomendaciones del Consejo de Europa.

En el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno se incluía alguna normativa de naturaleza premial»: disminución de la pena para los terroristas que colaborasen con la policía. Sin embargo, la Comisión Jurídica del Parlamento de Bonn rechazó esta fórmula por considerarla contraria a los principios que sustentan a un Estado de Derecho.

A raíz del famoso caso Schleyer, uno de los grandes industriales de Alemania, se promulga la *Ley de 30 de septiembre de 1977*, conocida como ley de «interrupción de contactos» (*Kontaksperrengesetz*), que modificó la ley de Introducción a la Ley de Constitución de Tribunales. Por ella se establece un período de incomunicación total, que en principio era de 30 días, pero que podía prolongarse, a criterio del juez, para todo presunto terrorista. Medida que fue justificada posteriormente por el propio Tribunal Supremo.

*Ley de 14 de abril de 1978, sobre Modificación de la Ley de Procedimiento Penal.*<sup>23</sup> Por esta ley se restringen dos derechos fundamentales: 1) El principio de la inviolabilidad del domicilio (art. 13, *Grundgesetz*). Se otorga poder a la policía para efectuar registros de todo un bloque de viviendas, así como instalar controles de vehículos en las carreteras.

2) El principio de la libertad individual (art. 2, al 2.2,

23. La Ley de 14 de abril de 1978 (*Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung*) modificó los siguientes artículos: 103, 105, 108, 127, 138a y 148 StPO. Y creó los siguientes: 111, 163b y 163c StPO.

*Grundgesetz*). Se autoriza la «retención» durante 12 horas, por la policía, de cualquier ciudadano a efectos de su identificación. El detenido podrá comunicarse con su abogado, salvo que se le aplique la Ley de Interrupción de Contactos.

El aspecto más interesante, a destacar, es el de otorgar amplios poderes a la policía. MOONS, autor que no se destaca por sus críticas a este tipo de legislación, opina que esta Ley supone: «Una reacción legislativa vengativa..., (que) favorece el debilitamiento de los principios sustentadores de un Estado de Derecho» (1979, 28).

Por último, cabe citar las Leyes de 31 de mayo y de 5 de octubre de 1978. Por la primera se endurecen las penas establecidas en la Ley de Armas. En la segunda se regulan la aceleración de los procesos y la protección de los testigos.

Para terminar, es interesante reseñar la opinión que le merece al profesor VERVAELE (1985, 107) el proceso dado en la R.F.A. con este tipo de legislación. Distingue dos etapas: la primera, la producción de un sistema legal excepcional, destinado a enfrentar el fenómeno del terrorismo. Actividad, en la actualidad, casi inexistente, a pesar de lo cual siguen en vigor las leyes antes citadas. En segundo lugar, el fuerte desarrollo del ejecutivo, del poder policial y de los mecanismos de control social en general. La reacción del Estado ante los grupos de disidentes (*Verdes, Pacifistas, Squatters*, etc.), no son objeto de la aplicación de las leyes que integran aquel primer nivel, sino que su control se realiza a través de medidas preventivo-administrativas.

A este último nivel pertenecen, por ejemplo, el enorme desarrollo de la computerización de la sociedad alemana. Esta tendencia es perceptible si se examina el proceso seguido por el B.K.A., del subministerio contra la criminalidad. En 1976 puso en funcionamiento un ordenador con un *dossier* de más de cinco millones de fichas personales. Ficheros que se ha venido, sin cesar, alimentando de nuevos datos. Es importante, además, señalar que, además de la policía, pueden usarlo instituciones tales como los bancos o la Asociación de Propietarios. De este modo se llega a un control muy amplio por parte del sector privado.

### C) REINO UNIDO

Desde hace años las actividades terroristas en Gran Bretaña se han venido desarrollando de manera constante. El territorio británico de Irlanda del Norte viene siendo permanente teatro de operaciones en el que se enfrentan grupos armados de las milicias protestantes y los miembros del IRA (*Irish Republican Army*). A partir de 1972 el Gobierno británico asumió la administración directa de Irlanda del Norte, anulando temporalmente los poderes del Parlamento y del Gobierno de Belfast. A partir de estas fechas el IRA ha extendido su campo de acción al resto de Inglaterra. En comparación, las actividades de otros grupos terroristas internacionales han sido reducidas.

Casi la totalidad de la legislación británica antiterrorista se refiere a la situación en Irlanda del Norte.<sup>24</sup> El carácter de la misma es provisional y no ordinario (*Prevention of terrorism Act, Temporary Provisions*). Algunos de los métodos legalizados, en la lucha contra el terrorismo, han sido objeto de duras críticas por menoscabar el libre ejercicio de los derechos civiles.<sup>25</sup> A este respecto, téngase en cuenta que el 10 de marzo de 1976, el Gobierno de Irlanda del Norte presentó demanda contra el Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las medidas de excepción adoptadas por éste en el Ulster en 1971, y que el Tribunal condenó al demandado en sentencia de 18 de enero de 1978 por violación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que prohíbe las torturas y los malos tratos degradantes).

La primera disposición legal, en materia de terrorismo, dictada por el Parlamento británico, fue el *25 de julio de 1973* (*Northern Ireland, Emergency Provisions Act 1973*). Con ella se derogan la Ley de 1922, promulgada por el Parlamento de

24. Sobre la legislación antiterrorista en Gran Bretaña, consúltese, entre otros, a: WALKER, 1986; del mismo autor, «Prevention of Terrorism (Temporary Provision) Act 1984», *Modern Law Review* n.º 47, 1984; BOYLE, HADDEN y HILLYARD, «*Law and State: The case of Northern Ireland*», Martin Robertson, London, 1975; INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, 1983; LOWRY (1976-1977); WARDLAW, 1982.

25. Autores críticos a esta legislación serían, entre otros: WALKER (1986); WARDLAW (1982); INTERNATIONAL COM. OF JURISTS (1983).

Irlanda del Norte sobre terrorismo y los sucesivos decretos que desarrollan la misma.

El 29 de noviembre de 1974 se promulga una nueva ley antiterrorista (*The Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act 1974*), que tuvo un rápido y penoso origen a raíz de un grave atentado con explosivos ocurrido el 21 de noviembre de 1974, en la ciudad de Birmingham.<sup>26</sup> Los poderes concedidos al Gobierno fueron «draconianos y sin precedentes en tiempos de paz».<sup>27</sup> El Parlamento, «con entusiasmo fanático» (WALKER, 1986, 22), aprobó la ley sin ningún tipo de enmienda.

La medida más significativa de la Ley de 1974 (art. 3) atribuye al Secretario de Estado la potestad de expulsar (*exclusion*) de todo el Reino Unido a las personas sospechosas de realizar, instigar o preparar actividades terroristas. Bien es cierto que se designaba un consejero legal para asesorar, en estas funciones, al Secretario de Estado, pero sus recomendaciones carecían de carácter vinculante.

El 25 de marzo de 1976 (*Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act 1976*) deroga la precedente Ley, aunque su contenido es muy similar. Por esta Ley se autoriza la detención policial por un máximo de 48 horas prorrogables cinco días más a discreción del Secretario de Estado.

El 23 de marzo de 1978 se dicta una Ley sobre Medidas Urgentes para Irlanda del Norte (*Northern Ireland. Emergency Provisions Act 1978*). La detención preventiva, para ese territorio, es de 72 horas, aunque en conexión con otras disposiciones de la misma Ley, hacía que este plazo pudiera ser prorrogado por tiempo ilimitado.

26. El 21 de noviembre de 1971 el IRA colocó varias bombas en dos lugares públicos, causando la muerte a 21 personas e hiriendo a otras 184. Un miembro del Parlamento calificó el hecho «como la más grande amenaza sufrida por el país desde la Segunda Guerra Mundial» (H. C. Debs., vol. 882, col. 743, 28 nov. 1974, Mr. LYONS). El atentado generó tal ánimo vindicativo entre los parlamentarios, que uno de ellos declaró: «El Parlamento quiere sangre» (H. C. Debs col. 672, Mr. LITTERICK).

27. H. C. Debs., col. 35, 25 november 1974, Mr. JENKINS.

Después de la firma del Convenio Europeo sobre represión del Terrorismo, se dicta la *Ley de 30 de junio de 1978 (Suppression of Terrorism. Act 1978)* por la que se reforma la Ley de Extradición.. La *Ley de 13 de julio de 1982 (Taking of Hostage. Act 1982)* regula los supuestos de toma de rehenes en concordancia con el Convenio Europeo suscrito por Gran Bretaña en esa materia.

En la actualidad, la ley antiterrorista vigente, es la *Prevention of Terrorism, Temporary Provisions, Act 1984 (c. 8)*, que consta de cinco partes y 19 secciones. Su máxima vigencia es de cinco años. En ella se contempla la posibilidad de revisiones anuales. Aunque, a tenor de lo sucedido con las leyes precedentes, la permanencia de esta Ley tendrá más efectividad que la temporalidad que su mismo título sugiere (WALKER, 1986, 26).

Con esta Ley se trata de dar una respuesta legislativa tanto al fenómeno terrorista propio de Irlanda del Norte (I.R.A., sin hacer distinción entre sus ramas Provisional u Oficial, e I.N.L.A.), como al terrorismo internacional. No supone grandes cambios, en comparación con la precedentes. Confirma los poderes extraordinarios concedidos al Secretario de Estado y un incremento del espacio autónomo de la policía.

En el contexto de la ley de 1984 es muy difícil distinguir si un grupo ha sido proscrito por sus actividades políticas o criminales. En efecto, se conceden al Secretario de Estado poderes discrecionales para proscribir como terrorista a cualquier grupo o partido político que estime conveniente. En la sección 1 (4), la Ley determina: «El Secretario de Estado puede ordenar, con carácter legal, que se incluya en el art. 1 (referido a las organizaciones proscritas por actividades terroristas) de esta Ley, a cualquier organización que estime estar relacionada con el terrorismo en Gran Bretaña o conectada con los asuntos de Irlanda del Norte, ya sea promoviendo o alentando dichas actividades» (ALEXANDER/NANES, 1986, 262). Es fácil apreciar que el control judicial, aunque no excluido por la ley de 1984, es mínimo.

Otro de los puntos a señalar, sin perjuicio de que nos refiramos de aquí en adelante con frecuencia a esta ley, es el de propiciar la condena por actividades terroristas a asociaciones relacionadas con Irlanda del Norte y que desarro-



llan sus actividades en Gran Bretaña. Actividades que, por otra parte, nada tienen que ver con el IRA, pero que incluyen en sus programas puntos tales como la integración de Irlanda del Norte a la República de Irlanda. Esta censura, por una parte, impide que el público y los políticos estén en condiciones de formarse un juicio objetivo sobre la realidad de Irlanda del Norte; por otra, refuerza los argumentos del IRA en el uso de la violencia, ya que las vías legales de expresión del disenso político son casi inexistentes.<sup>28</sup>

En definitiva, lo que se puede señalar respecto al conjunto de estas leyes es que la prevención y el control de las actividades terroristas no comienzan con la Ley de 29 de noviembre de 1974, ni significaron una apreciable variación desde aquella fecha. «En Gran Bretaña la Ley Ordinaria ha venido cosechando más éxitos, en este terreno, que las normas especiales» (WALKER, 1986, 183). Es significativo que el Comisionado Metropolitano de la Policía haya, en su día, hecho declaraciones en el sentido de que «la policía no había buscado [la promulgación de la legislación antiterrorista]».<sup>29</sup>

De manera similar, las medidas legislativas antiterroristas han venido existiendo y aplicándose en Irlanda del Norte y las Leyes especiales antiterroristas han añadido muy poco.

Merece la pena hacer una breve referencia al llamado *Diplock Court*, tribunal de excepción que entró a funcionar en Irlanda del Norte a partir de 1976. Por este tribunal sólo pasan aquellas personas sobre las que pesa una prueba material de participación en actividades terroristas, mientras que aquellas sobre las que recae una simple sospecha siguen el régimen de internamiento. Este hecho significa que, si hay personas contra las que la policía sólo tiene información, ésta no puede hacer nada al respecto, salvo que pueda conver-

28. Ésta es la opinión que le merecía al Informe JELICOE disposiciones análogas a las descritas en 1976. *VELLICOE Report, Review of the operation of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions)*.

29. Sir R. MARK: «*In the Office of the Constable*», 1976, 173. Ver también, H. C. Debs., vol. I, col. 361 18 March 1981, Mr. LYON. Sin embargo, en 1983 el Secretario de Estado informó que la policía «apoyaba con vigor la renovación de las leyes contraterroristas». H. C. Debs, vol. 38, col. 507, 7 March 1983. Cita extraída de WALKER, op. cit., 185.

tir esta información en evidencia que se pueda presentar ante un tribunal, y la única evidencia que se puede utilizar es una confesión.

El sistema de justicia criminal inglés tiene muy pocas normas sobre la cantidad de evidencia, la cantidad mínima para condenar. El declararse culpable es suficiente para poder condenar sin más evidencia. Esto unido a otra particularidad, bajo determinadas circunstancias, de que la policía puede interrogar a las personas detenidas,<sup>30</sup> allanó el camino para la introducción de un sistema de justicia criminal especial. En efecto, Lord DIPLOCK propuso que todo ciudadano sospechoso de terrorista pudiera ser interrogado, sin las restricciones impuestas por la legislación ordinaria, por las fuerzas de seguridad del Estado. Es evidente que, a partir de ese momento, abundaron las confesiones de culpabilidad. Amnistía Internacional pudo comprobar, a partir de 1976 en Irlanda del Norte, tratos degradantes e inhumanos en las personas de los detenidos.<sup>31</sup> En la actualidad, y a juicio de la citada organización, parece que los malos tratos se han reducido. Habiéndose instalado, incluso, circuitos de televisión en los centros de interrogatorio.

A modo de conclusión, y siguiendo la opinión de WALKER, se puede decir que este tipo de legislación ha sido muy poco efectiva en el logro de los objetivos propuestos. Los ataques a algunas de sus disposiciones son, de hecho, un tanto despro-

30. Hay que hacer notar que este tipo de interrogatorio en el sistema criminal ordinario inglés sólo tiene lugar para llenar un vacío legal o jurídico. Es decir, durante un período que no exceda las 48 horas. Y, en cualquier caso, ser entregado a un magistrado en cuanto sea posible, cuando las sospechas sean suficientes para presentar una acusación contra él.

31. Denuncias efectuadas por los sacerdotes D. FAUL y R. MURRAY en *The Castlereagh File*, de malos tratos entre julio de 1976 y noviembre de 1979. En dicha publicación enumeran hasta 20 métodos distintos de tortura.

Los informes de AMNESTY fueron, entre otros, elaborados por el profesor DOWE KORFF (jefe de Investigación de Derechos Humanos en Londres desde 1978 hasta 1981). Consúltese: «Las leyes antiterroristas en el derecho comparado europeo con especial incidencia en la situación del Ulster», en «Democracia y leyes antiterroristas...», cit., 49 y ss.

porcionados. Todo ello sin minusvalorar el evidente divorcio de esta legislación respecto de la ordinaria y, en particular, la referente a la proscrición y destierro de presuntos terroristas. Son mucho más graves la política criminal seguida, particularmente severa, y los espectaculares poderes concedidos a la policía (WALKER, 1986, 183).

#### D) FRANCIA

Dos recientes disposiciones legislativas dan respuesta al incremento de la criminalidad organizada y de las actividades terroristas en Francia. Varía la metodología jurídica adoptada, fundamentalmente en dos puntos: el agravamiento de las penas y la inclusión de nuevas técnicas procesales propias del llamado «Derecho Premial».<sup>32</sup>

*Ley 86/1019, de 9 de septiembre de 1986*, relativa a la lucha contra la criminalidad y la delincuencia. Introduce modificaciones procesales, restringiendo los beneficios de excarcelación anticipada (art. 720-2 c.p.p.) para determinados delitos (asesinato y parricidio, art. 93 c.p.p., atentados con uso de explosivos, art. 305 c.p., homicidio causado en ocasión de fuga o con el objeto de asegurarse la impunidad, art. 304 c.p., etcétera). Así mismo, se restringen las facultades «excepcionales» concedidas a los Tribunales de reducir el período de seguridad, complementarios al cumplimiento de determinadas penas. Incluso, se concede al Tribunal, por «decisión especial», aumentarlas cuando se relacionan con delincuentes procesados por actividades terroristas (art. 720-2 c.p.p.).

*Ley 86/102/, de 9 de septiembre de 1986*, relativa a la lucha contra el terrorismo y otros atentados a la seguridad del Estado. Las notas más características de esta Ley, son las siguientes:

a) Aporta una definición de terrorismo. El elemento objetivo de la misma lo constituye la comisión de delitos que

32. «*La recente Legislazione dell' "Emergenza": Le leggi del 9 settembre n.º 86/1019 e n.º 86/1020*». L'Indice Penale, Gennaio-Aprile 1987.

atentan contra la vida, la integridad de las personas o la propiedad. El subjetivo se relaciona «en atención al contexto en que se produce [el delito de terrorismo], con la ideología que anima a sus autores, y con la intención de crear un clima de inseguridad. Todo ello se complementa cuando el delito es perpetrado «en forma organizada, ya sea por un individuo o en grupo y que atente gravemente al orden público mediante la intimidación o el terror».

b) Pone en evidencia una intención centralizadora en el enjuiciamiento de estas conductas, recogiendo la experiencia obtenido de la *Cour de Sûreté de l'État* (L. 63-22). En efecto, en el art. 706-17 del Código Procesal el Fiscal de la República, el Juez de Instrucción, el Tribunal Correccional y el Tribunal de lo Criminal de París comparten la competencias en el conocimiento de causas abiertas a presuntos terroristas, asumiendo la conducción de la investigación el Fiscal de la República.

c) Reducción y exención de pena en función de la colaboración prestada por el delincuente con la policía.

d) El período de detención preventiva (*garde à vue*) se extiende de dos a cuatro días en materia de terrorismo.

## E) ESPAÑA

Al igual que en los países democráticos europeos examinados, la proliferación de una normativa especial o excepcional es observable en España. Casi la totalidad de esta legislación está integrada por Leyes orgánicas, Leyes ordinarias y Decretos-leyes encaminados a dar una respuesta legal al fenómeno terrorista. Es cierto que también existen normas que regulan la actuación de diferentes instituciones del Estado que tienen relación con comportamientos delictivos y que, sin embargo, han sido aplicadas circunstancial, primordial o exclusivamente a delitos de terrorismo.

Lo importante es señalar que ha ocurrido un fenómeno parecido al resto de Europa Occidental. Esta legislación significa «la degeneración del inicial espíritu constitucional» (BOBILLO, 1985, 58), la aparición de una fuerte reacción es-

tatal que por medio de «un derecho especial, marcado por el autoritarismo, corre el riesgo de no quedar limitado al tratamiento del fenómeno terrorista, sino de extenderse progresivamente e impregnar el funcionamiento entero de los controles formales» (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, 560).

La aparición aquí en España de una legislación autoritaria y represiva de las libertades hay que vincularla, al igual que en el resto de Europa Occidental, a las necesidades de legitimación del capitalismo tardío incapaz, por otra parte, de satisfacer las crecientes necesidades sociales. El terrorismo en nuestro país constituye una realidad lamentable, pero la presumible inconstitucionalidad de algunas de las normas antiterroristas, la discrecionalidad en su aplicación y la creciente autonomía del poder policial, apuntan a una estrategia legislativa que va más allá del control de ese tipo de delitos. Estrategia, en última instancia, encaminada a disuadir e intimidar a un numeroso y creciente grupo social marginado por la readequación del Estado y de la economía a las nuevas necesidades capitalistas.

En el conjunto de leyes antiterroristas españolas, promulgadas después de las elecciones generales de 15 de junio de 1977, se pueden observar dos momentos delimitados por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. En el primero, se expurgan de los cuerpos legales disposiciones provenientes de la época franquista, y se suprimen odiosas instituciones, por ejemplo, el Tribunal de Orden Público. Son tres años de transición durante los que se intenta, con diversa fortuna, adecuar este tipo de leyes al mandato constitucional. A partir del 1 de diciembre de 1980 se subsana la discutible legitimidad formal que parecía acompañar a las medidas antiterroristas de los últimos años. Con esta Ley se inicia una nueva etapa caracterizada en un doble sentido: por una parte, fruto de la experiencia, se va definiendo una política legislativa coherente que culmina con la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984. Como se verá, logró sistematizar en un solo texto legal toda la normativa terrorista penal y procesal. Por otra, la necesidad de ampliar los poderes del ejecutivo llevan a desarrollar las facultades otorgadas en el art. 55.2 de la Constitución, a tales extremos, que ponen en entredicho la legitimidad de esta legislación. En lo que sigue haremos referencia a estos dos momentos,

destacando las disposiciones que, en nuestra opinión, nos parecen más relevantes.<sup>33</sup>

### 1) Etapa de transición.

Al comenzar el año 1977 no existía un tratamiento jurídico unitario del fenómeno terrorista. La agudización de la violencia política determinó la sucesiva adopción de medidas procesales y penales con la consiguiente dispersión normativa. Así se mantiene la doble tipificación, en cuanto al Derecho sustantivo se refiere, en el fuero común y en el militar, art. 260 y 263 del C.º Penal y arts. 294 bis a), bis b) y bis c) del Código de Justicia Militar.

*El Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero*, da el primer paso aún insuficiente, en el sentido de ampliar la competencia de los jueces ordinarios en el conocimiento de determinadas conductas terroristas. Limita la jurisdicción militar al exigir la concurrencia de dos requisitos: de un lado, que el delito fuese ejecutado por grupos militares o paramilitares y, de otro, que los hechos pusiesen en peligro el orden constitucional y produjesen grave alteración del orden público.

Los primeros elementos de una nueva regulación se abren con los tres Reales Decretos Leyes 1, 2 y 3, de 4 de enero de 1977. La Audiencia Nacional se crea por *RDL 1/1977*, el mismo día el *RDL 2/1977* suprime el Tribunal de Orden Público y por *RDL 3/1977* se extiende la competencia de la Audiencia Nacional a los delitos de terrorismo. A su vez, desaparece la competencia de la Jurisdicción Militar al introducir como anexo en el Código Penal las tres figuras de terrorismo tratadas en el Código de Justicia Militar (arts. 294 bis a, b y c).

Hasta la aprobación de la Constitución en 1978 se promulgan dos leyes sobre este tema: *Ley 56/1978, de 4 de di-*

33. Comentarios sobre la Legislación española antiterrorista. Consultense, entre otros: ARROYO ZAPATERO, 1985; LAMARCA PÉREZ, 1985; ALVAREZ y COBOS, 1983; GÓMEZ BENÍTEZ, 1982.

*ciembre*, que con algunas modificaciones eleva a este rango al RDL 21/1978, de 30 de junio. Esta Ley, conocida como primera ley antiterrorista, se complementa con una reforma del Derecho Penal sustantivo mediante Ley 82/1978. La primera tiene un contenido netamente procesal y una vigencia de un año. La segunda deroga expresamente los arts. 1, 2 y 3 del anexo al Código Penal añadido por el RDL 3/1977.

Lo más importante es señalar que se hacen desaparecer las figuras delictivas con *nomen iuris* propias del terrorismo. La supresión del término «terrorismo» y la inclusión de este comportamiento delictivo en la categoría de «grupos y bandas armadas» podría significar el prescindir de los motivos en la comisión de delitos (ARROYO ZAPATERO, 1985, 174). Sería oportuno interpretar esta decisión legislativa como la incorporación de un componente cuasi-simbólico al subrayar que este tipo de delincuencia es sólo común. Es decir, que la naturaleza común del delito queda determinada por el resultado, ignorándose la intencionalidad política del sujeto activo.

La Constitución española se refiere a este tema en dos artículos. En el art. 13.3 establece: «Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo». Por su parte, el art. 55.2 dice: «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 fundamentales)... pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

Esta suspensión de derechos constitucionales, carece de antecedentes en el derecho excepcional europeo. Sólo la puesta en peligro de la propia existencia del Estado de Derecho justifica la suspensión de libertades y derechos fundamentales. Siendo esto así, la redacción del art. 55.2 al emplear los términos «bandas armadas» y «elementos terroristas» aporta una considerable cuota de imprecisión.

En primer lugar, por la carencia en nuestra legislación de definiciones o de delitos específicos que se refieran al terrorismo o que definan qué debe entenderse por «banda arma-

da».<sup>34</sup> En segundo lugar, si interpretamos que el citado artículo confiere distinto contenido a uno y otro concepto, es difícil imaginar que una «banda armada» pueda poner en peligro la existencia misma del Estado y, en consecuencia, justificar la suspensión de los derechos y libertades constitucionales.

Así pues, sólo cabe entender que operará este mecanismo excepcional contemplado en la Constitución, en el caso de que las mencionadas bandas atenten contra la existencia del Estado de Derecho. Como dice BERDUGO, ésta sería la base de interpretación aplicable al concepto de terrorismo. De esta forma, la suspensión de derechos solamente puede hacerse efectiva en investigaciones relativas a «personas que aisladamente o integradas en bandas, mediante actuación encaminada a subvertir el orden constitucional del Estado y siendo objetivamente aptas para ello, lesionen bienes jurídicos fundamentales, en concreto, la vida, la integridad corporal y la libertad personal».<sup>35</sup>

Después de los llamados «Pactos Políticos de la Moncloa», se promulga el *Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana, de 26 de enero de 1979, n.º 3*. Este Decreto-Ley dictado tras la disolución de las Cortes, es uno de los textos más criticados por anticonstitucional, ya que carece del carácter de Ley Orgánica e incluso del de Ley Ordinaria de Cortes.<sup>36</sup> Sin éxito, los grupos parlamentarios socialista y comunista propusieron su derogación pocos meses después de su entrada en vigor.

En este Decreto-Ley se reconoce que el terrorismo era una conducta autónoma, distinta de otras formas de delincuencia, yendo así en contra de la tendencia marcada en la última reforma del Derecho Penal. Comprende preceptos de la más variada naturaleza. Considera como reforma urgente el «reintroducir» en el C.º Penal el delito de apología (art. 1), desconociendo que ya se castigaba en el art. 268 como delito, si se

34. Es obvio, que lo que se está buscando es desconocer la intencionalidad política. Lo mismo se puede decir del DL de Seguridad Ciudadana de 26 de enero de 1979.

35. Respecto de la interpretación del art. 55.2 de la Constitución, consúltese a BERDUGO, «Garantías ante la suspensión», cit.

36. MUÑOZ CONDE (1983, 5.ª edic., 533). Consúltese también, BERDUGO: «Reflexiones sobre el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana», *Informaciones*, 7-IV-79.



refería a delitos contra la seguridad interior del Estado, y como falta en el art. 566.4, para cualquier clase de delitos. Amplía la competencia de la Audiencia Nacional a todos los delitos cometidos por bandas organizadas y armadas, incluida la apología y detenciones ilegales del artículo 481 bis del Código Penal. Introduce singulares formas de participación, desde la apología de conductas, hasta la realización de «actos de colaboración que favorezcan» la comisión de delitos (artículo 2). Suspende la excarcelación de los presos y detenidos cuya libertad se hubiera acordado, etc.

En resumen, son fundadas las sospechas de inconstitucionalidad que merecen el análisis de la forma y del contenido de esta Ley (LAMARCA, 1985, 178): Por motivos de forma, ya que una disposición de rango inferior crea nuevos tipos penales y limita el ejercicio de algunos derechos. Por motivos de fondo al vulnerar el principio de retroactividad de las normas no favorables del art. 9.3 y, aunque discutible, al ampliar las competencias de la Audiencia Nacional, el art. 24.2 de la Constitución.

Con posterioridad a la Ley de Seguridad de Seguridad Ciudadana se promulgan la *Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre*, en la que se hace referencia al sistema de comunicaciones con el abogado en casos de terrorismo (art. 51.2). El *RDL 19/1979, de 23 de noviembre*, de claro contenido inconstitucional, ya que en su art. 2 contempla la suspensión de derechos fundamentales regulados en el art. 55.2 de la Constitución, artículo que remite a una ley orgánica su desarrollo y no, como era éste el caso, a una norma de rango inferior. Al ampliar la competencia de la Audiencia Nacional, por las mismas razones antedichas entra en conflicto con el art. 122 de la Constitución. Por último, la *L. 16/1980, de 22 de abril*, sobre prisión provisional.

2) La etapa de la adecuación formal de la legislación antiterrorista al texto de la Constitución.

El conjunto de leyes orgánicas que vamos a examinar es el desarrollo del art. 55.2 de la Constitución. Artículo, como ya hice referencia, de ambigua redacción. Su imprecisión y la abierta contradicción en que cae, respecto a los artículos 15

y 24,<sup>37</sup> ha posibilitado la promulgación de una serie de normas que subsanan, sin duda, «la discutible legitimidad formal que parecía acompañar a las medidas antiterroristas de los últimos años» (LAMARCA, 1985, 185), pero que claramente entran en contradicción con el principio de garantismo reconocido en la Constitución.

Así sucede con la *Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre*. En su artículo primero habla de los supuestos previstos en el art. 55.2, pero en el art. 6.º («La instrucción, conocimiento y fallo de las respectivas causas corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional») se limita otro derecho reconocido en el artículo 24.2, la presunción de inocencia y el derecho al juez ordinario.

Por otra parte, en el art. 55.2 se habla de que la suspensión de determinados derechos debe de estar acompañada de la «necesaria intervención judicial». Pero, ateniéndose a la letra del artículo constitucional, la Ley Orgánica no establece que deba ser previa. Lo que significa que los registros domiciliarios, la observación postal y telefónica, la prolongación del plazo de detención preventiva, etc., puedan ser adoptadas inicialmente por la autoridad gubernativa y sólo *a posteriori*, confirmadas o revocadas por el juez (BOBILLO, 1985, 65).

La *Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo*, reacción inmediata al intento de golpe del 23-F, denominada paradójicamente como de «defensa de la Constitución», afecta a varios principios constitucionales. Introduce la figura del arrepentido, al favorecer la delación y la colaboración con las FFAA. El juicio ético y procesal que merece es totalmente negativo, estando en franca oposición al Preámbulo y art. 1.º de la Constitución. Al incorporar el art. 174 bis del Código Penal, configura un tipo cualificado de asociación ilícita, por el que («a petición del Ministerio Fiscal, el juez ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito») el juez

37. Apenas ha sido tratada la eventual inconstitucionalidad del art. 55.2. Pocos son los autores que han tratado este tema; entre ellos, podemos citar: GIMBERNAT, «La reforma constitucional», cit.; BOBILLO (1985).

se ve obligado a adoptar una resolución de suma gravedad a instancias del Ministerio Fiscal, en contra de lo dispuesto en el art. 20.1 y 5 de la Constitución, que, además de garantizar la libertad de expresión, estipula que ésta sólo se verá limitada en virtud de resolución judicial.

La actual Ley vigente en materia de terrorismo es la *Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre*, contra la «actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2». En el último capítulo me referiré a ella extensamente, utilizando a la Ley Orgánica como punto de referencia para examinar las otras legislaciones antiterroristas europeas en sus vertientes penales y procesales.

No obstante, es necesario mencionar dos acontecimientos de reciente actualidad:

1) Como ya se ha dicho, el Gobierno ha presentado un Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica, aún pendiente de la aprobación del Pleno del Congreso. Las modificaciones que se pretenden introducir son puntuales, subsistiendo algunos de los aspectos más criticados de la Ley Orgánica: observación postal, telefónica y telegráfica; registros domiciliarios; suspensión de cargos públicos; y excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado. Por otra parte, dicho Proyecto trata de incluir en la legislación ordinaria preceptos que en virtud de la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica habían sido derogados por estimar su vigencia no superior a la de los dos años. Así tenemos el referente a prisiones y libertades provisionales (art. 19 L.O. en conexión con el art. 504 bis de la L.E.C. según el P. de R.); suspensión de cargo público (art. 22 de la L.O. en conexión con el art. 384 bis de la L.E.C. según el P. de R.); y, por último, la atenuación de las penas en el desistimiento (art. 6 de la L.O. en conexión con el art. 57 bis del C.P. según el P. de R.).

2) El Tribunal Constitucional, en Sentencia n.º 199/1987, de 16 de diciembre,<sup>38</sup> ha decidido estimar parcialmente los recursos presentados respectivamente por el Parlamento de

38. *BOE*, viernes, 8 de enero de 1988, n.º 7, Suplemento, 11 y ss.

recursos presentados respectivamente por los Parlamentos de Cataluña y del País Vasco (285 y 292/1985), declarando inconstitucional los siguientes artículos: art. 1, párrafo segundo (apología del terrorismo); art. 13 (prolongación de la detención preventiva siete días más de los previstos en la L.E.C.); art. 15 (incomunicación por tiempo indeterminado del detenido por decisión de la autoridad gubernativa); y art. 21 (clausura preventiva de los medios de difusión). A lo largo de este capítulo nos referiremos a esta Sentencia. Sin embargo, adelantemos que esta tardía respuesta del Tribunal Constitucional corrige, sin duda, algunas graves alteraciones introducidas por la Ley Orgánica. Otras siguen, no obstante, subsistiendo. Además, hubiera sido deseable que el Tribunal en esta Sentencia instrumentase alguna vía de reparación para los cientos de detenidos que nada tenían que ver con el terrorismo y que, sin embargo, les fue aplicada esta normativa de excepción.

En relación con la Ley Orgánica creo interesante el mencionar los resultados obtenidos en la encuesta. Una de las preguntas se refería a si el alumno consideraba que la Ley Orgánica 9/1984 debería ser derogada. El 86,05 % contestó afirmativamente. Al preguntárseles por qué debería ser derogada, el 60,47 % eligió la opción de inconstitucionalidad. A juicio de la mayoría de los encuestados, la misma no está determinada por razón de la presumible especialidad de la Audiencia Nacional (sólo el 23,26 % contestó afirmativamente), sino más bien por considerar que los diez días de duración de la detención preventiva favorece la tortura (88,37 %).<sup>39</sup>

Por último, haré referencia a la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*.<sup>40</sup> Entre otros

39. Sin embargo, el 69,67 de los encuestados eran partidarios de una legislación especial para sancionar las conductas terroristas, ya que consideraban que, en este punto, la ley ordinaria se mostraba insuficiente.

40. Entre otros, sobre este tema, consúltese a MUÑAGORRI LAGUÍA, 1987; ANDRÉS IBÁÑEZ: «Fundamentos de derecho» del auto de 8 de mayo de 1986, en el que actuando como Juez de Instrucción de Madrid n.º 12, suspende la tramitación del sumario y plantea cuestión de inconstitucionalidad a propósito del art. 8.º, epígrafe 1, párrafo 2.º de la Ley Orgánica 2/1986.

Dentro de este tipo de leyes también habría que incluir la Ley Or-

aspectos criticables, el más significativo en el marco de esta investigación, es el que se refiere a la competencia que se atribuye a las Audiencias provinciales, en lugar de a los Juzgados de Instrucción, para conocer los delitos cometidos por los miembros de las F.C.S. (art. 8) (MUÑAGORRI, 1987, 235 y ss.).

ANDRÉS IBÁÑEZ, actuando como Juez de Instrucción, ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad ante el máximo Tribunal, sobre el art. 8.º. Los sólidos fundamentos de derecho alegados hacen referencia a los siguientes aspectos:

*Primero:* ser contrario al principio de igualdad ante la Ley reconocido en el art. 14 de la Constitución, y también frente a la jurisdicción, que deberá hacerse efectiva en cada caso por el «Juez ordinario predeterminado por la Ley» (artículo 24.2) y conforme a las reglas generales de competencia (art. 117.3). No hay una razonable justificación para crear un fuero especial para los miembros de las Fuerzas de Seguridad, a la vez que restringir la competencia del Juez natural.

*Segundo:* es contrario al principio del Juez natural del art. 24.2 de la Constitución. No sólo se altera el régimen formal de competencias, sino que se encarga, además, a un tribunal la realización de actos propios de instrucción para los que no está funcionalmente preparado.

*Tercero:* comporta además la quiebra de la efectividad del contradictorio y constituye un obstáculo a la tutela jurisdiccional efectiva. Con ello se favorece la «contaminación inquisitiva» del Tribunal impidiendo su imparcialidad en el fallo». <sup>41</sup>

Este polémico artículo, en palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ, lleva a pensar que «encuentra, con toda probabilidad, su verdadera *ratio* en el terreno de la oportunidad política. Un valor de lícita operatividad, dentro de ciertos límites, en cualquier tarea de gobierno, pero que en modo alguno puede prevalecer sobre el criterio de legitimidad constitucional». <sup>42</sup>

*En síntesis*, a lo largo de este capítulo se ha tratado un

---

gánica del Código Militar, aprobada por el Congreso de Diputados en su sesión del 5-XI-1985, que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la pena de muerte.

41. ANDRÉS IBÁÑEZ, Auto 8 mayo 1986, cit., folio n.º 0S0417041.

42. *Ibíd.*, folio n.º 0S0417036.

aspecto concreto del ataque que hoy sufre el Estado de Derecho. Este aspecto se refiere a la proliferación de un determinado tipo de legislación especial que materialmente, aunque no en su forma, puede ser definida como excepcional.

Se relaciona esta tendencia con las modificaciones actuales que tienen lugar en las estructuras que configuraron al Estado social. Como dice FERRAJOLI, el esquema jurídico del Estado de Derecho se corresponde a la fase del capitalismo liberal (FERRAJOLI, 1982*b*, XIII). Con el advenimiento de la etapa del capitalismo monopólico y del Estado social se constitucionalizan las condiciones del pacto social. Lo que determina la institucionalización de un desfase entre técnicas y principios jurídicos, de claro corte liberal, respecto a necesidades socioeconómicas de muy distinta índole. Esta realidad, que trata de ser paliada formalmente, se agrava con la readecuación del Estado social a nuevas necesidades relativas al proceso de acumulación del plusvalor. En términos generales, la superabundancia de leyes especiales en el ámbito jurídico de los países tardo-capitalistas, responde a la necesidad de dar una respuesta legal a fenómenos sociales y económicos que la «legislación ordinaria» se ve incapacitada de dar.

La progresiva limitación de los derechos y libertades fundamentales se manifiesta en el ámbito penal, procesal-penal y político criminal. Este proceso autoritario y represivo es manifiesto en las leyes de tipo antiterrorista. En efecto, el supuesto objetivo del delito cometido en el Derecho Penal, da paso al supuesto subjetivo del delincuente potencial. Se produce una grave alteración de los principios garantistas en que se apoya el proceso penal moderno. La presunción de inocencia del imputado queda sustituida por la presunción de culpabilidad. El proceso garantista fundado en la razón y en el derecho, en el respeto a la persona y a su libertad, se ve suplantado por un sistema de poder que desconfía de la sociedad y de los ciudadanos (FERRAJOLI, 1980/81, 10). Por último, la política criminal subyacente en este tipo de legislación termina con cualquier pretensión preventivo-general de la pena. No sólo dejan de ser instrumentos aptos en la lucha contra la subversión y el terrorismo, sino que aportan argumentos que justifican el uso de la violencia y la fuga hacia la clandestinidad.

## CAPÍTULO IV

### EL TERRORISMO Y EL DELITO POLÍTICO

#### 4.1. Consideraciones generales

En el capítulo anterior se ha hecho referencia a la legislación antiterrorista como una muestra típica de legislación excepcional comparada. El conjunto de medidas legales aprobadas, en los distintos países, coincide con un debilitamiento de la presencia popular en el poder, a la vez que una desnaturalización de los valores jurídicos reconocidos constitucionalmente. No es arriesgado afirmar que en este proceso la legislación antiterrorista ha jugado un papel fundamental. No sólo por la naturaleza de su contenido, con frecuencia excepcional, sino también al servir de justificación para proyectar dicha excepcionalidad a todo el ámbito jurídico.

Sin duda, el fenómeno terrorista constituye, hoy en día, una grave amenaza. El establecimiento de normas jurídicas específicas destinadas a hacerle frente, quedan justificadas en la medida que tratan de preservar el orden democrático y, en consecuencia, favorecen a los sectores populares más interesados en su mantenimiento. Sin embargo, el incremento del poder y de los aparatos represivos, condiciones invocadas por el Gobierno para el logro de una mayor efectividad en la

lucha contra el terrorismo, conducen en ausencia de los pertinentes controles judiciales y parlamentarios, a perturbar la esencia misma de la democracia.

La presentación del Proyecto de Ley 9/1984 ante el Congreso de los Diputados, hecha por el ministro de Justicia, expresa con acierto la intención que debe guiar a este tipo de legislación: «Pienso que ningún Estado está más autorizado que el Estado democrático para defenderse de la minoría terrorista que con él quiere acabar. Lo importante es que la defensa de ese Estado sea la propia de un Estado social de Derecho...».<sup>1</sup> Por desgracia, este legítimo objetivo se puede ver cuestionado, tanto por el contenido de alguna de las normas aprobadas, como por la manera en que se han aplicado. Ser partidarios a ultranza de un Estado fuerte, dejarse llevar por respuestas penales vengativas, no son la mejor vía para lograr que la defensa ante la agresión de la «minoría terrorista» se adecue a los principios de un Estado social de Derecho.

Uno de los objetivos fijados en este trabajo es, precisamente, el estudio comparado de las disfunciones que comporta este tipo de legislación en el ámbito constitucional, penal, procesal y penitenciario. No obstante, considero, por razones metodológicas, tarea previa la delimitación conceptual del delito de terrorismo. Será necesario matizar lo que se entiende por violencia política, preguntándose si existen casos en los que queda justificada. Del mismo modo, será necesario fundamentar la diferencia entre delito político y delito por actividades de terrorismo.

No resulta tarea fácil valorar con objetividad el fenómeno terrorista. Quizá se deba a que conlleva una mayor cuota de confusión de valores éticos y políticos fundamentales, y la consiguiente desorientación, incertidumbre y divergencias a la hora de dar una respuesta práctica.

La definición de terrorismo como «toda forma de acción política explicitada con medios propios de la criminalidad común» (PISAPIA, 1979, 905), no ha merecido un consenso general en el campo internacional. El problema radica, pri-

1. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria 147, de 25-IX-84, 6644.



mero, en ponerse de acuerdo sobre lo que se entiende por delito político, y segundo, en la calificación de los medios empleados «como propios de la criminalidad común». En otras palabras, la pluralidad de valoraciones de la acción política violenta se basa en la existencia de diversas concepciones políticas e ideológicas.

La valoración de la violencia política depende de la situación que el sujeto llamado a valorar ocupe en relación al tipo de régimen político y económico en que vive. El asalto de la Bastilla, por ejemplo, ¿merecería la misma valoración de un burgués, que la de un partidario del *Ancien Régime*?

En el transcurso de la historia se pueden apreciar tanto valoraciones positivas como negativas de la violencia política. Entre las primeras destacan la doctrina de los teólogos españoles acerca del tema del tiranicidio, así como la filosofía penal de la Ilustración.<sup>2</sup> Más reciente, la idea del derecho de resistencia, recogido en las constituciones de Estados Unidos y de la R.F.A.<sup>3</sup> Una valoración negativa de la violencia política comprende, en términos generales, todo tipo de actividad terrorista. Así planteado el tema, el problema que hay que resolver es el siguiente: ¿Cuándo se puede estimar que la violencia política se transforma en terrorista?

El contestarse a esa pregunta pasa por la definición del delito político, tarea nada fácil. Históricamente, se ha definido en función de un fin: el excluir de la extradición a determinada categoría de delincuentes políticos al privarles de un tratamiento penitenciario privilegiado. Es evidente que

2. MONTESQUIEU en *Del espíritu de las leyes* (1748) es quizás de los primeros filósofos que llaman la atención, denunciando «el abuso violento de dar nombre de crimen de lesa majestad a un acto que no lo es». En la misma línea, años más tarde, BECCARIA (1764) en el «Tratado de los Delitos y las Penas», expresaría opiniones análogas: «La tiranía y la ignorancia son las que confunden los vocablos y las ideas más claras pueden dar este nombre (lesa majestad), y por consecuencia la pena mayor a delitos de diferente naturaleza y hacer así a los hombres, como en otras infinitas ocasiones, víctimas de una palabra».

3. BOCKENFORDE, *Die Kodifizierung des Widerstandsrecht im Grundgesetz*, Juristenzeitung, 1970, pp. 168 y ss. (art. 20, IV de la Ley Fundgesetz, Juristenzeitung, 1970, 168 y ss. (art. 20, IV de la Ley Fundamental de Bonn), cita de ARROYO ZAPATERO (1985, 157).

este camino no nos lleva a ninguna parte. Más fructífera es la vía que se abre al relacionar el delito con el tipo de régimen político en el que tuvo lugar. Es así como surge una diferencia cualitativa entre regímenes basados en los principios propios de un Estado de Derecho y aquellos de otra índole. La opción, aquí seguida, es la de que en un Estado de Derecho el delito político, en sentido objetivo, no existe. Sin perjuicio de que se pueda reconocer intencionalidad política en el delito cometido.

Esta toma de posición respecto al delito político, facilita el tratamiento conceptual de la violencia, en general, y del delito por terrorismo. «La definición de terrorismo a efectos de ser considerado un fenómeno objeto de especial represión en el plano nacional e internacional, puede llevarse a cabo tan sólo, desde una sociedad democráticamente organizada, en la que estén abiertas las vías para una actividad política no violenta en la más plena libertad» (ARROYO ZAPATERO, 1985, 158).

Lo dicho, nos lleva a situar el problema del terrorismo para su estudio en unos límites espaciales y temporales concretos. Implica el circunscribirlo a un área política, económica y social determinada. En definitiva, a aquellos países de Europa Occidental que cuentan con un Estado democráticamente organizado. Y que, a los efectos de facilitar esta tarea de investigación, se han limitado a los Estados que integran el Consejo de Europa, excepto Turquía.

## **4.2. La violencia política**

### *4.2.1. Consideraciones acerca de la legitimidad en el uso de la violencia política*

1. Con la pregunta que se formula MAQUIAVELO en el capítulo XVI de *El Príncipe*, si para éste conviene más «ser amado o ser temido», y la respuesta: «Sería menester ser lo uno y lo otro», constatamos que ya, desde hace largo tiempo, se reconocía a la violencia como dato real, casi «inevitable», en la lucha política.

El «circuito de fuerza» (CALAMANDREI, 1982) existente entre el príncipe y el pueblo, entre los que detentan el poder y los súbditos que luchan por conquistarlo, sigue vigente. Los actores son distintos, los intereses también son diferentes. No obstante, hoy como ayer, la resolución de la contradicción dada entre los valores éticos y los políticos dirime la legitimidad de una conducta. El predominio del «realismo político» sobre toda consideración ética conduce, a través de numerosos pasos intermedios, al terrorismo de Estado. De forma análoga, la intransigencia, el voluntarismo y el desprecio al pluralismo político convierte la reivindicación política de la formación social disidente en subversiva. Ambas conductas extremas poseen una característica común: el uso de la violencia. Con más precisión, el uso ilegítimo de la violencia. Quizás, éste sea el meollo del problema. ¿Cuándo, en qué circunstancias el ejercicio de la violencia política está legitimado?

El resplandor a este interrogante va más allá de los objetivos trazados en este trabajo. No se me oculta la complejidad del tema, su extensión y carácter interdisciplinario. Sin embargo, creo necesario arriesgar una toma de posición que posibilite fundamentar una base político-criminal coherente con el posterior análisis jurídico del fenómeno terrorista.

La legitimidad de la violencia política viene dada por la concurrencia de dos circunstancias de diversa índole. Una hace referencia a los medios empleados, la otra al contexto político, como ya se dijo, en que tiene lugar. A su vez, hay que distinguir la violencia ejercida por el Estado, de la ejercida por un grupo u organización política.

Los medios empleados en el ejercicio de la violencia constituyen el primer elemento de diferenciación entre el uso legítimo de la violencia política y el terrorismo. En efecto, el carácter inútilmente cruel y bárbaro de los medios empleados, así como el carácter inocente del objetivo atacado, confieren al acto el desvalor de un delito contra la humanidad (MERTENS, 1974, 114 y ss.). En este sentido, es irrelevante que la agresión haya sido hecha en tiempos de guerra o en tiempos de paz, efectuada por un gobierno democrático o por una organización popular en su lucha contra la más impensable dictadura.

En segundo lugar, la falta de legitimación del recurso a la

violencia, sea política, armada o económica, se puede dar en los siguientes casos:

a) La violencia interna ejercida por un gobierno sobre la población dirigida a mantener su poder (PISAPIA, 1975, 257 y ss.).

b) La violencia «externa» desencadenada por un determinado gobierno, que se proyecta en la acción internacional.

c) La violencia ejercida por grupos u organizaciones políticas en el marco de un Estado democrático de Derecho (ARROYO ZAPATERO, 1985, 158)

Hechas estas reflexiones, tenemos que precisar que el objeto de este trabajo es el del terrorismo ejercido por grupos o bandas armadas y no el del terrorismo de Estado, al que se hará referencia más adelante cuando se trate el delito de terrorismo. Aclarado este punto se nos plantea, para cerrar este tema, la distinción de los distintos tipos de violencia en razón de su contenido ideológico y origen.

#### 4.2.2. *Clases de violencia política*

##### 4.2.2.1. Por razón de su contenido ideológico

1. Es usual diferenciar dos tipos de violencia en atención a la ideología que mueve a quienes la ejercen. Así se habla de una violencia de izquierdas y de otra de derechas. Aunque posean ambas características comunes las diferencias, sin embargo, son bastante acusadas.

A) El origen de la violencia revolucionaria, hay que buscarlo en el período del terror durante la Revolución Francesa (CALAMANDREI, 1982, 44 y ss.). Es precisamente en el contexto de una burguesía triunfante como clase, cuando surge la teoría de la violencia revolucionaria. No entendida como violencia que el pueblo debe ejercer en la lucha por derrocar al tirano, sino como violencia, que por sí misma e inmediatamente, será capaz de generar el progreso político, un orden jurídico nuevo y, a la postre, la libertad. Continuadores fieles de esta línea son los grupos anarquistas rusos de mediados del siglo XIX. En un célebre manifiesto difundido por el Comité

Central de la Revolución en San Petersburgo en abril de 1862 se convoca «la última guerra santa contra el viejo orden de Europa».<sup>4</sup>

Este ejercicio de la violencia, jacobinista en suma, ha sido heredado por grupos marginales de izquierdas que, en definitiva, han sustituido banderas, pero no los contenidos burgueses heredados. Es así como este tipo de violencia encuentra sus adherentes en el seno de las clases medias o de pequeños propietarios rurales. Es característico el corte radical entre los medios empleados y los fines perseguidos. Una vez más se impone el «realismo político». Realismo político fundamentado en un exasperante pragmatismo alejado de la realidad social. La violencia es el único *método* de lucha, la única vía de acceso al poder. La reducción de la realidad, al racionalizarla, determina una concepción compulsiva de los principios revolucionarios de inspiración marxista. La consecuencia final de esta tendencia ideológica es el idealismo revolucionario expresado en conductas nihilistas y antisociales.

Repetidamente se ha acusado, desde posiciones conservadoras, al comunismo, incluso al marxismo, de ser los movimientos políticos que han institucionalizado el uso de la violencia.<sup>5</sup> Esta valoración requiere algunas precisiones.

En el Manifiesto Comunista (1848), MARX habla del uso de la violencia para derrocar «todo orden social existente... (como)... el único medio para abreviar la agonía homicida de la vieja sociedad y el parto sangriento de la nueva». Afirmación que dio lugar a múltiples interpretaciones, algunas de ellas perniciosas para el propio desarrollo del movimiento obrero internacional. Es así como MARX y ENGELS se encargan, posteriormente, de aclarar el concepto despojándolo de todos los elementos que pudiesen fundamentar una interpretación jacobinista del mismo.<sup>6</sup> Y ello se lleva a efecto reinter-

4. BARBERO SANTOS (1971, 156). El texto del manifiesto puede consultarse en ENZENSBERGER: *Política y Delito*, Seix Barral, Barcelona, 1968, 232 y ss.

5. Entre otros, véase LAQUEUR (1980, 102 a 110); HORACIO DOMÍNGUEZ (1983, 24, 44 y 45).

6. Consúltese, por ejemplo, la correspondencia mantenida entre MARX y ENGELS sobre la Comuna de París en 1871; al propio MARX en

pretándolo desde los puntos de vista de la clase obrera (CALAMANDREI, 1982, 49).

En efecto, en el marco de la reflexión marxista, tomada en todo su conjunto, lo que se procura, al intentar dar una lectura de la historia en la clave de la lucha de clases (destacando las razones económicas subyacentes), es una interpretación científica de la historia. Se admite como dato dado la existencia de la violencia, de su ejercicio como instrumento de control por parte de los que detentan el poder y los privilegios económicos. Es precisamente la revolución proletaria la que aspira a abolirla, junto con la explotación de clases.

Los clásicos marxistas son explícitos al hablar de los métodos a emplear en la lucha política. En el *Anti-Dürhing* (1877), ENGELS opone a la exigencia racional de hacer madurar las condiciones objetivas, económicas y políticas, para el avance de la clase obrera, el *voluntarismo* de los académicos, como DÜHRING y demás radicales, que dentro del movimiento socialista «siguen atribuyendo a la fuerza la génesis o la palingénesis de todos los procesos políticos» (ENGELS, 1969).

Estas posiciones fueron repetidamente defendidas por MARX y ENGELS frente a los anarquistas, en particular frente a BAKUNIN, reacios a comprender el papel esencial que juegan los trabajadores en el terreno de la democracia política para llevarla a sus últimas consecuencias.

El propio LENIN, en la obra *El infantilismo de la izquierda*, combate una vuelta al ideologismo jacobino representado por BUJARIN en 1918 al publicar su *Programa Bolchevique*. No obstante, LENIN no trató de forma sistemática el tema de la violencia, y los métodos a seguir para la toma del poder.<sup>7</sup> Temas que, por el contrario, el propio MARX analizó con gran atención. Esta carencia coadyuvó, a su muerte, el que reapareciese en la praxis soviética el error denunciado por ENGELS en el *Anti-Dühring* la ilusión de poder cortar las ligaduras eco-

---

*La Guerra Civil en Francia*; la obra de KAUTSKY, *Terrorismo y comunismo* (1919).

7. Investigando las raíces teóricas del terrorismo de izquierda en Italia, MARCONI (*Terrorismo e stato della crisi*. La Questione Criminale, 1979, n.º 1, 130) señala que es más fácil encontrar sus rastros en la línea anarquista que en la leninista.

nómicas con el ejercicio del poder político. Como dice CALAMANDREI, el jacobinismo de las tesis stalinistas radica en la creencia de que, cuanto más avanza la revolución, más contraataca el enemigo, y por tanto más debe hacerse pesar el poder y la fuerza revolucionaria (CALAMANDREI, 1982, 51 y ss.).

B) En contraposición a una violencia revolucionaria se encuentra otra de índole conservadora y reaccionaria. El fascismo supone un claro modelo de la misma. En la actualidad, se puede decir que el terrorismo de este signo aparece, en su fundamentación ideológica, ligado a movimientos antidemocráticos sucesores de los respectivos fascismos. Por ejemplo, en la R.F.A. la ideología que anima el programa político del Partido Nacionalista Alemán y Democrático (NPD), de extrema derecha, podría sintetizarse en los siguientes puntos: chovinismo nacionalista, que incluye el rechazo a toda crítica acerca de la responsabilidad de Alemania en la Segunda Guerra Mundial; estatismo; determinismo biológico y, por tanto, racismo; partidarios de un modelo de Estado mezcla de corporativismo y democracia plebiscitaria; y pesimismo cultural (MERKL, 1986, 237 y ss.).

La característica dominante de estas formaciones sociales violentas de extrema derecha, es la de aparecer ligadas a grupos políticos y económicos relacionados con el crimen organizado y, en ocasiones, con sectores del aparato de seguridad del Estado, en especial con los aparatos de inteligencia e información. Ejemplos de lo dicho son tan abundantes y conocidos por la opinión pública dentro y fuera de nuestras fronteras, que no merece la pena el hacer referencia a ellos.

Es interesante la idea recogida por ARROYO ZAPATERO (1985, 159 y 1760) acerca de la estrategia utilizada por estos grupos. A partir de la experiencia italiana<sup>8</sup> se podría concluir que el objetivo estratégico perseguido es la desestabilización del sistema democrático. Función que cumple, a su vez, el terrorismo de izquierda. Sin embargo, cuando la actividad de estos últimos decae y deja de redundar en provecho político para la derecha radical, los grupos extremistas de derechas vuelven a entrar en acción. Este carácter «dependiente o funcional» respecto de su antagonico es también constatable en la R.F.A. (ARROYO ZAPATERO, 1985, 160).

8. PISAPIA (1979, 294). Consúltese PADOVANI (1983).

Ambos terrorismos, el de «izquierdas» y el de «derechas», poseen dos características comunes: el empleo de similares métodos violentos de lucha, y la misma desconfianza frente a los principios y ordenamiento democrático.

En ambos casos la formación de un consenso que favorezca a sus reivindicaciones queda limitado por su voluntaria ausencia de los ámbitos institucionales, en donde se elabora la formación de la decisión política. Es por ello que su cometido se circunscribe al cumplimiento de una especie de función catártica en la sociedad. Pienso que es en este punto donde se diferencian uno y otro tipo de terrorismo. El de izquierdas cree utópicamente que con la destrucción del aborrecido sistema político beneficiará a las masas explotadas de las que ellos, sin pedir a nadie su opinión, se constituyen en libertadores. Sin embargo, el de derechas invierte el orden: sus enemigos son esas masas explotadas y organizadas que han logrado conquistar nuevos espacios democráticos para su causa; y sus amigos, usualmente sus sustentadores, son las minorías privilegiadas, que ven su propia supervivencia amenazada.

2. Merece la pena hacer algunas consideraciones acerca de la violencia política ejercida por Estados como los que integran Europa occidental, regidos por principios que se corresponden con los de un Estado de Derecho. Formalmente parece contradictorio que exista tal posibilidad. No obstante, la actuación de ciertos sectores del gobierno, y determinadas respuestas institucionales, pueden, como se ha visto, ser calificadas de violaciones de los derechos humanos más elementales (por ejemplo el empleo de la tortura), además de autoritarias. Y las tendencias autoritarias en el marco de un Estado de Derecho constituyen una manifestación ilegítima de violencia política.

Internamente se puede seguir hablando de la vigencia de los principios democráticos, y en este sentido el autoritarismo de los países que integran el área del capitalismo central es distinta a la de los países pertenecientes al capitalismo periférico. En efecto, las tendencias autoritarias en el capitalismo avanzado deben entenderse como producto de las «contratendencias políticas» (GARCÍA MÉNDEZ, 1983, 136) empleadas para la resolución de la crisis. En cambio, en el



área del capitalismo periférico resulta imposible establecer tal mediación. Las propias contratendencias políticas son una expresión desnuda de autoritarismo. Asimismo, la formulación teórica destinada a «legitimar» esos dos tipos de autoritarismo son diferentes: en el capitalismo central se realiza a través de las teorías de LUHMANN, y en el capitalismo periférico por la Doctrina de la Seguridad Nacional.<sup>9</sup>

Otra forma de violencia ilegítima son las desiguales e injustas relaciones económicas existentes entre los países del capitalismo central y periférico. Las consecuencias de esta «división internacional del trabajo (consistente) en que unos países se especializan en ganar y otros países se especializan en perder» (GALEANO, 1971, 13), aboca irremediablemente a los países del «hemisferio norte» a prácticas violatorias de las más elementales normas de Derecho Internacional. En este contexto la rebelión de los oprimidos aparece como una alternativa casi inevitable. JOSUÉ DE CASTRO declaraba al respecto: «Yo, que he recibido un premio internacional de la paz, pienso que, infelizmente, no hay otra solución que la violencia para América Latina».<sup>10</sup> Aún está por ver que la realidad le contradiga.

En todo caso, aunque es previsible que el Estado social de Derecho esté destinado a decaer, ello no implica que la defensa del Estado de Derecho, de las garantías y de la representatividad real, dejen de ser objeto de permanente reivindicación. Es por eso que el fenómeno terrorista, tanto de «derechas» como de «izquierdas», en la medida que desencadenan procesos de autoritarismo en las democracias occidentales, son contrarios a los intereses populares. «El signo de la violencia en Europa occidental, sea cual fuere éste, no puede ser más que reaccionario» (CALAMANDREI, 1982, 55).

9. Desde un punto de vista ideológico, las teorías de LUHMANN y la Doctrina de la Seguridad Nacional tienen como elemento común la finalidad de la conservación del sistema. Como dice E. GARCÍA MÉNDEZ: «Dicho acercamiento podría inducir a un refinamiento del control social en el cono sur y a una práctica más abierta de la represión en el capitalismo avanzado» (cit., 139).

10. (GALEANO, 1971, 17). Asimismo, Monseñor ÓSCAR ROMERO, antes de ser asesinado, declaraba refiriéndose a la situación de El Salvador: «Contra la violencia originaria de la injusticia y la represión institucionalizada existe una violencia de legítima defensa».

#### 4.2.2.2. Por su origen

En razón al origen de la violencia se ha distinguido entre violencia social y violencia política. FERRAJOLI ofrece una precisa definición de violencia política: «La violencia es política... en cuanto se elige, prescribe o exalta como forma específica y necesaria de la acción revolucionaria, en cuyo modelo ideológico está prevista como un elemento normativo: como deber de la violencia» (1981, 66 y ss.). En otras palabras, los elementos que caracterizan a la misma serían:

a) que contenga elementos ideológicos y, a su vez, una intención estratégica;

b) que se refiere a un tema político, determinada por una «ley histórica»;

c) que pertenezca al mundo de los valores explicable políticamente.

La violencia sería social si faltasen la intencionalidad estratégica y el elemento ideológico-normativo propios de la política.

Tema de discusión es si el terrorismo es una forma de violencia política, social o puede proceder de ambas. Es importante esta delimitación prejurídica del terrorismo, ya que las consideraciones hechas nos permitirán definir una figura específica en el ámbito del Derecho Penal. Creo acertado el punto de vista recogido por LAMARCA y BONANTE, al decir: «Creo que sólo se debe hablar de terrorismo cuando un conjunto de acciones violentas diferentes se pueden imputar a un mismo sujeto —la organización política—, que es quien dota de unidad y continuidad al plan o diseño político y de coherencia al modo de conseguirlo».<sup>11</sup> Añadiría, violencia política ejercida en el marco de un Estado de Derecho.

Esta distinción permite no incluir dentro de la categoría de actividades terroristas a la violencia social de carácter espontáneo o individual. O bien, la que no está encaminada,

11. LAMARCA (1985, 90); BONANTE y otros: *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, F. Angeli, Milano, 1979.

con grave riesgo, a conmovir las bases democráticas del Estado. En otras palabras, sólo la violencia política organizada, sistemática y planificada tendente a romper el monopolio que el Estado de Derecho tiene en el uso de la coacción, deviene terrorismo.

Recapitulando lo dicho acerca de la violencia política, creo necesario destacar las siguientes ideas: la violencia política se nos presenta como un dato históricamente dado. No obstante, cuando la sociedad tiende a organizarse democráticamente, la violencia política se canaliza a través de determinados cauces institucionales y representativos de los distintos intereses en conflicto, posibilitando así un desarrollo pacífico de la sociedad. Es, por lo tanto, a partir de este contexto que debe encararse la legitimidad en el ejercicio de la violencia política. Los medios empleados y el régimen político vigente serán, en definitiva, los que permitan efectuar la valoración.

Existen múltiples posibilidades de clasificar los distintos tipos de violencia política, en atención a su origen, a su contenido ideológico, al sujeto activo que la ejerce, etc. De los tipos examinados me interesa recalcar que, por claras implicaciones ideológicas, se ha difundido que han sido los movimientos políticos de inspiración marxista los que ha institucionalizado el uso de la violencia e incluso del terrorismo de izquierdas. Opinión contraria a los postulados clásicos marxistas que precisamente abogan por la construcción de una sociedad política y económicamente democrática.

En síntesis, se ha intentado, a partir de las reflexiones realizadas en torno a la violencia política, formular una delimitación prejurídica del terrorismo. En efecto, admitiendo que el terrorismo es una forma de violencia política, los elementos que la caracterizan son los que consisten en una actividad organizada, sistemática y dirigida a destruir las bases institucionales propias de un Estado de Derecho.

### **4.3. El delito político**

El carácter particularmente conflictivo del delito político nos lleva a hacer algunas consideraciones previas.

Quizás más que en cualquier otra clase de delito, salvo y por las mismas razones el de terrorismo, queda patente el carácter relativo y discrecional que los distintos ordenamientos jurídicos tienen respecto de la noción del delito político. La valoración de un hecho como delito político requiere, a su vez, una decisión política. Es pertinente, por tanto, el no perder de vista el carácter marcadamente histórico que envuelve a esta figura delictiva.

GARCÍA VALDÉS (1984, 295) distingue tres fases históricas en la evolución del delito:

a) La que se extiende hasta 1786, coincidente con un modelo absolutista de Estado, en la que el delito político se identifica con el crimen de *lesa magestad*. La autoridad del soberano se considera legitimada por la voluntad divina, de esta forma, en última instancia, emanaban de aquél las bases sobre las que se asentaban la moral, la justicia y el derecho. No es por lo tanto extraño que el delito político fuera castigado, si cabe, con más dureza que el ordinario.

b) Con el advenimiento de las corrientes liberales a impulsos del triunfo de la Revolución francesa, el delincuente político queda asimilado a la figura romántica del héroe que lucha por la libertad del pueblo. Las penas se dulcifican y en los primeros tratados de extradición se consideran este tipo de delitos como no estraditables.

c) Después de la Primera Guerra Mundial la seguridad interior del Estado pasa a constituir el contenido del bien jurídico protegido de la delincuencia política. Aquí nos encontramos con el Estado moderno, ya sea en su forma corporativa o asistencial. Sin embargo, surgen en esta fase dos enfoques en el tratamiento del delito diametralmente opuestos. Enfoques que quedan reflejados en las políticas criminales seguidas por los Estados en el ámbito del ordenamiento interno y externo.

En efecto, los países que gozan de un régimen político, propio de un Estado de Derecho, no es factible admitir en el orden interno la existencia del delito político, incluso en su modalidad pura, ya que el ejercicio de la actividad política es lícita. No así en los ordenamientos externos, en donde se

admite su existencia, respecto a los cometidos bajo regímenes autoritarios, lo que implica la no concesión de la extradición para este delito. Por otra parte, en los Convenios Internacionales es práctica usual pactar en forma indirecta el contenido del delito político, mediante la elaboración de un catálogo de acciones que se tipifican como delitos de terrorismo y por lo tanto sujetos a extradición.

En los regímenes totalitarios en el ámbito interno se produce una criminalización de toda la actividad política que no se integra en los estrechos cauces oficiales. Actitud que puede no siempre reflejarse en el orden externo, pues en este contexto no existen grandes obstáculos para hacer grandes declaraciones de liberalismo respecto al delincuente político.

Por último, otro aspecto a señalar es la progresiva reducción en el contenido del delito político reflejado en los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por países democráticos, coincidente con una paralela ampliación de los supuestos terroristas. Esta tendencia, ciertamente, responde a un notable incremento en los últimos años del terrorismo internacional. Sin embargo, la paulatina desaparición de escena del delito político en un período de graves conflictos sociales en las áreas del capitalismo periférico suscitan una duda: si los intereses hegemónicos del capitalismo central encuentran sus más firmes apoyos en los gobiernos *de facto* de los países dependientes y, si los «delincuentes políticos» en estos países son los que se oponen con las armas a ese estado de cosas. ¿No se estarán manejando consideraciones que tienen que ver más con la defensa de los intereses particulares de algunos Estados que con la defensa de los intereses de la comunidad internacional?

Hechas estas consideraciones, a los efectos de lograr una mayor claridad expositiva conviene distinguir dos planos en el tratamiento del delito político: el doctrinal y su regulación en la legislación comparada.<sup>12</sup> En lo que sigue me referiré a estos temas.

12. Sobre este tema, consúltese: GARCÍA VALDÉS (1979); JIMÉNEZ DE ASÚA (1965, 184 y ss.); CEREZO MIR (1981, 273 y ss.); ONECA (1949, 147); QUINTANO RIPOLLÉS (1975, 270).

Relacionando el delito político y el delito por terrorismo, véase: ÁLVAREZ/COBOS (1983, 161 y ss.); LAMARCA PÉREZ (1985, 47 y ss.). 1982, 375 y 376.

#### 4.3.1. Aspectos doctrinales

La noción del delito político surge en el período histórico liberal y responde a la necesidad de dar un tratamiento más benigno a los «delincuentes» políticos que lucharon contra el Estado absolutista. Los oponentes, que se beneficiaron con este tratamiento penal dulcificado, eran los integrantes de la clase burguesa en ascenso. Este enfoque histórico, como ya dije, no debe perderse de vista a la hora de estudiar las distintas teorías que se han elaborado en torno a la definición de delito político.

El tema de fondo radica en contestar la siguiente pregunta: «¿Qué criterio debe usarse para diferenciar el delito político del delito común? Tres han sido las respuestas tradicionales a esta interrogante: teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Las primeras tienen en cuenta, principalmente, la naturaleza del derecho violado; las segundas, centran su atención en los móviles que llevan al sujeto activo a cometer el delito; y las terceras, como fusión de las dos anteriores, atienden tanto al interés jurídico lesionado o expuesto a un peligro como a la finalidad perseguida por la acción.

##### A) Teoría objetiva.

Esta teoría centra su análisis en el bien jurídico protegido. Como dice JIMÉNEZ DE ASÚA: «Quienes parten de fórmulas objetivas, dicen que el delito político sólo puede determinarse atendiendo al derecho que se viola; o mejor dicho, al bien o interés jurídico lesionado o expuesto a peligro» (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1965, 166). Más comprensiva es la definición aportada por FIORE: «(Son delitos políticos) los que turban el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, de la distribución de poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social y los derechos y deberes que de él se derivan».<sup>13</sup>

Así pues, si la agresión va dirigida contra la seguridad

13. FIORE: *Traité de Droit Penal*, t. II, 4.ª ed. Guillaumin, París, 1982, 375 y 376. Cita de LAMARCA (1985, 71).

del Estado, se tratará de un delito político. Pero, si por el contrario atenta contra la integridad personal o la propiedad, el delito será común. Es decir, no se considera delito político a ninguno en el que convivan al lado de elementos políticos, caracteres de un crimen o delito ordinario.

En nuestro país, esta teoría es seguida por ANTÓN ONECA, que lo define como: «Aquellos actos dirigidos contra la organización política del Estado o los derechos políticos de los ciudadanos» (1949, 147). Cabe también citar entre sus seguidores a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (1981, 59 y 60).

La mayor dificultad que presenta esta teoría, se refiere al tratamiento que debe ser dispensado a las figuras mixtas y complejas del delito político. Figuras que constituyen los casos más frecuentes, ya que el delito político puro es casi inexistente.

### B) *Teoría subjetiva.*

Como reacción al enfoque demasiado restrictivo de la teoría objetiva, esta nueva corriente doctrinal enfatiza en la necesidad de sopesar los motivos y los fines buscados por el autor, al que esta teoría impregnada de liberalismo le atribuye móviles altruistas. Uno de sus más entusiasmas defensores ha sido FERRI, que distingue entre «delincuencia atávica» (común) y «delincuencia evolutiva» (política).<sup>14</sup> Definiéndola como aquellos delitos cometidos exclusivamente por móviles políticos, o de interés colectivo, distintos de aquellos que sólo buscan ventajas egoístas y personales.

Un destacado representante de esta escuela, en España, es: JIMÉNEZ DE ASÚA. Influidor por la tesis de FERRI, sostiene que este delito «se perpetra por motivos altruistas con ánimo de apresurar, de un modo más o menos utópico, el progreso político y social» (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1965, 214).

En general, las teorías subjetivistas adolecen de gran debilidad a la hora de establecer con certeza los móviles determinantes de la acción. Al considerar que lo esencial en la valoración de la conducta es el elemento internacional, se

14. FERRI: *Sociología Criminal*, t. I, Góngora, Madrid, 1907, 125. Cita de JIMÉNEZ DE ASÚA (1965, 194).

corre el riesgo de dejar de lado un principio básico como es el de la «objetividad jurídica».

### C) *Teoría mixta.*

Esta teoría toma como base los elementos determinantes de las dos anteriores: el elemento objetivo constituido por el bien jurídico lesionado, y el elemento subjetivo que atiende al fin perseguido por el delincuente.

CEREZO MIR, entre otros autores españoles, se sitúa en esta corriente, al definir al delito político como: «Aquellos que atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan además con un fin político», quedan por tanto excluidos de esta calificación «los delitos contra la organización política o constitucional del Estado realizados con móviles o fines no políticos... y los delitos comunes con un móvil o fin político» (CEREZO MIR, 1981, 273).

Las ventajas que ofrece este punto de vista ecléctico son evidentes en cuanto proporcionan una mayor flexibilidad y adecuación a la realidad. No obstante, el carácter «evanescente» de este tipo de delito, cuyo contenido queda condicionado a cada legislador de turno, hace que sea infructuosa la tarea de lograr un concepto unívoco del mismo e internacionalmente reconocido.

Quizás la base doctrinal más firme sea la de elaborar un concepto del delito político sobre los presupuestos del Estado democrático. Es cierto que así la dificultad se retrotrae a la valoración democrática del Estado agredido. Pero suponiendo que se pudiera obtener una respuesta objetiva a este interrogante, la «defensa de los valores sociales» (RUSCHE y KIRCH HEIMER, 1984, XI), justifica la afirmación de que los atentados contra un Estado social y democrático, fuesen cuales fuesen los elementos que en él intervienen, estarían excluidos de la calificación de delitos políticos.

#### 4.3.2. *Clases de delito político*

Es frecuente que los delitos políticos no sólo lesionen bienes jurídicos cuyo contenido sea de estricto orden polí-



tico, sino que además ataquen otros bienes de naturaleza común. De acuerdo con este criterio ha venido siendo usual clasificar los delitos políticos, desde la perspectiva material de su contenido, en tres categorías: puros, complejos y conexos. Esta clasificación nos resulta particularmente interesante en atención a las vinculaciones que pueden darse entre los delitos políticos complejos y conexos y los delitos de terrorismo. Desde otro punto de vista es necesario hacer notar que esta nomenclatura ha sido manejada en los tratados y acuerdos internacionales en materia de extradición, reservándose, en general, la noción de delito sólo a los políticos puros.

Por delito político puro se entiende «los que se dirigen contra la forma y organización política del Estado»; por delito político complejo, «aquellos que lesionan a la par el orden político y el interés privado», en tanto que los delitos de derecho común cometidos «en el curso de un delito político, teniendo relación con este acontecimiento», se definirían como delitos políticos conexos (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1965, 988, t. II, y 205, t. III).

Tanto la doctrina como la legislación comparada convienen en que el delito político puro debe beneficiarse de un tratamiento penal privilegiado. En la práctica ese tipo de delito es casi inexistente. En los países donde rige un Estado de Derecho el delito político puro, en sentido objetivo, no existe. En la medida que se permite el disenso político y su representación efectiva, todo tipo de violencia política carece de legitimidad.

Son los delitos complejos y conexos los más frecuentes y los que ofrecen mayores dificultades a la hora de su valoración. Salvo algunos casos excepcionales, la generalidad de los Tratados de Extradición, niegan el carácter de delito político a las infracciones complejas por su carácter pluriofensivo, atacan a la vez el orden político y el interés privado. Al delito político conexo, incluso los partidarios de las teorías subjetivas le privan del carácter de delito político.

La razón de esta tendencia restrictiva en el contenido del delito político es, como ya habíamos apuntado, el notable incremento de las actividades terroristas. Si la mayoría de los tratados internacionales no admiten la extradición para los delitos políticos y, a su vez, el terrorismo contiene una

innegable motivación política, los Estados se han visto en la necesidad de distinguir el contenido de uno y otro delito. Esto se ha efectuado considerando la naturaleza de los bienes jurídicos lesionados. Uno de los precedentes más claros estuvo en la Ley Belga de Extradición de 1856, que introduce una cláusula por la que no se considera delito político el atentado perpetrado contra la persona del Jefe de Estado extranjero o miembro de su familia. Esta política legislativa es pertinente siempre que los Estados que suscriben el tratado sean democráticos. El problema se complica, y valgan las consideraciones hechas más arriba, cuando el delito político complejo e incluso conexo ha sido cometido contra un Estado con un sistema político totalitario.

Respecto al problema de la motivación política en las actividades terroristas, está claro que en un Estado de Derecho no constituyen un elemento suficiente para tipificarlas como delincuencia política, como dice LAMARCA: «Se podría afirmar sin violencia conceptual que el terrorismo designa conductas de finalidad política y que, sin embargo, no es un delito político» (1985, 75). De todas formas, la inclusión en la definición de terrorismo de la finalidad política puede provocar confusiones y dificultar la extradición de este tipo de delincuentes. En los países integrantes del Consejo de Europa se han seguido varias vías de solución a los efectos de lograr una clara distinción entre la categoría de delito político y la motivación política como elemento del tipo penal.

En el Derecho interno, algunos ordenamientos jurídicos han optado por considerar al terrorismo como un delito autónomo; es decir, con tipicidad propia sujeta a una legislación especial; otros han recurrido a la ficción jurídica de desconocer su finalidad política y, por tanto, asimilarlos a los de naturaleza común.

En el Derecho externo, como ya se dijo, se ha ido limitando el alcance del contenido del delito político, incorporando en los Convenios y Tratados Internacionales un catálogo de acciones: atentados con explosivos, secuestro de aeronaves o de personal diplomático, etc., que se definen como terroristas.

Una última consideración en relación con el delito político y el de terrorismo es que sería muy deseable lograr una unificación de las distintas posturas que los Estados sostie-

nen acerca del contenido del delito político. Así se podría eludir la ficción de desconocer la intencionalidad política del delito de terrorismo, a efectos de incluirlo en el catálogo de delitos comunes no extraditables.

### 4.3.3. *Tratamiento legislativo comparado*

#### 4.3.3.1. En las legislaciones internas

No va a ser posible encontrar en las legislaciones internas un concepto claro del delito político. En efecto, en los Estados constitucionales donde se reconocen los derechos y libertades del individuo, y se establecen los cauces adecuados para modificar la propia Constitución, no hay lugar para el reconocimiento del delito político. Es decir, al reconocimiento de conductas que pretendan cambiar o conseguir nuevas libertades fuera de las vías legales reconocidas.

Lo dicho no quita el que existan intentos de recoger en los textos legales, si no una definición, al menos la constancia y tratamiento jurídico del delito político,<sup>15</sup> y ello a los efectos de marcar una clara política jurídica en el ámbito del Derecho externo. En otros términos, fijar el contenido del delito político cara al problema de la extradición.

La realidad es que se ha venido asistiendo, fuera de algún caso particular, a un proceso por el que se reducen cada vez más los supuestos comprendidos en el concepto de este delito. Las conductas delictivas realizadas con fines políticos, pero que incluyen agresiones a bienes jurídicos penalmente

15. A modo de ejemplo, podemos citar:

a) Art. 13 del Proyecto de Código Penal italiano de 1921 en el que se estipula que son delitos político-sociales: «Los cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo».

b) En Alemania, el Proyecto de Código Penal de Radbruch y, con posterioridad, el Código de 1925, introduce el llamado «delito por convicción», similar al político y que, como el art. 13 del Proyecto de Código Penal italiano, se inspiran en las teorías subjetivas.

c) Art. 8 del Código Penal italiano de 1930 (Código Rocco, de orientación fascista), que establece en su párrafo segundo: «A efectos de la ley penal, es delito político todo aquel que ofende un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano. Se considera, además, delito político al delito común determinado en todo o en parte por motivos políticos».

protegidos, han comenzado a ser consideradas simplemente como terroristas.

Este proceso restrictivo se hace más inteligible si no olvidamos que, en último término, su concepto es «teleológico, elaborado en función de un fin, que no es otro que el de excluir de la extradición a los delincuentes políticos» (CEREZO MIR, 1981, 273). Cara a la extradición, la configuración de un hecho como político o común depende, en definitiva, de la decisión de los gobiernos.

Las primeras limitaciones a la noción de delito político se iniciaron por parte de los derechos positivos con relación al magnicidio. La Ley Belga de Extradición (22-III-1856) incluyó la llamada «cláusula de atentado» perpetrado contra la persona del Jefe de Estado extranjero o miembros de su familia, cuando el mismo revistiera la forma de homicidio, asesinato o envenenamiento. Cláusula que fue ampliada a las personas de los ministros y otros altos funcionarios de Estado.<sup>16</sup>

Una actitud más liberal fue la adoptada por la Ley de Extradición francesa de 10 de marzo de 1927. En su art. 5.2, dice que no procede la extradición: «Cuando el crimen o delito tengan un carácter político o cuando resulte de las circunstancias, que la extradición se solicitó con un fin político». Cláusula que puede considerarse como un antecedente del art. 5 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977.<sup>17</sup>

El art. 10 de la Ley Federal de Extradición suiza (1892) aporta, sobre este tema, una solución original con la «teoría

16. Otros ejemplos legislativos. Ley finlandesa de 11 de febrero de 1922, modificada en 1960, autoriza la extradición cuando se trate de actos crueles o perversos, asesinatos y tentativa; Ley alemana de 23 de diciembre de 1929; la holandesa de 6 de abril de 1875; y la sueca de 4 de junio de 1913.

17. El art. 5 del Convenio establece: «Ninguna disposición del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de que implique una obligación de llevar a cabo la extradición si el Estado referido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito mencionado en el art. 1.º o 2.º sea presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones».

de la preponderancia». Por ella se admite la extradición, aunque «el culpable alegue un motivo o finalidad política, si el hecho por el que es demandado constituye principalmente un delito común». A su vez, el Tribunal Federal suizo<sup>18</sup> estableció los criterios para evaluar el predominio del carácter político o común en el delito cometido. Se admite el carácter político del delito cuando se ejecute contra la organización política del Estado y su autor o autores integren un «partido político organizado»; no obstante, a pesar de los móviles políticos, será considerado como delito común en razón de la atrocidad de los medios empleados.

En la Constitución española, art. 13.3, se sigue el criterio de reconocer la existencia del delito político. En efecto, el citado artículo dice: «La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

La Ley española de Extradición 4/1985, aporta algunas novedades en este punto. Establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el tribunal en base al principio de reciprocidad, soberanía, orden público y demás intereses españoles. Con esta salvedad se sigue el sistema de las legislaciones francesa e italiana en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria (arts. 1.6 y 18.3) (COBOS y CUERDA, 1979a, 188 y ss.). Otra novedad es la de suprimir la autorización, que contempla la anterior ley, al Gobierno para «convenir la reciprocidad en materia de extradición», por estimarse que esta disposición vulneraba lo dispuesto en el art. 94 de la Constitución (que para los supuestos del apartado c/ requiere, previa autorización de las Cortes Generales). Lo que no excluye la aplicación del art. 1.º, autorizado por el art. 13.3 de la Constitución.

En la Ley española reguladora del Derecho de Asilo 5/1984, en el art. 3.1 se admite como causa que justifica la solicitud de asilo: «Quienes sufran persecución, estén sometidos a enjuiciamiento o hayan sido condenados por delitos

18. Sentencia de 13 de julio de 1908 sobre el caso «Wassilief».

de carácter político o por hechos conexos». En el párrafo segundo del citado artículo, admite la posibilidad de solicitar asilo a los extranjeros que sufran persecución, o hayan sido condenados (o enjuiciados) en el país de su nacionalidad, siempre que: «Se deba a un delito que se hubiera cometido con la finalidad de lograr el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales protegidos en el ordenamiento español, o luchar contra los sistemas no democráticos de convivencia». Normativa muy progresista y liberal que parece seguir las teorías subjetivas en la definición del delito político.

En definitiva, en el orden interno la legislación española no reconoce la existencia del delito político por entender que en un Estado de Derecho, como es el caso, todas las minorías disfrutan de la libertad suficiente para expresar sus discrepancias y defender sus intereses. Por lo que, quienes se sitúan al margen de la Constitución y hacen uso de la violencia, deberán soportar la reacción del Estado, pero por razón de los medios utilizados, con independencia de la finalidad política, que en sí misma es legítima. Respecto al orden externo, como dijimos, el art. 13 de la Constitución excluye de la extradición los delitos políticos. En cuanto a su contenido, fijado en leyes de reciente promulgación, se adopta un criterio muy progresista al incluir como delitos políticos a los conexos, siempre que, se precisa, se hayan cometido «contra los sistemas no democráticos de convivencia».

#### 4.3.3.2. En los convenios internacionales

Los convenios, las conferencias internacionales son situaciones propicias para que los representantes de los distintos gobiernos hagan grandes declaraciones de principios en torno al delito político. No hay obstáculos que impidan la defensa apasionada de la democracia más allá de sus fronteras ante los «otros», los que no son demócratas (ÁLVAREZ y COBOS, 1983, 163). Los logros obtenidos, sin embargo, son escasos. En materia de delitos políticos no se ha conseguido una unificación normativa, quizás sólo formal, y ello debido a que los presupuestos políticos de los Estados participantes son divergentes (BERDUGO, 1976, 475). Un ejemplo de lo

dicho lo tenemos en la VI Conferencia para la Unificación del Derecho Penal en Copenhague (1935).

En Copenhague chocaron dos posiciones doctrinales e ideológicas antagónicas, una de sesgo fascista, la italiana, y otra liberal representada por el resto de los participantes. Sobre estas bases se aprobó la siguiente definición del delito político:

«1. Son delitos políticos las infracciones dirigidas contra la administración o funcionamiento del Estado, así como las dirigidas contra los derechos que se derivan para el ciudadano.» Con lo que en este punto sigue las teorías objetivas.

«2. Se consideran políticos los delitos de derecho común... que se dirigen a favorecer la ejecución de un delito político o a permitir al autor del mismo sustraerse de la aplicación de la Ley.» Parecería que aquí se sigue la teoría mixta. No obstante, en el punto tercero se adopta la teoría subjetiva.

«3. Sin embargo, no se considerarán delitos políticos aquellos cuyo autor haya estado determinado por un móvil egoísta o vil.» Postulado que supone una limitación en el contenido del delito formulado en el párrafo primero.

Es evidente que esta solución era demasiado complicada y ecléctica. En la práctica deja en «manos de cada Estado la determinación de cuándo un delito es o no político» (BERDUGO, 1976, 325). La propuesta fue rechazada, en el seno del Congreso, por los miembros de la comisión encargada del tema de la extradición.

Esta unificación normativa formal, pero no material, del delito político es bastante palpable en el citado Convenio Europeo para la represión del Terrorismo. En el art. 5, como hemos visto, deniega la extradición por delito político.<sup>19</sup> Pero, este carácter pactado se rompe en el art. 2 al dejar al criterio del Estado contratante la consideración de si hay que esti-

19. En la misma línea se encuentran: el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, ratificado por España el 14 de julio de 1982 (art. 2.º); el Convenio Europeo de Extradición. París, 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982 (art. 3.1.).

marlo como tal, siempre que se trate de: «Cualquier acto grave de violencia no comprendido entre los anteriormente citados (los supuestos de terrorismo enumerados en el artículo 1.º)... y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas... cualquier acto grave contra los bienes... cuando dicho acto haya creado un peligro colectivo para las personas».

En resumen, a tenor de lo expuesto, el concepto de delito político en la legislación externa deja de ser estable para convertirse en materia de interpretación jurídica, según los criterios y el momento político que vive el Estado contratante.

#### 4.3.4. *Consideraciones finales*

Las notas que caracterizan el tratamiento jurídico que se ha dado al delito político, en los Estados europeos que gozan de un régimen democrático y representativo, podrían resumirse así:

— En un Estado de Derecho todo tipo de actividad política que se realice conforme a la Constitución es legítima. En consecuencia, la calificación del delito cometido nunca será política, aunque se reconozca tal motivación.

— En el ordenamiento externo, el delito político existe y es reconocido en los convenios internacionales, pero con las salvedades que se hicieron acerca de la existencia de los mismos en el marco de un Estado de Derecho. Más bien, su reconocimiento, hace referencia a los delitos políticos cometidos en regímenes políticos *de facto* o totalitarios.

— El proceso de restricción de los supuestos tipificables del delito político, culmina con la inclusión en el ámbito del terrorismo, de cualquier ataque efectuado contra las instituciones de un Estado democrático o contra los bienes jurídicamente protegidos.

— Por último, se deniega la extradición por delitos políticos, pero, a su vez, se articula un concepto flexible de los mismos, que permite variar su contenido de acuerdo con la coyuntura política interna de cada Estado.



#### 4.4. El concepto jurídico del terrorismo

El fenómeno terrorista comporta dos notas típicas: la complejidad y la sobreabundancia de información. Riqueza informativa que ha contribuido, en muy poco, al logro de una verdadera comprensión del terrorismo. Encarar su estudio supone al menos reflexionar en estas tres direcciones: la material, la social y la histórica (BARATTA, 1985, 15).

a) La dimensión material: en ella se trata de delimitar las distintas formas específicas con que se manifiesta la violencia terrorista.

b) La dimensión social: considerando al terrorismo como un fenómeno social. Dentro de este contexto examina su relación con los ámbitos político, económico y social. Asimismo, es aquí donde debe desarrollarse la cuestión de la reacción social e institucional del terrorismo.

c) La dimensión histórica: investiga sobre sus orígenes históricos y su evolución, circunscritos a un ámbito temporal y espacial concreto.

Un juicio global acerca de la literatura sobre el tema del terrorismo, hace pensar que la dirección más investigada ha sido la material, y la menos la social. En general, los autores anglosajones<sup>20</sup> son los que, con mayor atención, han centrado su esfuerzo en la descripción de las actividades terroristas. Aunque, con graves carencias a la hora de realizar un análisis interrelacionado de los factores sociales, políticos y económicos desencadenantes de las actividades terroristas. De forma indirecta, sin embargo, han sido los italianos<sup>21</sup> los que han proporcionado una valiosa herramienta de análisis en la dimensión social del estudio del fenómeno terrorista. Me refiero a la denominada Escuela de Criminología Crítica.<sup>22</sup> En

20. Entre otros: CLUTTERBRUCK, *Guerrillas and Terrorism*, Ohio Uni. Press, 1980; DOBSON, *The weapons of terror*, London, 1979; HOFFMAN, *Recent trends in Palestinian terrorism*, Santa Mónica, 1984; *Right-wing Terrorism in Europe*, Santa Mónica, 1982; JANKE, *Guerrilla and terrorist organizations: A world directory and bibliography*; etc.

21. Aunque no italianos, señalados representantes de esta corriente son: TAYLOR, WALTON, YOUNG, LEA.

22. Para un conocimiento preciso del contenido de esta corriente criminológica, consúltese, entre otros, BARATTA: *Criminología crítica y crítica del D.º Penal*, Siglo XXI, Madrid, 1986.

efecto, quizás la intención de elaborar «una teoría materialista (económico-política) de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos..., y trazar una política criminal de las clases actualmente subalternas» (BARATTA, 1982a, 209), constituyan la base heurística que permita obtener un real conocimiento del terrorismo. Es posible, también, que este conocimiento oriente la respuesta jurídica e institucional en una dirección más acorde con los valores democráticos.

Así pues, dentro de las diferentes corrientes criminológicas, he seguido la de la Criminología Crítica, por entender que es la más adecuada para tratar el fenómeno terrorista. Pienso que esta nueva alternativa supone una superación del enfoque etiológico de la criminología clásica, al relacionar el comportamiento desviado con las estructuras sociales. Enfoque, a su vez, que en última instancia avala la profunda relación dialéctica entre las estructuras y las superestructuras que integran una sociedad. De esta forma, encuentra toda su razón de ser el análisis inicial efectuado en torno del Estado social al vincularlo a una fase histórica específica del desarrollo de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción.

En lo que sigue, me he limitado a estudiar la dimensión social del fenómeno terrorista, y dentro de la misma, con exclusividad, la cuestión de la reacción institucional al mismo.

#### 4.4.1. *Terrorismo de Estado*

Como dije, el término *terrorismo* aparece en la historia con ocasión del gobierno del Comité de Salud Pública dirigido por ROBESPIERRE y SAINT-JUST (1791-1794), y referido siempre a un estado de terror institucional, no a una estrategia subversiva. Si esto es así, merece la pena desviar momentáneamente nuestra reflexión hacia esta modalidad terrorista.

Tanto el terrorismo de Estado como el subversivo proceden de la agresión de bienes jurídicos fundamentales. La diferencia radica en que en el primer caso el delincuente es el propio Estado, y en el segundo, un grupo organizado. Los fines perseguidos, a su vez, son diferentes. El Estado ejerce la violencia con el objeto de mantener en el poder los privi-

legiados intereses de una minoría social nacional o intermedia de intereses foráneos; el terrorismo subversivo busca el cambio violento de un régimen que se considera lesivo para sus intereses. En ambos casos, no obstante, existe un móvil político subyacente.

Es usual que, cuando se trata de terrorismo, tanto en la doctrina como en las legislaciones internas y en la mayor parte de la internacional, sólo se hace referencia a esta última modalidad. Sin embargo, el terrorismo de Estado es el más frecuente, el más destructivo de los valores sociales. MERTENS no duda en afirmar que, «en términos generales..., respecto del terrorismo, el más grave es el ejercido por los gobernantes» (1974, 48 y ss.). Posiblemente, la explicación de este ominoso olvido radique en el simple hecho de que los mismos que administran el poder, administran también la verdad.

El positivismo ha munido de argumentos a aquellos autores que no incluyen al terrorismo de Estado como una variedad más del fenómeno terrorista. En efecto, reconociendo que los Estados pueden fundarse en el terror para mantener el poder, sin embargo, si se considera que: «El Estado es la sociedad como detentadora de la violencia de la coacción regulada y disciplinada» (IHERING, 1961, 230), hablar de terrorismo de Estado, en el plano interno «constituye retórica jurídica, pues la eficacia y, por tanto, en último término, la validez del orden jurídico reposa en el propio poder del Estado» (LAMARCA, 1985, 35).

Desde un punto de vista estrictamente formal y restringido, sería admisible la anterior afirmación. Sin embargo, es conveniente hacer las siguientes precisiones: a) Parecería que las anteriores consideraciones se fundamentan en una concepción absolutizadora y abstracta del Estado. Pero, como dice WELZEL, «no existe ningún Estado en sí, sino sólo Estados concretos con una determinada Constitución y con determinadas circunstancias políticas»,<sup>23</sup> añadiendo que el olvidar este hecho, puede generar el peligro de que el Derecho sea

23. WELZEL: «Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung», 10 edit., Berlín, 1967, 458. Citado por GIMBERNAT, en: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídica?», en Estudios de Derecho Penal. Civitas 1976, 82 (nota n.º 54).

utilizado como una herramienta más para asegurar el dominio del régimen político existente.

b) Por otra parte, las dos principales fuentes de legitimación del Estado son la política y la legal, en este orden. Aquellos autores a los que nos referíamos sólo toman en cuenta la idoneidad de la legitimidad legal, suponiendo que la legitimidad política está dada. La dicotomía que implica tal interpretación lleva a una ciega aplicación del Derecho positivo. Son oportunas las reflexiones de GIMBERNAT acerca de la neutralidad de la dogmática penal, consideraciones aplicables, por extensión, al tema que nos ocupa, «(la dogmática) lo mismo interpreta leyes progresistas que reaccionarias. De ahí que pueda convertirse en algo sumamente peligroso si el penalista está dispuesto a interpretar, por así decir, todo lo que le echen..., al absolutizarse (la dogmática) de esa manera, al prescindir de todo lo que no sea la interpretación «correcta» de la Ley, puede convertirse en cómplice de los enemigos del progreso...» (GIMBERNAT, 1976, 81 y 82).

Como cualquier otro intelectual, el jurista ha de ocuparse, no de verdades parciales, sino sólo de la «verdad en su totalidad» (GIMBERNAT, 1976, 82). Consideración a tener muy en cuenta, sobre todo en este tema del terrorismo, para no quedar los juristas convertidos en simples instrumentos abocados a fabricar y aplicar leyes represivas.

Respecto de los Estados democráticos de Derecho, parece que no tiene sentido hablar de terrorismo de Estado, sin que ello signifique que existan posibilidades concretas e individualizadas de personas, que ocupando cargos de gobierno, cometan actos delictivos. No obstante, si bien se puede afirmar en el ámbito interno, resulta más difícil seguir sosteniéndolo en sus relaciones internacionales. Considérese el juicio que merecen algunas actuaciones, en el terreno internacional, llevadas a cabo por los EE.UU., Israel, Francia... Sin duda, éste es un tema, el del terrorismo de Estado, que merece por sí mismo un estudio minucioso, a sabiendas de las enormes dificultades, en especial de índole político, que comporta.

Frecuentemente se olvida que existen dos tipos de terrorismo, y que el más peligroso no es aquel que se muestra

con mayor espectacularidad, el no institucional, sino aquel que casi pasa desapercibido, el terrorismo de Estado. Terrorismo, y esto es importante tener en cuenta, que provoca frecuentemente una respuesta terrorista por parte de quien lo sufre. En este punto cabría preguntarse si, en ese caso, tal respuesta constituye delito. Mi opinión es que toda acción terrorista constituye una conducta penalmente reprochable. En efecto, cuando más arriba se habló de violencia política, se dijo que devenía en terrorista, cualquiera que fuera la forma que revistiese, si se ejercitaba contra un Estado de Derecho, o no siéndolo, si los medios empleados confieren al acto el desvalor de un delito contra la humanidad. El supuesto anterior, en cambio, sí legitima una respuesta política siempre que la misma, como decíamos, no utilice medios inútilmente crueles o ataque a objetivos inocentes, en cuyo caso se transformaría en terrorismo.

#### 4.4.2. *Aproximación conceptual*

El terrorismo es un concepto múltiple utilizado para definir realidades políticas, sociológicas o criminológicas de muy diversa entidad. Es posible que la dificultad en la definición jurídica del terrorismo proceda de su inevitable relación con el delito político y, como se ha visto, la valoración de un hecho concreto como delito político responda también a una decisión política y por lo tanto discrecional (BUENO ARÚS, 1984, 117). De todas formas, la calidad de los medios empleados en la comisión del delito, la cuantía de la alarma producida y el tipo de régimen político en el que los hechos tuvieron lugar, son elementos de juicio que permiten distinguir un delito político de uno terrorista. Como se ha visto, en la práctica internacional, se ha recurrido a la enumeración de conductas, que se consideran terroristas, obviando la dificultad de la definición jurídica de este tipo de delito.

Sin embargo, lograr una definición del delito de terrorismo es tarea primordial y ello por varias razones: en primer lugar, para «delimitar en sus exactos términos las conductas que son objeto de la tutela extraordinaria del Estado» (MESTRE DELGADO, 1987, 25). En segundo lugar, evitar que la legis-

lación excepcional antiterrorista pueda perseguir objetivos propios de una política criminal de orden público o seguridad ciudadano (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, 49 y ss.). En tercer lugar, a partir de una definición unívoca del delito de terrorismo, intentar la elaboración de un concepto, reconocido internacionalmente, del terrorismo institucional, sin duda, el más pernicioso.

Así pues, en esta línea de reflexión se examinará brevemente algunos intentos doctrinales y legislativos en relación a la definición del delito de terrorismo.

#### 4.4.2.1. En la doctrina

Usualmente el delito se define en relación con el bien jurídico lesionado y éste, en el caso del terrorismo, es múltiple. Ello ha determinado que los autores traten de definirlo teniendo en cuenta otros elementos, tales como los medios empleados, el resultado o la finalidad que impulsa a los autores de los hechos.

Los diccionarios de la lengua de diferentes países definen el «terrorismo» de una forma tautológica y genérica. Por ejemplo, el Diccionario de la Academia Francesa de la Lengua lo define en 1798 como «sistema o régimen de terror» (BUENO ARÚS, 1984, 115); el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, como «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror», y, por último, *The Advanced Learner's Dictionary of Current English* (Oxford U.P.) lo define como «el método de gobernar, o de oponerse a un gobierno, intentando producir miedo».

En la doctrina también se encuentran el mismo tipo de definiciones genéricas. SALDAÑA entiende por terrorismo «un método criminal que se caracteriza por la comisión de actos con un fin de provocar alarma (elemento subjetivo), mediante el empleo de métodos capaces de crear un estado de peligro común (elemento objetivo)» (1936, 26). Para SOTTILE, «el terrorismo designa un método criminal caracterizado por el terror y la violencia a fin de conseguir un objetivo determinado», acto terrorista será, por lo tanto, aquel que «es perpetrado mediante el terror, la violencia o una gran intimidación con vistas a la consecución de un fin determinado» (1938, 95 y 96). Definiciones más recientes como la de

THORTON, no escapan a lo anteriormente dicho, terrorismo es «un acto simbólico que intenta influir en la conducta política por medios extraordinarios que implican el uso o la amenaza de la violencia» (1964, 73).

Otros autores hacen hincapié en el resultado social que sigue a la actuación terrorista, haciendo alusión a los medios empleados. Para JIMÉNEZ DE ASÚA, «el terrorismo no constituye un grupo delictivo o clase de infracciones..., es más bien un crimen o una serie de crímenes que se tipifican por la alarma que producen, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista» (1965, 969). CUELLO CALÓN lo define como «la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror en la colectividad o en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas (1981, 319). El profesor RODRÍGUEZ DEvesa insiste en que «el terrorismo no es un crimen, ni siquiera un delito, es un modo de cometer crímenes... Lo esencial en el terrorismo es infundir terror en un sector determinado de la población de un país para facilitar la implantación de un sistema social o político que difiere del imperante» (1977, 793). Por último, para el profesor BARBERO SANTOS, «los delitos de terrorismo se caracterizan por la utilización de medios que pueden ocasionar estragos con el propósito de atemorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema político o socioeconómico imperante» (1971, 156).

En Italia, algunos autores hacen especial referencia al criterio de la alarma, así tenemos a MARINELLI, el cual aporta en su definición elementos que permiten diferenciar al delito político que, «no ofendiendo bienes políticos, sino al contrario, bienes absolutamente indeterminables e indeterminados, es capaz, precisamente por su imprevisibilidad, de crear una grave amenaza social que pueda debilitar las instituciones y crear pánico en la comunidad social (MARINELLI, 1976, 71). En este país se ha hecho la diferencia entre la delincuencia terrorista y la subversiva, considerando que la primera no es más que una forma extrema de la segunda. En este contexto parecería que la definición de MARINELLI se corresponde a la delincuencia subversiva. En efecto, VIGNA la define como «la actividad dirigida a remover los principios

democráticos prescritos en la Constitución, mediante la violencia y, así, alterar el pacífico desarrollo de la dialéctica política garantizado en la Constitución» (1981, 56).

Una interesante definición que trata de incluir tanto al terrorismo de Estado como al subversivo, es la de PONTARA: «Un acto terrorista es una acción llevada a cabo como parte de un método de lucha política, que aspira a influir, conquistar o defender el poder del Estado, y que implica el uso de la violencia extrema (muertos o heridos) contra personas inocentes no-combatientes».<sup>24</sup>

Desde la perspectiva del terrorismo internacional algunos autores han hecho interesantes contribuciones, tal es el caso del profesor DAVID, que enfoca el acto terrorista como flagrante violación de los derechos humanos. Entiende que el terrorismo «es un acto de violencia armada el cual, cometido con una finalidad política, social filosófica, ideológica o religiosa, viola de entre las prescripciones del Derecho humanitario, aquellas que prohíben el empleo de medios crueles o bárbaros, el ataque a objetivos inocentes, o el ataque a objetivos sin interés militar» (1974, 125). Asimismo, de acuerdo con el contexto en que se llevan a cabo las actividades terroristas, distingue un terrorismo absoluto de otro relativo. En el ámbito del *ius in bello*, el terrorismo absoluto se produce cuando se emplean medios inútilmente crueles o bárbaros, o bien se atacan objetivos inocentes. Por terrorismo relativo, entiende el uso de determinadas formas de violencia, justificadas en tiempos de guerra, pero no así en tiempos de paz. Estas distinciones conllevan una gran cuota de imprecisión, pues no resulta, en ocasiones, fácil el determinar si el contexto en que se desarrollan las actividades terroristas son de paz o de guerra.

#### 4.4.2.2. En el Derecho Internacional

En general, los intentos de precisar el concepto de terrorismo se han orientado en el Derecho Internacional, por medio de Conferencias y Convenios, mediante la formulación

24. PONTARA: *Violenza e Terrorismo*, «Il problema della definizione e della giustificazione», in *Dimensioni del Terrorismo Politico*, Milano, 1979, 25. Citado por FERRACUT (1984, 33, nota n.º 1).



de listas y catálogos de conductas, que son calificadas de terroristas. Lo que se pretende con ello es evitar la engorrosa dificultad de buscar una definición unificada sobre terrorismo, a la vez que sustraer del ámbito del delito político ciertas conductas, que se equiparan a las comunes y, por lo tanto, susceptibles de extradición. Como señala EVANS y MURPHY, la realidad legislativa contradice la necesidad de lograr un acuerdo internacional, «acuerdo que lograse una definición del delito internacional de terrorismo, requiriese de los Estados la condena del terrorista o la extradición del mismo para su procesamiento... y obligase (a los Estados) a cooperar en las indemnizaciones a las víctimas de las actividades terroristas, medidas que facilitarían la consecución de los objetivos marcados para una más adecuada prevención y penalización de los delitos de terrorismo internacional» (1978, XXIII).

En el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937 para la Prevención y Represión del Terrorismo, se ofrece, no obstante, una definición del delito de terrorismo en su artículo 1.2: «En la presente Convención, la expresión “actos de terrorismo” comprende a aquellos hechos de naturaleza criminal dirigidos contra un Estado y cuyo objetivo y naturaleza es la de provocar terror respecto a determinadas personalidades, grupos o en el público». Esta definición es, a todas luces, insuficiente. Definir el terrorismo haciendo referencia al terror, implica una tautología. El hablar de hechos criminales sin precisar qué se entiende por ellos, supone una gran debilidad técnica desde la óptica del Derecho Penal. Además, el hacer sólo referencia a actos terroristas «dirigidos contra un Estado» supone una restricción de la naturaleza de los mismos.

En el art. 2, el Convenio señala los actos conceptuados como terroristas:

— Los hechos internacionales dirigidos contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de los Jefes de Estado, sus sucesores, los cónyuges de unos y otros, o las personas revestidas de funciones o cargos públicos cuando el hecho fuera cometido en razón de tales funciones o cargos.

— Los hechos intencionales de destrucción o menoscabo de bienes públicos o destinados a un uso público.

- La tentativa de cometer los hechos anteriores, y
- Los hechos de fabricación, adquisición, posesión o tráfico de armas, municiones, productos explosivos o sustancias nocivas, para la ejecución de los hechos anteriores.

Más recientemente, el Derecho Internacional se orienta hacia la conclusión de Convenios procesales tales como el de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, sobre Secuestros de Aeronaves; el de Montreal de 23 de septiembre de 1971, para la Represión de Actos ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil. Estas dos convenciones, además de tratar el tema específico, hacen referencia a disposiciones sobre la extradición y estipulan el principio *aut dedere, aut punire*.

La Organización de Estados Americanos (OEA), suscribió en Washington, el 2 de febrero de 1971, la Convención para «La represión y prevención de actos de terrorismo que tomen la forma de delitos contra las personas, así como la extorsión conexas a esos delitos, cuando tales actos tengan repercusiones internacionales». En el art. 1.º se enumeran los actos de terrorismo tales como secuestro, asesinato, etc. En el art. 2.º los actos mencionados se califican de crímenes de interés internacional, y no se toman en cuenta los móviles que los inspiraron. En el plano internacional, este tema fue tratado por la Convención: «Sobre la represión y prevención de infracciones contra aquellas personas que gozan de protección internacional, comprendidos los agentes diplomáticos», adoptada por la Resolución de la Asamblea General, 3166 (XXVIII) de 14 de diciembre de 1973. Existe otra Resolución de la Asamblea, sobre el mismo tema, de 20 de febrero de 1977.

La actual Convención sobre terrorismo es la europea de 27 de enero de 1977, ratificada por España el 9 de mayo de 1980 (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de octubre de 1980) y, que de acuerdo con el art. 96.1 de la Constitución, entró a formar parte de nuestro Derecho interno.

De la lectura del texto del Convenio surgen varias interrogantes referentes al concepto de terrorismo. En efecto, el Convenio ni por vía de definición, ni por vía de ejemplo, lo define proponiendo como alternativa una noción del mismo puramente funcional (BUENO ARÚS, 1984, 117). En la rúbrica del Tratado se usa el término de terrorismo, pero

después en todo el texto de la Convención no se vuelve a emplear esa palabra. Así se tiene que en el art. 1 se dice que ninguno de los delitos que a continuación se enumeran serán considerados «como delitos políticos, como delito conexo con un delito político o como un delito inspirado por móviles políticos». A continuación incluye el siguiente catálogo de delitos:

— Los delitos definidos por el Convenio de La Haya de 16 de diciembre de 1970.

— Los delitos definidos en la Convención de Montreal de 23 de septiembre de 1971.

— Los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida o integridad corporal de personal diplomático o de las personas que requieran una protección internacional.

— Los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario.

— Los delitos que impliquen la utilización de explosivos, armas de fuego automáticas, cohetes...

— La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente enumerados.

Ese uso funcional del término de terrorismo comporta graves problemas de interpretación del texto del Convenio. Los delitos enumerados en el art. 1 implican la extradición, pero en el art. 2.<sup>o</sup><sup>25</sup> se hace facultativa para los delitos que no implican particular gravedad y no quedan incluidos en la lista del art. 1. Situación que se hace aún más confusa si se

25. Art. 2.<sup>o</sup>: «1.<sup>o</sup> A los efectos de la extradición entre Estados contratantes podrá no considerar como delito político, como delito conexo con éste o como delito inspirado por móviles políticos, cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo 1.<sup>o</sup> y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas.

»2.<sup>o</sup> Se aplicará el mismo criterio respecto de cualquier acto grave contra los bienes, no comprendido en el art. 1.<sup>o</sup>, cuando dicho acto haya creado un peligro colectivo para las personas.

»3.<sup>o</sup> Se aplicará el mismo criterio respecto a la tentativa de comisión de algunos de los delitos anteriormente mencionados, o de la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.»

considera que el art. 13<sup>26</sup> reconoce la facultad de cualquier Estado contratante de denegar la extradición en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el art. 1 que se considere como un delito político.

El juego de los arts. 1, 2 y 13 dan paso, cara a la extradición, a tres posibilidades:

1. El Estado requerido puede no considerar la infracción como política y permitir la extradición de su autor.

2. El Estado requerido puede no considerar la infracción como política, pero negarse a conceder la extradición por algún otro motivo.

3. El Estado requerido puede considerar la infracción como política y negarse a la extradición (RODRÍGUEZ, 1979, 474 y ss.).

Sobre el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo haré más adelante referencia. Sirva, sin embargo, esta

26. Art. 13: «1. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, que se reserva el derecho de denegar la extradición, en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el art. 1.º que considere como un delito político, un delito conexo con éste, o un delito inspirado en móviles políticos, con la condición de que se comprometa a tomar debidamente en consideración, al calificar la naturaleza de la infracción, su carácter de especial gravedad, incluidas las siguientes circunstancias:

a) Que ha creado peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas; o bien:

b) Que ha afectado a personas ajenas a los móviles que la inspiraron; o bien:

c) Que para su realización se utilizaron medios crueles o perversos.

2. Cualquier Estado podrá retirar en su totalidad o en parte una reserva formulada en virtud del párrafo anterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que surtirá efecto el día de la fecha de su recepción.

3. Un Estado que hubiese formulado una reserva en virtud del párrafo 1.º del presente artículo no podrá pretender la aplicación del art. 1.º por otro Estado; sin embargo, si la reserva fuera parcial o condicional, podrá pretender la aplicación de dicho artículo en la medida en que el mismo lo hubiera aceptado.»

pequeña disgresión como un ejemplo que indica la necesidad de lograr una definición unificada del delito de terrorismo. Definición que, sin duda, proporcionaría una mayor seguridad jurídica.

#### 4.4.3. *Concepto jurídico del terrorismo*

Se ha visto que las actividades terroristas pueden ser clasificadas de muchas maneras: por el autor, en terrorismo de Estado o subversivo; por los medios empleados, terrorismo absoluto o relativo, o según alguna opinión de la doctrina italiana, en actividades subversivas y terroristas; por la ideología política, en terrorismo de izquierdas o de derechas; por el ámbito en que opera este tipo de delincuentes, terrorismo internacional o nacional; etc. En este trabajo, y en lo que sigue, nuestro estudio se va a centrar en el terrorismo *como delito sancionado en los ordenamientos penales de los Estados de Derecho que integran el Consejo de Europa*. No vamos a repetir las consideraciones metodológicas que se hicieron para fundamentar esta elección.

Los ensayos de definición del terrorismo, que hemos visto más arriba, resultan insuficientes desde un punto de vista jurídico por ser excesivamente generales o tautológicos. Las definiciones precedentes trataban de delimitar el fenómeno social y político que significa la conducta terrorista, pero esto no basta para el legislador a la hora de dictar las leyes. Se requiere examinar los fines perseguidos en la comisión del delito, la naturaleza de los medios empleados y los bienes jurídicos lesionados en el delito de terrorismo. Conceptos interdependientes y necesarios para que estas conductas adquieran relevancia penal.

1. En razón a los fines perseguidos y medios empleados hemos visto que la idea del delito de terrorismo está necesariamente unida a la idea del delito político, y ello debido a la motivación que guía a sus autores. No obstante, no es sostenible, en un Estado de Derecho, tal equiparación. Y ello por dos razones:

a) El carácter atroz de los medios empleados deslegiti-

ma el uso de la violencia terrorista. La generalidad de los convenios internacionales y de las legislaciones positivas excluyen expresamente a estos delitos de la categoría de políticos, aplicándoles el tratamiento propio de un delito común, lo cual no es una ficción, «porque evidentemente aquí no se trata de categorías ontológicas, sino de valoraciones normativas» (BUENO ARÚS, 1984, 117).

b) En la historia del delito político, hoy asistimos, a su extinción, o mejor dicho, a la descriminalización del mismo. Pues, si en el Estado democrático se garantizan las libertades individuales, la libertad de expresión y el pluralismo político, el contenido de dicho delito quedaría reconocido en la Constitución. «Ningún Estado respetuoso con los derechos del hombre y las libertades esenciales puede admitir que los sentimientos políticos, aunque bien fundados en sí mismos, puedan expresarse a través de la muerte o la violencia.»<sup>27</sup>

Así pues, la naturaleza jurídica del delito terrorista no es política, sino perseguible como delito de naturaleza común. Tema aparte, como se verá, es si penalmente debe ser considerado como figura delictiva autónoma o no. Las respuestas normativas europeas, sobre el tema, han sido diversas.

2. Se ha indicado que los actos de terrorismo poseen un carácter pluriofensivo, es decir, lesionan varios bienes jurídicos. En efecto:

a) Atentan contra la Constitución, en cuanto tratan de socavar las instituciones y los principios fundamentales mediante el empleo de la coacción y la violencia.<sup>28</sup>

b) Atentan contra el Orden Público, en cuanto perturban la paz social y la seguridad ciudadana.

c) Atentan contra las personas y la propiedad. Bienes, todos ellos, objeto de protección penal en cualquier ordenamiento jurídico.

27. Consejo de Estado Francés, 24 agosto 1984.

28. En España, hasta la reforma penal de 1978, el terrorismo era tratado bajo el epígrafe de delitos contra la Seguridad del Estado. Véase Código Penal de 1944, y también de 1963 y 1973.

En síntesis, con objeto de mantener la necesaria coherencia dentro del ordenamiento punitivo, y que las normas dictadas tengan relevancia penal, es necesario que se conjuguen los elementos objetivos —medios empleados y resultados producidos, y el elemento subjetivo—, finalidad que se persigue con la comisión del acto— inherentes a toda actividad terrorista.

Cualquier otra definición que no contemple los dos elementos referidos, pone en peligro el sistema penal liberal de garantías, la seguridad, derechos y libertades ciudadanas. La política antiterrorista pierde así su legitimación, para convertirse en «una política excepcional de orden público» (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, *passim*), quizás, con el consiguiente peligro de que este tipo de legislación sea aplicada a otras modalidades de delincuencia.<sup>29</sup>

La jurisprudencia española en sentencia de 20 de junio de 1979, aportó una definición que recoge los dos elementos antes mencionados y que por su precisión creo necesario el reseñar: (El terrorismo)... se le considera como un delito de peligro general o contra la comunidad y también como una infracción contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público, siendo de naturaleza política por los móviles, aunque objetivamente común».

Creo interesante incluir aquí algunos resultados de la encuesta ya mencionada, referentes al tema de la presumible intencionalidad política que acompaña a la actividad terrorista. Parecería que en forma mayoritaria así se reconoce. En efecto, a la pregunta: ¿El terrorismo actúa por razones políticas?, las respuestas se distribuyeron de la siguiente forma: SÍ (53,31); A VECES (38,42); NO CONTESTA (0,74); EN BLANCO (0,37). Concordante, en un plano político criminal con las respuestas obtenidas a la pregunta: «¿El tratamiento del fenómeno terrorista, además de penal y policial, debe ser político?: SÍ (68,75); A VECES (13,79); NO (14,71); NO CONTESTA (2,02); EN BLANCO (0,74).

29. Ejemplo de ello lo tenemos en España con el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre «Protección de la Seguridad Ciudadana», que comprende como destinatarios de su excepcionalidad, tanto a los terroristas como a los piquetes de trabajadores en huelga y a los delincuentes contra la propiedad (robo y utilización ilegítima de vehículos de motor). ARROYO ZAPATERO (1985, 164).

Respecto a si el delito de terrorismo debe ser considerado como un delito político, se formuló una pregunta que indirectamente proporcionase una respuesta. La pregunta era: «¿El delincuente terrorista debe ser considerado como un delincuente político a los efectos de la extradición?». Se contestó de la siguiente forma: SÍ (31,99); A VECES (16,36); NO (46,32); NO CONTESTA (4,60); EN BLANCO (0,74). Sobre estos resultados hay que hacer notar que las variaciones en los porcentajes por autonomías fueron significativas. Andalucía: SÍ (18,95); NO (62,11). Castilla-León: SÍ (27,09); NO (47,41). Cataluña: SÍ (41,29); NO (43,23). País Vasco: SÍ (55,81); NO (16,28). Respuestas que reflejan con claridad la pluralidad de valoraciones de la acción política violenta. Confirmando la opinión dada sobre el tema por ARROYO ZAPATERO: «La valoración de la acción política violenta depende sustancialmente de la posición que el sujeto llamado a valorar ocupe en relación al tipo de situaciones políticas enunciadas» (1985, 157).

Además de las consideraciones precedentes, se debe de insistir en la necesidad de que una definición sobre el delito de terrorismo incluya la idoneidad de los medios empleados por el delincuente con el objeto de hacer peligrar las bases sobre las que se asienta un Estado constitucional. Esta especificidad del terrorismo viene dada por el carácter organizado, planificado y cualificado en el uso de la violencia. Violencia que se convierte, a la vez, en instrumento y en estrategia. En este sentido, la definición de delito terrorista dada en *The Prevention of Terrorism Act 1974*, peca de insuficiente: «(Terror) es el empleo de la violencia para fines políticos y comprende cualquier clase de actos violentos con el propósito de asustar al público o a una parte de él» (WALKER, 1986, 19).

El elemento organizativo resulta, hoy en día, esencial para comprender el fenómeno terrorista. Algunos autores lo incluyen en sus definiciones como nota característica. Por ejemplo, LAMARCA define al terrorismo como «la violencia ejercida de un modo sistemático por organizaciones que mediante ese procedimiento pretenden obtener una finalidad política; violencia que ha de ser en sí misma delictiva, que se convierte así en un programa de ruptura del orden constitucional, cualquiera que sean las ideologías de fondo que animen al grupo terrorista» (1985, 85).



Todos los elementos examinados: La grave lesión a un bien jurídico, la intencionalidad política y la idoneidad de los medios empleados a efectos de poner en peligro el orden constitucional, son suficientes para elaborar una definición útil y operativa para la ciencia del Derecho. Considero que un concepto del terrorismo que explica lo dicho, es el aportado por BERDUGO y complementado por ARROYO ZAPATERO: «El terrorismo está determinado por la concurrencia de dos elementos. De una parte, los medios y el resultado; y, de otra, la finalidad perseguida por el autor. Los medios empleados han de ser de tal entidad que produzcan ataques a bienes jurídicos estimados como fundamentales, la vida, la libertad personal y la integridad corporal. Ahora bien, estos medios que pueden producir lesión a esos bienes jurídicos de decisiva importancia, tienen que ser empleados con una finalidad determinada, la de conmover los fundamentos del Estado democrático, y es más, tales medios han de ser objetivamente aptos para alcanzar ese fin» (BERDUGO, 1981a, 73; ARROYO ZAPATERO, 1985, 162 y 163).

tales, la vida, la libertad personal y la integridad corporal. Ahora bien, estos medios que pueden producir lesión a esos bienes jurídicos de decisiva importancia, tienen que ser empleados con una finalidad determinada, la de conmover los fundamentos del Estado democrático, y es más, tales medios han de ser objetivamente aptos para alcanzar ese fin» (BERDUGO, 1981a, p. 73; ARROYO ZAPATERO, 1985, pp. 162 y 163).

## CAPÍTULO V

### TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TERRORISMO

#### 5.1. Consideraciones previas

Son de todos conocidas las actividades terroristas llevadas a cabo en la última década por organizaciones armadas en Europa occidental, por ello no vamos a hacer ahora un relato minucioso de las mismas. Constituyen, sin duda, conductas socialmente dañosas que exigen una reacción penal. Actividades, todo hay que decirlo, posiblemente más peligrosas para el futuro de las libertades públicas, que para la propia estabilidad del sistema.

Pienso que son muy oportunas las consideraciones hechas por RESTA en relación con este tipo de delincuencia: «La naturaleza del terrorismo se presenta como el efecto y no como la causa de la crisis del capitalismo; por ello, la reflexión sobre el terrorismo es también una ocasión para una seria y meditada investigación sobre la modificación del Estado, la deslegitimación, los mecanismos de control social, sobre la diferencia entre conflictos regulados y no regulados, es decir, de todos los aspectos que pueden llevarnos a un modelo de sociedad, con eufemismo, no abierta» (1979, 30).

Algunos de los aspectos reseñados por RESTA se han tra-

tado en los primeros capítulos de esta tesis. Considero que quedaría incompleta nuestra investigación si no se hiciese una referencia final a los distintos tratamientos político-criminales y penales que los ordenamientos jurídicos europeos han elaborado en relación al fenómeno terrorista. Examinaré aquellos más significativos, los de Italia, República Federal Alemana, Reino Unido y especialmente España. Metodológicamente, en los comentarios de las legislaciones antiterroristas, trataré de resaltar aquellas disposiciones que han menoscabado los planteamientos garantistas recogidos en la Constitución o, más general, los propios de un Estado de Derecho, a efectos de que se puedan utilizar como hechos. Hechos de los que se puedan inferir el proceso de cambio operado en la política penal y, en última instancia, en el propio Estado de Derecho.

No obstante, desearía hacer antes algunas reflexiones acerca del papel que ha venido desempeñando el Derecho penal como instrumento represor de las actividades terroristas. Para ello considero necesario referirme previamente al problema del origen del terrorismo.

Nuestro punto de vista comparte una opinión muy generalizada de la doctrina,<sup>1</sup> de que la violencia política, incluyendo dentro de ella las manifestaciones terroristas, es una consecuencia del desajuste en el sistema económico y político y no la causa del mismo. En este sentido cito la opinión que este tema le merece a la Comisión de Asuntos Generales de la Asamblea de la Unión Europea Occidental. En el epígrafe tercero del Informe, referente a la «Lucha contra el

1. Consúltense los autores que integran la denominada corriente de la «nueva criminología» o «criminología crítica»; se pueden citar: en EE.UU., los investigadores del Departamento de Criminología de Berkeley, California; sus posociones han quedado recogidas en las páginas de la revista *Crime and Social Justice*. En Italia, hay que mencionar «La Questione Criminale», en torno a la cual se integró un conjunto de juristas, filósofos y expertos en ciencias políticas. En Europa, estas corrientes criminológicas son periódicamente expresadas en las reuniones organizadas por el European Group for the Study of Deviance and Social Control, cuya primera conferencia tuvo lugar en 1973 en Impruneta, Florencia, y la celebrada en Stein-Kimmen-Bremen en 1978, donde se trató de modo particular el problema de la función política del terrorismo, así como su vinculación con los «mass-media».

Terrorismo», dice: «Aparece claramente que no es necesario un importante despliegue policial en el interior del país, o incluso en una extensa parte del mundo, para acabar con movimientos que se basan, a veces, en reivindicaciones de orden político o económico, en sí mismas dignas de atención. Son, por el contrario, *medidas de orden político o económico* las que pueden llevar a una transformación de las sociedades de tal naturaleza que el terrorismo no encuentre ya justificación en injusticias demasiado flagrantes».<sup>2</sup> Como se puede ver, señala con precisión cuál es la «etiología» del terrorismo.

Recojo también otra interesante opinión del consejero legal de la Secretaría de Estado de los EE.UU., A. B. SOFAER, la cita la transcribo sin traducirla: «*The United States recognizes that oppressed peoples are sometimes justified in resorting to force, but only if properly exercised. For example, such uses of force must be consistent with the laws of war and should not be directed at innocent civilians*» (SOFAER, 1987, 5). El artículo continúa analizando el alcance jurídico del *ius in bello*, para finalizar justificando la intervención militar en el propio territorio de los Estados que desarrollan «actividades terroristas». Lo importante, en todo caso y dejando aparte consideraciones políticas, es señalar que indirectamente una opinión tan característica debe reconocer la estrecha relación existente entre injusticia social y económica, y violencia política.

Juicios diferentes sobre el origen del fenómeno terrorista les merecen a otros autores. Entre ellos destaco la opinión del que fue fiscal general del Estado español FANJUL. Tras descartar taxativamente que las raíces de este fenómeno estén en las teorías políticas de MARX, ENGELS, LENIN o TROTSKY, señala a mi entender equivocadamente, que: «El terrorismo moderno no surge ni de la clase obrera marginada, ni de la población campesina desesperada (experiencia que murió en octubre de 1967 en la selva virgen boliviana con su último "héroe", el *Che* Guevara); tampoco surge de los barrios de latas de las aglomeraciones industriales; él proviene de los

2. XXIV Sesión Ordinaria: Ponencia sobre el Terrorismo Internacional. Presentada por MULLER, el día 16 de mayo de 1978. En «*Informes sobre violencia política y terrorismo internacional*». Panorama, 80, Serie Disposiciones, 1980, 50 y 51. El subrayado es mío.

*campus* universitarios, en donde encuentra una base filosófica doctrinal; aquél no se enraíza ni se polariza en torno a las conquistas de clase, puesto que sus hombres y mujeres, aunque personalmente desarraigados, se reclutan entre las clases medias e incluso afortunadas». <sup>3</sup> A mi juicio, estas consideraciones reflejan, además de un escaso conocimiento de la realidad latinoamericana, un desconocimiento de las condiciones objetivas, estructurales y funcionales, que se hallan en el origen de los fenómenos de la desviación (BARATTA, 1982a, 166). En efecto, el problema acerca del origen del terrorismo no se resuelve afirmando que sus integrantes provienen de la Universidad o de las clases medias, si así fuese, sino averiguando el porqué de esta conducta criminal.

Por último, y para cerrar esta breve recopilación de opiniones referentes al origen del fenómeno terrorista, incluyo los resultados de la citada encuesta. A la pregunta: «¿El terrorismo internacional tiene su origen en un orden económico injusto?», contestaron negativamente un 42,46 %; afirmativamente un 10,11 % y, a veces, un 43,01 %. Contestaciones, como se ve, muy igualadas, aunque poco significativas, ya que faltó formular alguna otra pregunta a fin de matizar el significado de las contestaciones pertenecientes al 43,01 % de la opción *A veces*.

Así pues, a mi juicio, el terrorismo es un fenómeno en el que la política y el derecho se encuentran íntimamente entrelazados. Para su tratamiento y erradicación es necesario operar no sólo desde el ámbito de la represión penal, sino desde todo el contexto social y económico que constituye el sistema. El terrorismo debe ser objeto de un tratamiento penal, pero es necesario tener claro que la «solución penal» del mismo es, a todas luces, insuficiente (BARATTA, 1982a, 54). Y ello por varias razones:

a) La experiencia recogida de los resultados obtenidos en la aplicación de las normativas antiterroristas en algunos países europeos, indican la ineficacia de este tipo de legis-

3. FANJUL, conferencia sobre: «La défense de la démocratie contre le terrorisme en Europe: Tâches et problèmes», La naturaleza del terrorismo, Strasbourg, 12-14 de noviembre de 1980. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, AS/Pol/Coll/Ter (32), 10, 3.

lación. Ineficacia que se comprueba al constatar «la continua producción legislativa antiterrorista, la perpetuación de su excepcionalidad y la permanente escalada represiva».<sup>4</sup>

b) Asimismo, la promulgación de normativas excepcionales como las mencionadas ha reforzado el deterioro de los principios que rigen a un Estado de Derecho.<sup>5</sup>

c) Este tipo de legislación ha propiciado, además, la construcción de un Derecho Penal preventivo (FERRAJOLI, 1980-81, 7) que se desarrolla en dos direcciones:

1/ Paralelamente al Derecho penal y procesal ordinario, la aparición de otros especiales con acusadas características administrativas y de prevalente competencia policial.

2/ La formulación de los tipos se realiza en forma tan amplia e indeterminada que debilita la seguridad jurídica. Piénsese, por ejemplo, en los delitos de asociación subversiva y banda armada. Tendencia que lleva aparejada la disolución de la legalidad formal y el afianzamiento de otro material basado en criterios «confiados a la discrecionalidad de los investigadores y a su más íntima convicción formada al margen de los hechos y las pruebas» (FERRAJOLI, 1980-81, 7).

Las consideraciones precedentes no deben hacernos olvidar, sin embargo, la legítima necesidad de ajustar una normativa adecuada a este tipo de delincuencia. Ello es obvio y no requiere el extenderse más en este punto. El problema radica en decidir si la legislación reguladora de los delitos de terrorismo ha de tener un carácter ordinario o especial. Y en este último caso la necesidad de que la legislación antiterrorista siga reuniendo las condiciones de legitimidad democrática, validez constitucional y aceptación social (BUENO ARÚS, 1986, 144).

Respecto al tema apuntado, del carácter especial u ordi-

4. BOBILLO (1985, 73). Opiniones similares respecto a la legislación antiterrorista en el Reino Unido WALKER (1986, 183); sobre la legislación italiana, RODOTÀ (1983, 3); también en España, MUÑOZ CONDE señala la escasa utilidad práctica de esta normativa y su utilización simbólica a los efectos de tranquilizar a los ciudadanos que desconfían de la eficacia de los sistemas jurídicos tradicionales (1985, 757).

5. Me remito a lo dicho en el Capítulo Tercero.

nario de la normativa antiterrorista, pienso que sería deseable el incluirlas en aquellas de tipo ordinario, por varias razones:

a) Contribuiría a adecuar su tratamiento a los principios generales que rigen los códigos penales y procesales propios de un Estado de Derecho. Es decir, posiblemente se evitarían disfunciones como las siguientes: la relevante subjetivización de los tipos penales en abierta contradicción con los principios de legalidad y seguridad jurídica; la supresión de jurisdicciones especiales que vulneran el principio del juez natural; el adelantamiento de la punibilidad, equiparando la frustración a la consumación en los delitos materiales contrarios a los supuestos de responsabilidad objetiva; la desvirtuación del fin del proceso penal, búsqueda de la verdad forense, premiando la delación efectuada por el inculpado; etcétera.

b) Permitiría, además, fijar el concepto jurídico del terrorismo. En efecto, si la actuación de la organización terrorista pone en peligro la propia existencia del Estado de Derecho se pondrían en funcionamiento los mecanismos previstos para estas situaciones por los textos constitucionales. En caso contrario, ante la «normalidad» de un fenómeno, usual ya en Europa, serían suficientes las leyes ordinarias realizando en ellas las modificaciones oportunas. Claro está, siempre que las reformas efectuadas no impliquen el incorporar la especialidad a los cuerpos legales ordinarios.<sup>6</sup>

En resumen las reflexiones hechas nos permiten adoptar una clara toma de posición: la necesidad de que las legislaciones antiterroristas sean conformes con los principios constitucionales. «El principal objetivo de la estrategia contraterrorista debe ser la protección y el mantenimiento de los principios liberales democráticos y del imperio de la Ley» (WILKINSON, 1977, 121). Objetivo que se vería claramente favorecido si su tratamiento jurídico se restringiera a la legislación y jurisdicción ordinaria.

6. Parece que el Gobierno español se orientó, de acuerdo con sus últimas decisiones referentes a la última Ley antiterrorista, en esta línea.

En lo que sigue fijaremos nuestra atención en aspectos concretos, procesales y penales, de las normativas antiterroristas más importantes en Europa occidental. A los efectos de facilitar su estudio, tomaremos como permanente marco de referencia la vigente Ley Antiterrorista española (Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre), comparándola, cuando corresponda, con las demás legislaciones europeas. Esta opción metodológica no es arbitraria, pues, como se verá, nuestra legislación carece de originalidad. En los puntos fundamentales sigue las líneas marcadas por la italiana y de la República Federal Alemana.

## 5.2. Aspectos penales generales

### 5.2.1. Sistematización normativa y tipificación

En España la Ley Orgánica vigente en materia de terrorismo es de 26 de diciembre de 1984, y lleva por título: «Contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2»;<sup>7</sup> en el Reino Unido esta normativa está representada por: *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* y *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1978*; en Italia, como en la R.F.A., la legislación antiterrorista queda recogida en leyes especiales dispersas, o en los propios artículos del Código penal o Procedimiento penal modificados. Para su enumeración me remito, para evitar reiteraciones innecesarias, a lo dicho en el Capítulo Tercero acerca de las legislaciones excepcionales comparadas.<sup>8</sup>

7. A raíz del pacto antiterrorista suscrito por catorce partidos políticos con representación parlamentaria (5-XI-87), parece inminente la decisión del Gobierno de solicitar al Parlamento la derogación de la Ley antiterrorista. El Gobierno ha manifestado su voluntad de estudiar las modificaciones que sean preciso introducir en la legislación ordinaria, pretendiendo alcanzar el máximo acuerdo posible. (*El País*, 13-XI-1987.) Véase Anexo.

8. Para lograr una mayor fluidez expresiva, de aquí en adelante, cuando me refiera a la Ley Orgánica antiterrorista española, lo haré usando las siglas: L.A.E.



Dos son los aspectos a examinar: uno relativo al concepto jurídico del terrorismo y, el otro, a las distintas formas de realizar la tipificación de las conductas terroristas.

1) La Ley antiterrorista española (L.A.E.) sigue sin aportar una definición legal. Ello comporta la introducción de una importante cuota de ambigüedad a la hora de interpretar el texto legal. Ambigüedad agravada, como veremos, por persistir en el uso alternativo de los términos: bandas armadas y elementos terroristas. Lo más importante es ahora el señalar la desaparición de las figuras delictivas con *nomen iuris* propias del terrorismo. La supresión del término «terrorismo» y la inclusión de estos comportamientos delictivos en la categoría de «grupos y bandas armadas» podría interpretarse como la voluntad implícita de prescindir de los motivos en la comisión de estos delitos (ARROYO ZAPATERO, 1985, 173).

Pero hay algo más en el art. 55.2 de la Constitución, al emplear los términos «bandas armadas» y «elementos terroristas» se agrava esa cuota de imprecisión aludida. En primer lugar, por la carencia en nuestra legislación de definiciones o de delitos específicos que se refieran al terrorismo o que definan qué debe entenderse por «banda armada».<sup>9</sup> En segundo lugar, si interpretamos que el citado artículo confiere distinto contenido a uno y otro concepto, es difícil imaginar que una «banda armada» pueda poner en peligro la existencia misma del Estado y por lo tanto justificar la suspensión de los derechos y libertades constitucionales (BERDUGO, 1981a, 74).

Por el contrario, en la *Prevention of Terrorism Act*, 1984 (P.T.A.), en la sección 14, se define el terrorismo como: «El empleo de la violencia con fines políticos. Comportando el uso de algún tipo de violencia a los efectos de aterrorizar a toda o a parte de la población».<sup>10</sup> La definición, sin embargo,

9. Presumiblemente, lo que se está buscando es prescindir de la intencionalidad política, continuando la tendencia marcada con el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana de 26 de enero de 1979.

10. «*Terrorism means the use of violence for political ends and includes any use of violence for the purpose of putting the public or any section of the public in fear.*» Section 14(1) of the Prevention of Terrorism (temporary Provisions), Act, 1984.

peca de imprecisión al usar el término de «alguna violencia», por excesivamente genérica. Quizás sería más deseable que hiciese una expresa mención a la «violencia contra las personas», uno de los aspectos esenciales de las actividades terroristas. En cuanto al reconocimiento del móvil político, sería también deseable que de alguna forma se precisase la diferencia entre terrorismo subversivo y terrorismo de Estado (WALKER, 1986, 4). Asimismo, la *Northern Ireland Act, 1978* (N.I.A.), en la Sección 31 define al terrorista como «una persona que está o ha estado implicada en la comisión o en el intento de comisión de un delito terrorista o en la dirección, organización o reclutamiento de personas con fines terroristas...».<sup>11</sup> Aceptación que se puede interpretar en un sentido restrictivo, puesto que la Sección 31 sería sólo aplicable a la persona que «activamente», más que «pasivamente», desarrollase actividades terroristas.<sup>12</sup> En general, se podría afirmar que la estrategia normativa seguida por el Reino Unido en materia de terrorismo centra su interés en los aspectos relacionados con la asociación terrorista.

En Italia, el Decreto-Ley de 21 de marzo de 1978, por primera vez fija el tratamiento penal del terrorismo en torno a la «finalidad terrorista o de eversión del orden democrático». Con ello, «el ordenamiento italiano ofrece una idea del terrorismo como actividad de "forma libre" y unidad finalista; de un lado, se castiga como terrorista todo delito con cuya comisión se persiga una determinada finalidad y, por el otro, se presta una atención especial a las formas típicas de manifestación de esa finalidad (LAMARCA, 1985, 201). Respecto a la posible diferencia entre la finalidad de terrorismo o de eversión, parecería que la tesis dominante (LAMARCA, 1985, 199) es la identificación de ambas motivaciones, con-

11. «...a person who is or has been concerned in the commission or attempted commission of any act of terrorism or in directing, organising or training persons for the purpose of terrorism». Section 31 de Northern Ireland (Emergency Provisions) Act, 1978.

12. Esta interpretación fue confirmada por la «Court of Appeal» de Irlanda del Norte (1983, 11 N.I.J.B.), dando lugar a posteriores críticas, por considerarse que no incluía conductas, que aunque materialmente son pasivas, sin embargo, suponen una cooperación activa con la organización terrorista (ocultación de información a la policía, etc.).

siderándose que la actividad terrorista persigue la eversión del orden democrático en forma violenta.

La Ley 18 de agosto de 1976, introduce en el Código penal alemán el parágrafo 129a) sobre «formación de asociaciones terroristas». No se da una definición del delito, pero se elabora un catálogo de actividades que se consideran terroristas, lo cual puede interpretarse como la adopción de un criterio limitador. Sin embargo, como veremos en el próximo apartado, en ulteriores modificaciones del articulado del Código penal se ha extendido la punibilidad a actividades cuya vinculación con el terrorismo es más «ideal» que «real» (VIGNA, 1981, 21 y ss.).

2) La tipificación del terrorismo se puede hacer de dos maneras:

a) Mediante una legislación especial en un cuerpo legal independiente. Como es el régimen seguido en España, el Reino Unido y en Italia en parte.

b) Incluyendo el delito de terrorismo como una forma de delincuencia genérica dentro del Código Penal modificando si es preciso el contenido de su articulado.

A su vez, en esta vía se han utilizado dos técnicas: el agravamiento punitivo de los delitos de carácter ordinario perpetrados por grupos terroristas, como es el caso de Francia, Bélgica y Suiza; o combinándolo con la creación de un nuevo tipo de delito terrorista, como es el caso de la R.F.A. que contempla en el Código Penal el delito de asociación, además de la agravación de las penas antedicha.

Este sistema que opta por enmarcar al terrorismo dentro de la delincuencia genérica busca eliminar toda posible confusión con el delito político a los efectos de no dificultar la extradición.

### 5.2.2. *Ambito de aplicación*

En la L.A.E. se plantean dos temas interesantes, uno referido a la inclusión de la rebelión como un supuesto más de conducta terrorista y el otro el empleo de los términos «bandas armadas y elementos terroristas» utilizados en la Ley y recogidos en el art. 55.2 de la Constitución.

1) En el apartado *h*) del art. 1.º de la Ley, amplía el ámbito de excepcionalidad, hasta ese momento circunscrita a la actuación de bandas armadas o grupos armados. El contenido del concepto de terrorismo está determinado por la concurrencia de dos elementos: los medios empleados y la finalidad perseguida. Empleo de medios constitutivos de delitos comunes previstos en la Ley. Medios, a su vez, que produzcan ataques a bienes jurídicos estimados como fundamentales; y finalidad política de destruir los fundamentos del Estado democrático. En los comportamientos de rebelión se perciben ambos elementos: la voluntad de alterar el sistema de libertades y derechos fundamentales sancionados por la Constitución y el empleo de medios, de forma inmediata o diferida, tipificados como delitos comunes. Para la extrema derecha «la involución o el golpe de Estado son el fin estratégico de su acción criminal» (ARROYO ZAPATERO, 1985, 172). La fundamentación ideológica de su actuación aparece vinculada a agrupaciones políticas de corte fascista relacionadas, a veces, con los aparatos de seguridad del Estado. Así pues, la inclusión de la rebelión en la L.A.E., podría quedar justificada, ya que implica la defensa de todo aquello que es consustancial a un Estado democrático de Derecho.

2) El empleo de los términos «bandas armadas» y «elementos terroristas» utilizados en la Ley y recogidos en el art. 55.2 de la Constitución, presupone, como ya antes habíamos señalado cierta confusión. En el art. 1.º.1 y 2.º de la LO II/1980,<sup>13</sup> la referencia a bandas armadas ofrecía una interpretación doble. Por un lado, aludía a aquellos casos en que la finalidad terrorista es constatable y, por otro, comprendía a integrantes de bandas armadas que, cometiendo algunos de los delitos enumerados en el art. 2.º de la Ley, sin finalidad terrorista, incidían gravemente en la seguridad ciudadana.

En lo que fue ley vigente la supresión de la frase: «incidencia de la seguridad ciudadana» podría interpretarse como

13. «...(a) aquellas (personas) que, presuntamente integradas o relacionadas, bien con los elementos terroristas, bien con bandas armadas, incidan gravemente en la seguridad ciudadana». Art. 1.º, 1 de la LO II/1980.

un avance, ya que supone la limitación de la excepcionalidad más allá del terrorismo y la rebelión. Algún autor (ARROYO ZAPATERO, 1985, 174) considera que la exégesis combinada de los artículos 6.2, 6.3 y 9.2 de la Ley antiterrorista, así como la supresión de la mención a la «incidencia en la seguridad ciudadana», da pie para interpretar que el término «banda armada» lo considera la Ley como soporte de conductas terroristas y rebeldes.

Sin embargo, la redacción del primer párrafo del art. 1.º de la L.A.E. al decir: «La presente Ley es de aplicación a las personas integradas en bandas armadas o relacionadas con actividades terroristas o rebeldes...», posibilita la interpretación de que existen tres conductas delictivas, dos caracterizadas por su finalidad política —la terrorista y la rebelde—, y una tercera —bandas armadas— sin tal connotación. Es decir, en este último caso la simple organización y uso de armas constituyen elementos suficientes para tipificar a esta conducta de terrorista. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 28 de marzo de 1984, parece compartir este enfoque al establecer: «(Por bandas armadas debe entenderse) las agrupaciones para la acción armada provistas de cierta organización, de la que nacen vínculos de alguna manera estables o permanentes, presididos por la idea de la jerarquía o disciplina, y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales e indeterminadas, con medios idóneos —armamento y explosivos— que procura normalmente la organización criminal».

La realidad es que, desde la entrada en vigor de la Ley antiterrorista, se ha venido aplicando a la delincuencia común. El titular del Ministerio del Interior reconoce que en el transcurso del año 1983 se aplicó la legislación antiterrorista a 128 delincuentes comunes «integrados en bandas armadas que incidían gravemente en la seguridad ciudadana»<sup>14</sup> y, sólo a los casos que han afectado a la Brigada Regional

14. *El País*, 27 de mayo de 1987. Aparte de los aspectos criticables derivados de la aplicación de la Ley antiterrorista a delincuentes comunes, hay que reseñar la actuación gubernativa incorrecta al remitir los detenidos, a los que se aplicó la Ley 11/80, a la jurisdicción ordinaria y no a la Audiencia Nacional como prevé aquélla (GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE, MÓHEDANO).

que tiene su sede en Madrid, cuyo ámbito territorial se extiende a Ávila, Ciudad Real, Cuenca, Guadalajara y Toledo. Si se tiene en cuenta que existen otras 12 regiones policiales, es probable que el número, a nivel nacional ronde el millar. Es decir, en los hechos, la L.A.E. considera que el mantenimiento del «orden público» es un motivo suficiente para la entrada en juego del art. 55.2 de la Constitución.

Un antecedente de la política en materia de orden público y terrorismo seguida por España, hay que buscarlo en Italia con la polémica *Legge Reale*, que lleva por título «Ley para la salvaguarda del orden público». El art. 18 dispone la extensión a cuatro categorías de subversivos de las disposiciones que recoge la Ley n.º 575 (31 de mayo de 1965). Se trata de la Ley antimafia que establecía, por orden de gravedad, medidas preventivas tales como: la represión pública (*la diffida*); el confinamiento (*il rimpatrio*), y la vigilancia especial (*la sorveglianza speciale*).

En el apartado primero del art. 18 se establece que las disposiciones de la Ley n.º 575 se aplicarán a: «(Aquellas personas) que, actuando en grupo o en forma aislada, realicen actos preparatorios, objetivamente relevantes, encaminados a subvertir el ordenamiento del Estado, mediante la comisión de algunos de los delitos previstos en el Capítulo I, Título VI, del Libro II del Código Penal o de los artículos 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 y 630 del mencionado Código». Sin embargo, en el Cap. I del Tít. VI del L. II, junto a delitos relativos a la insurrección, se incluyen otros referentes a incendio y estrago y diversos tipos de desastre. Asimismo, en el artículo 285 se hace referencia a delitos de saqueo, devastación o estrago; en el 306 a la participación en banda armada; en el 438 al envenenamiento de agua o sustancias alimenticias; etcétera. Es decir, el agravamiento de la punibilidad, la modificación en las condiciones para la concesión de la libertad condicional, y la aplicación de la legislación antimafia, se aplican indistintamente a delitos de terrorismo y delitos de naturaleza común (MORI y SARACENI, 1975, 39 y ss.). Quizás de todas las normativas antiterroristas europeas sea la italiana la que más ha extendido el alcance de aquéllas a conductas o formas de participación no directamente relacionadas con los delitos ejecutados.

En Alemania se opera un proceso parecido. No sólo se cas-

tigan las actividades propias del terrorismo, sino que se hace extensión a otras, cuyo nexo de unión con aquéllas es muy débil. Así, por ejemplo, en el parágrafo 138, II, del Código Penal, se considera como punible la conducta omisiva de poner en conocimiento de la policía la información que se pueda tener sobre las actividades terroristas. Otro aspecto, muy significativo, es el referente a las figuras de apología y provocación, como se verá más adelante, reguladas en la Ley de 22 de abril de 1976. En efecto, no sólo se penaliza el delito de organización, sino también cualquier forma de ayuda entendida de manera muy amplia. Así tenemos que en 1977 se condenó a un médico y a un estudiante por haber distribuido una declaración de hambre del Ejército Rojo (VERVAELE, 1985, 94).

Esta rápida ojeada al ámbito de aplicación del delito de terrorismo nos hace pensar que la estrategia legislativa seguida en la lucha contra el terrorismo apunta a objetivos que van más allá de la misma.

### 5.2.3. *La extraterritorialidad de las normas penales*

El principio de la territorialidad de la Ley penal sufre con las normativas antiterroristas un cambio profundo. Las tradicionales excepciones a este principio —criterio de personalidad, defensa de determinados intereses del Estado y un número limitado de delitos internacionales perseguibles— quedaron ampliamente desbordados por la inclusión de los delitos de naturaleza terrorista. A continuación, haré referencia a los criterios que sobre este tema han seguido la L.A.E. y el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo. La Ley antiterrorista española adopta un criterio que podría definirse como de ultraterritorialidad» (LAMARCA, 1985, 217). Por otra parte, el Convenio Europeo recoge la tradición marcada en los Tratados y Convenios precedentes de colaboración internacional y reconocimiento del principio *aut dedere aut judicare*.

A) El texto del art. 2.º del Proyecto de la Ley antiterrorista española, que versa sobre la extraterritorialidad de las normas penales, fue objeto de un amplio debate parlamentario. El artículo estaba así formulado: «Los delitos comprendi-

dos en esta Ley, cometidos por españoles o extranjeros, serán juzgados por los Tribunales españoles, aunque su comisión se realice fuera del territorio nacional, salvo que el delincuente haya sido absuelto por el mismo delito en el extranjero o, caso de haber sido condenado, haya extinguido totalmente su responsabilidad».

Las críticas que se hacían a esta redacción versaban sobre los puntos siguientes:

a) Que debía quedar bien claro en la Ley, que la extraterritorialidad contemplada en el art. 2.º se refería a los españoles o extranjeros comprendidos en el art. 1.º, que definía el ámbito de aplicación de la Ley en términos similares al art. 1.º de la vigente Ley Orgánica.

b) Que no se respetaban los principios del art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscritos por España, que dice que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito. Y, a tenor de la redacción del art. 2.º en el Proyecto de Ley, si no se ha extinguido la responsabilidad penal, se está entendiendo que los tribunales españoles pueden juzgar a esa persona de nuevo.

c) Por último, que de acuerdo con las normas del Derecho Internacional un Tribunal español no puede juzgar un delito cometido en el extranjero que no atente contra las personas, los bienes o los intereses de los españoles en el país donde se ha realizado el hecho. Salvo, claro está, que se entienda que el terrorismo es un delito internacional.

El texto del art. 2.º, 1 y 2, de la vigente Ley antiterrorista, que dice: «1. Los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por los Tribunales españoles, aunque su comisión se realice fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros, si los responsables están integrados en bandas armadas, rebeldes u organizaciones terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con ellas. Se exceptúan de esta regla los supuestos en que los responsables hubieran sido enjuiciados por los Tribunales extranjeros por los mismos hechos.

»2. En el caso del párrafo anterior se abonará al culpa-



ble el tiempo de prisión preventiva que hubiere sufrido en el extranjero.»

En el artículo mencionado se subsanan algunas de aquellas imprecisiones. Pero, por otra parte, amplía las excepciones al principio de territorialidad de la Ley penal. Los tribunales españoles serán competentes en los delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera de España, cuando los responsables estén integrados en bandas armadas u organizaciones terroristas que operen en España o cooperen o colaboren con ellos. Se exceptúan los supuestos en los que los autores hubieran sido enjuiciados por los mismos hechos por parte de tribunales extranjeros. Además, se abonará en su caso el tiempo de prisión preventiva sufrida en el extranjero.

Sin embargo, la correcta interpretación del art. 2.º de la L.A.E. debe efectuarse en conexión con los párrafos 3 y 4 del art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985 de 1 de julio. En su art. 23.3, establece: «La jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española...», como delitos de rebelión, sedición, etc. Añadiendo en el art. 23.5: «En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado segundo de este artículo». Es decir: «Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero o, en último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que corresponda».

El contenido del art. 23, no modifica el contenido del art. 2 de la L.A.E. Supone una aclaración de la escueta referencia hecha en el art. 2.1: «Los responsables (que) hubieran sido enjuiciados por los tribunales extranjeros...», precisando las tres situaciones en las que se puede encontrar el inculcado ante un tribunal extranjero: absuelto, indultado o penado.

Para LAMARCA el artículo segundo de la Ley antiterrorista española responde al principio de protección de los intereses específicamente españoles si se adopta el punto de vista de la Ley en su conjunto, mientras que responde al principio de justicia universal si se adopta el punto de vista

del Convenio Europeo para la represión del terrorismo ratificado por España el 9 de mayo de 1980 (LAMARCA, 1985, 220). La razón de esta doble interpretación debe buscarse en el criterio objetivo utilizado en la delimitación del contenido del delito de terrorismo. En efecto, en el Convenio, en el art. 1.º, se enumeran seis supuestos terroristas<sup>15</sup> sujetos a extradición, mientras que en la L.A.E. delitos de terrorismo son potencialmente todos los del Código penal, siempre que sean cometidos por bandas armadas o elementos terroristas.

No obstante, un juicio diferente le merece a OLARIETA.<sup>16</sup> En efecto, el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial extendió, seis meses más tarde de haberse promulgado la L.A.E., la extraterritorialidad de los Tribunales españoles a un número de delitos quizás excesivamente amplio: genocidio, terrorismo, piratería aérea, falsificación de moneda, prostitución, tráfico de drogas. Los problemas que se plantean son de diversa índole: por un lado, la respuesta penal a tales delitos no guarda relación con los fines de pre-

15. El art. 1.º del Convenio Europeo para la represión del terrorismo establece que ninguno de los delitos que a continuación se enumeran serán considerados «como delitos políticos, como delito conexo con un delito político o como un delito inspirado por móviles políticos». A continuación incluye el siguiente catálogo de delitos:

»a) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.

»b) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.

»c) Los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos.

»d) Los delitos que impliquen raptó, toma de rehenes o secuestro arbitrario.

»e) Los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos en los casos en que dicha utilización represente un peligro para la persona.

»f) La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriores mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.»

16. OLARIETA: «Audiencia Nacional y Tribunales de excepción en la Jurisdicción penal». Artículo pendiente de publicación. Manuscrito.

vención general y especial de la pena. Por otro, ningún Estado puede definir delitos ni sancionar comportamientos más allá de sus fronteras, salvo que sea el resultado, como marca el apartado g) del art. 23.4, de Tratados o Convenios internacionales suscritos por España.

Por último y sin duda, el aspecto más polémico es el que recoge el apartado 3 del art. 2.º de la L.A.E. al establecer que: «Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en esta Ley producirán ante los Tribunales españoles los mismos efectos que las de éstos...».

Es erróneo suponer que existen tipos específicos de terrorismo de «igual entidad», cuando son terroristas todo tipo de delitos cometidos por organizaciones de ese carácter. El precepto parece que desea establecer el principio de reincidencia internacional siempre que se trate de bandas terroristas o rebeldes, pero lo que olvida es que «no siempre será posible establecer una correspondencia entre los diversos Derechos punitivos que permita valorar la "igual entidad" (LAMARCA, 1985, 223). A BOBILLO le parece esa expresión sospechosa de inconstitucionalidad, ya que establece un «criterio análogo cuyo uso en ningún modo aparece reflejado en la Constitución» (1985, 70).

Un juicio similar es el recogido en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Cataluña (285/1985) del art. 2.3 de la L.A.E. En efecto, aprecia que este artículo vulnera el art. 25.1 de la Constitución, pues la aplicación del principio de analogía es contrario al principio de legalidad. Asimismo, la disposición no concuerda con el artículo 24 de la Constitución, que asegura el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos, tutela que puede no haberse respetado ante una jurisdicción extranjera a cuya Sentencia se otorga automáticamente eficacia ante los Tribunales españoles. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 16 de diciembre, juzga que carecen de fundamentos ambos motivos.

B) En el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo el problema de la extradición y del derecho de asilo está resuelto de la siguiente manera:

La extradición es preceptiva según el art. 1.º si el delito

cometido corresponde a alguno de los supuestos allí enumerados. En el art. 2.º es facultativa para los delitos que no comporten una especial gravedad.<sup>17</sup> En el art. 13 se reconoce la facultad de cualquier Estado contratante de denegar la extradición, en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el art. 1.º, que considere como un delito político.<sup>18</sup> Por lo tanto, la combinación de estos tres artículos da pie a tres posibilidades, como ya comenté con anterioridad:

a) El Estado requerido puede permitir la extradición del autor al no considerar como político el delito cometido.

b) Negarse a permitir la extradición, aunque el Estado requerido no considere al delito político por algún otro motivo.

c) Considerar la infracción como política y negar la extradición (RODRÍGUEZ, 1979, 474).

Parecería que la tercera posibilidad permite al presunto terrorista escapar a la extradición y acogerse al derecho de asilo. Sin embargo, el art. 7.º prevé este supuesto, pues el Estado contratante que no accediese a la extradición del presunto autor, por un delito comprendido en el art. 1.º, deberá someter el caso «sin excepción alguna y sin demora injustificada, a sus autoridades competentes para el ejercicio

17. En el art. 2.º del Convenio se establece: «A los efectos de la extradición..., un Estado contratante podrá no considerar como delito político... cualquier acto de violencia no comprendido en el art. 1.º y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas».

18. En el art. 13 del Convenio se reconoce la facultad de denegar la extradición en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el art. 1.º que considere como delito político, «con la condición de que se comprometa a tomar debidamente en consideración, al calificar la naturaleza de la infracción, su carácter de especial gravedad, incluidas las siguientes circunstancias:

»a) Que haya creado un peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de personas; o bien,

»b) que haya afectado a personas ajenas a los móviles que la inspiraron; o bien,

»c) que para su realización se utilizaron medios crueles o perversos».

de la correspondiente acción penal». Precepto que reconoce, sin lugar a dudas, el peso que siguen teniendo los ordenamientos jurídicos nacionales.

Referente al Derecho de asilo, se han seguido tradicionalmente dos sistemas:

a) Sistema de separación, por el que se deslinda el elemento político del elemento de derecho común de la infracción, limitando el derecho de asilo al delito político puro.

b) Sistema de predominancia, por el que se acuerda la extradición incluso cuando el culpable alega motivos políticos, si el hecho por el cual se demanda la extradición constituye un delito de derecho común.<sup>19</sup>

El Convenio adopta el primer sistema en el art. 5.º. Por el que el Estado requerido queda facultado para negar la solicitud de extradición motivada por alguno de los delitos mencionados en los artículos 1.º o 2.º, cuando tiene serias razones para creer que ha sido presentada «con el fin de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones».

Es decir, el Estado requerido justifica su negativa a conceder la extradición ante la petición dolosa del Estado requiriente (RODRÍGUEZ, 1979, 482), que incrimina al presunto delincuente de haber cometido alguno de los delitos enunciados en el art. 1.º o 2.º, con falsedad, movido por la intención de reprimir a un opositor político, o por otras consideraciones.

En rigor, el enunciado del art. 5.º hace referencia indirecta a la pérdida del carácter democrático de uno de los Estados del Consejo de Europa signatarios del Convenio. Pues sólo, en tal supuesto, es posible la persecución de un individuo por «consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas». Y, en tal caso, el propio Estatuto del Consejo de

19. El sistema de predominancia es el seguido en Suiza en Ley Federal de 1982.

Europa prevé la exclusión del mismo, con lo que el Convenio dejará automáticamente de producir efectos. Así pues, cabe preguntarse sobre la utilidad del art. 5.º. Y si, en última instancia, su único valor reside en recoger, con ánimo retórico, la tradición liberal del respeto al derecho de asilo.<sup>20</sup>

En suma, la efectividad del Convenio debe ser seriamente puesta en duda (VERVAELE, 1985, 99). El fallo es doble:

a) La ausencia de una definición jurídica del terrorismo junto a la premeditada ficción de ignorar las motivaciones políticas de tales delitos a efectos de no trabar la extradición.

b) Las reservas puestas por algunos Estados al momento de su ratificación debilitando en la práctica la aplicación del Convenio.<sup>21</sup>

Es una lástima que así sea, pues a pesar de las críticas que se le puedan hacer, adopta una política legislativa antiterrorista en sentido estricto y no mezclada con otros objetivos tales como el mantenimiento del orden público o la seguridad ciudadana.

#### 5.2.4. *La ampliación de la respuesta penal*

Parecería que la política criminal seguida en materia de

20. Los Estados signatarios se consideran: «indisolublemente comprometidos con los valores espirituales y morales, que son el patrimonio común de sus pueblos y que constituyen la base de los principios de libertad individual, de libertad política y de preeminencia del Derecho, sobre los que se funda toda democracia verdadera». Preámbulo del Convenio Europeo de represión del Terrorismo.

21. Las reservas interpuestas por los Estados signatarios fragmentan el contenido del Convenio. Algunos Estados se reservan el derecho de rehusar la extradición para todo delito que ellos consideren político —Italia, Noruega y Portugal, declaraciones hechas en el momento de la firma, 27 de enero de 1977—, y de Suecia —15 de septiembre de 1977—. Francia, por ejemplo, firma el Convenio con la reserva de que «en ningún momento los derechos del hombre corran el riesgo de ser puestos en entredicho». Por último, la R.F.A. declara en el momento de la firma del Convenio que éste también se aplicará al territorio de Berlín, sin perjuicio de las reservas de derechos, responsabilidades y legislaciones de la República de Francia, del Reino Unido y de los Estados Unidos.

terrorismo, en la mayor parte de las normativas antiterroristas europeas, está presidida por la idea de la agravación de las penas. En Italia, el Decreto-Ley n.º 625 de 15 de diciembre de 1979, aumenta la pena para los delitos cometidos con finalidad de terrorismo o de eversión del orden democrático; en la R.F.A. se procede en el mismo sentido con la Ley de 31 de mayo de 1978; y en España, con la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre. Esta estrategia legislativa se ha llevado adelante por dos vías «Bien directamente, a través de la mayor entidad de las sanciones penales previstas por el legislador, o bien mediante el adelantamiento y la ampliación de la intervención penal».<sup>22</sup> Merece la pena el detener nuestra atención sobre estos temas.

La agravación punitiva, para las acciones terroristas calificadas en tipos delictivos del ordenamiento, se contempla en los arts. 3.º y 8.º de la L.A.E. Asimismo, la ampliación de la intervención penal se regula en el art. 3.º.1, que dice: «La frustración será sancionada con las mismas penas que las señaladas para el delito consumado en el supuesto de los enunciados en los apartados... del art. 1.º de esta Ley», y en el art. 8.º.1 se dice que se impondrá la pena de reclusión menor, «a los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieran dirigido su ejecución...». Equiparar la frustración a la consumación y agravar la penalidad de delitos comunes, cuando son cometidos por determinado sujeto activo, son el eje central de la nueva normativa antiterrorista.

En el curso de los debates parlamentarios previos a la aprobación de la Ley, una de las cuestiones que suscitaron mayores polémicas fue la aludida equiparación de la frustración al delito consumado. Entre los argumentos que lo justificaban se manejó la especial relevancia del bien jurídico que debía ser protegido. Se puso de manifiesto que el «valor político», en este caso la seguridad pública y la estabilidad del sistema democrático, resultan igualmente vulnerados

22. BERDUGO y SERRANO-PIEDecasas: *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo*, artículo de próxima publicación en la revista Derecho Penal y Criminología.

Las particulares características del fenómeno terrorista, delincuencia por convicción, hacen dudar que el agravamiento de las penas aporte efectos preventivo-generales adicionales. Si aceptamos esta hipótesis inicial, se nos plantean dos interrogantes: a) ¿Cuáles son las exigencias preventivo-generales respecto al terrorismo?; y b) ¿cómo se aplica la agravación adicional propia de estas figuras?

a) Si la amenaza penal sobre los potenciales terroristas es nula, entonces la respuesta penal agravada sólo tiene justificando el delito concreto agota todas sus fases de ejecución, que cuando no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor.<sup>23</sup>

En las distintas fases de la ejecución del delito la intención del agente es la de llevar a cabo un hecho antijurídico. No obstante, no debe desconocerse que existe otro elemento, el desvalor del resultado. Punto de referencia, por otra parte, a la hora de fijar la pena. Así lo recoge el Código Penal en los arts. 51 y 52, que se atienen al principio del hecho. La L.A.E. se dirige a la tutela de la estabilidad del sistema y del orden público, pero ello no justifica, de ninguna manera, el hacer caso omiso del hecho material de que se agoten o no todas las fases de ejecución del delito (LAMARCA, 1985, 307).

Esta última reflexión nos hace considerar la divergencia que existe en materia de política criminal entre el Código Penal y la L.A.E. En efecto, el Código se dirige exclusivamente a proteger los bienes *inmediatamente* atacados —la vida, la libertad, la propiedad, etc.—, mientras que los arts. 3.º y 8.º de la Ley Antiterrorista responden a la necesidad de tutelar penalmente los bienes jurídicos atacados, *de modo mediato*, por la actividad terrorista.

Esta cuestión nos lleva a considerar si la mayor entidad de las penas y la ampliación de la intervención penal cumplen con las exigencias preventivo-generales. En otras palabras, si la respuesta penal ordinaria es suficiente o se requiere una mayor punibilidad a los efectos de resaltar la gravedad de estos delitos.<sup>24</sup>

23. *Diario de Sesiones del Congreso*, intervención del señor diputado RUIZ GALLARDÓN, n.º 147, 25 de septiembre de 1984, 6650.

24. BERDUGO y SERRANO-PIEDRACASAS: *Reflexiones...*, cit.



ficación desde puntos de vista retribucionistas. No obstante, cabe sostenerla, sin tener que caer en los mismos, si se tiene en cuenta que la prevención general, en su vertiente positiva, cumple la función de facilitar la interiorización de un entramado de intereses cuya distinta importancia se manifiesta por la distinta entidad de la amenaza penal. Es así que, aunque la agravación pueda no ser considerada necesaria, al menos el art. 3.1 «respeta el marco penal de cada delito concreto y con ello la imprescindible proporcionalidad entre las penas de delitos de dispar gravedad» (ARROYO ZAPATERO, 1985, 185). Límites que no respeta el art. 8.º.

b) En efecto, el adelantamiento de la intervención del Derecho Penal y las restantes agravaciones que igualan con las mismas penas lo desigual, cuya efectividad preventiva está muy lejos de quedar demostrada, encuentran su razón de ser en el cumplimiento de una función simbólica. Se ha hecho abandono del paradigma de la prevención por el paradigma de la víctima. Como muy acertadamente expresa HASSEMER: «Las normas y las combinaciones sociales-penales sobre las que recaen serias dudas de su efectividad frente al delito, sólo pueden tener el sentido de que el sistema penal demuestre su presencia y capacidad de acción ante el interés socializado de la víctima, es decir, transmitir la apariencia de efectividad y protección social» (HASSEMER, 1981, 94 y 95).

En resumen, las exigencias preventivo-generales del terrorismo existen y no son superiores a las determinadas por la importancia de los bienes jurídicos lesionados. Una agravación adicional, explicada desde los intereses de la víctima, no es aconsejable desde las perspectivas preventivo generales por ser innecesaria y acarrear efectos negativos.

Consideraciones similares hace la *Magistratura Democrática* al comentar los arts. 1.º y 2.º de la Ley italiana de 15 de diciembre de 1979, n.º 625.<sup>25</sup> Destaca el «impacto simbólico» que supone las agravaciones penales introducidas en la Ley, con el objeto de tranquilizar a una opinión pública

25. Magistratura Democrática: *Osservazioni sul decreto legge 15 dicembre 1979, n.º 625 concernente misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*. Il Foro Italiano, vol. 103, 1980, 93 y ss.

amedrentada. Asimismo, advierte de los peligros que encierra el uso propagandístico de la norma penal. Uso que puede conducir a la quiebra de los principios básicos que informan al Derecho Penal.

Incluyo, para finalizar, las opiniones que merecieron a los estudiantes españoles de tercer curso de derecho sobre dos temas relacionados con lo que se ha venido hablando. Acerca de la oportunidad en el equiparamiento de la frustración con la consumación del delito a efectos punitivos, se manifestaron contrarios el 56,99 %, frente al 30,88 % que contestaron afirmativamente, más un 10,11 % que les parecía oportuno bajo determinadas condiciones. Más graves fueron los resultados obtenidos en la pregunta n.º 18, que decía: «¿Es aconsejable la aplicación de la pena de muerte para los terroristas culpables de asesinato?». El 16,91 % respondió afirmativamente, más 11,03 % a veces, frente a un 69,67 % que se manifestaron contrarios. Las variaciones en los porcentajes por Autonomías y los resultados obtenidos al realizar un cruce de esta pregunta con el relativo a las «preferencias políticas» de los encuestados fueron harto significativas. Por ejemplo, en Castilla-León se declararon partidarios de la pena de muerte un 17,93 % y en «algunos casos» un 13,94 %, mientras que en el País Vasco las respuestas fueron un 6,98 % y un 2,33 %, respectivamente. Por afinidades políticas los que se consideraban apolíticos manifestaron su conformidad un 23,40 % y «en algunos casos» el 17,02 %; para la derecha fue el 29,23 % y el 16,92 %; y, por último, para la izquierda, los resultados fueron 6,44 % y 6,06 %.

Las reflexiones que me sugieren estos resultados, en mi opinión poco alentadores, se refieren al ánimo retribucionista, que parte de la población española, sigue atribuyendo al quehacer de la Ley Penal. Mentalidad que no ha variado substancialmente a tenor de los resultados obtenidos en una encuesta similar realizada en 1974 por THOARIA;<sup>26</sup> en efecto, la actitud de los jueces consultados sobre este tema fue la siguiente: el 19 % se declaraba partidario y un 18 % pensaba

26. THOARIA: *El juez español. Un análisis sociológico*, col. Ciencias Sociales, Tecnos, Madrid, 1975, 201 y 203. Citado por BERGALLI (1983b, 90).

que debía existir en los textos legales, pero que su ejecución debería ser conmutada. Entre los estudiantes de Derecho el número de los partidarios era el de un 24 %, inferior al obtenido por mí si pensamos que deben sumarse los que responden «sí» y «a veces», pues si hay algo «indivisible» es precisamente la pena de muerte, total que arroja una proporción de un 28 %.

#### 5.2.5. *La opción «premieral» como estrategia frente al terrorismo*

Un tema particularmente delicado y conflictivo es el referente a las medidas legales que establecen circunstancias atenuantes para los terroristas arrepentidos (*pentiti*). Estas cláusulas configuran lo que ha dado en llamarse *Derecho premieral* (RESTA, 1983, *passim*), pudiendo claramente percibirse la influencia de la legislación antiterrorista italiana sobre la española en esta materia. El art. 6.º de nuestra Ley Orgánica antiterrorista no está en la actualidad en vigor, puesto que de acuerdo con la Segunda Disposición Final sólo se preveía una «vigencia temporal de dos años». Sin embargo, dada la importancia del tema y la intención manifestada por el Gobierno de reintroducir, una vez derogada la Ley Orgánica, esta figura en la legislación ordinaria,<sup>27</sup> he considerado oportuno hacer mención de la misma.

En efecto, la Ley italiana 15/1980 de 6 de febrero, introduce una figura nueva: la del *pentiti*, para el caso de autores de delitos cometidos con finalidad terrorista. Por la misma se prevé una substancial reducción de penas, supresión de la agravante de terrorismo, cuando el inculcado haga abandono del grupo, evitando así la comisión de la acción delictiva (art. 4.º). En la L.A.E., en el art. 6.1, de manera similar, otorga beneficios, uno o dos grados de rebaja en la pena, al sujeto que «haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado».

Además, en los arts. 4.º y 5.º de la Ley italiana 15/1980,

27. *El País*, 21 de noviembre de 1987.

extiende estos beneficios a los inculpados que aporten pruebas decisivas para la localización o captura de otros integrantes del grupo o banda armada (supresión de la agravante de terrorismo). Y la no punibilidad, para aquellos que eviten el delito, proporcionando pruebas para la reconstrucción de los hechos e identificación de los participantes. Estas medidas se complementaron con la L. 304/1982, de 29 de mayo, por la que se bonifica con mayores reducciones de pena a aquellos que colaboren de forma más eficaz con las autoridades. En el art. 3.1 se establece una condena de diez a doce años —en lugar de cadena perpetua para el delito en cuestión—, y la disminución en la mitad de la pena en los demás casos, para los que confiesen todos los delitos cometidos y colaboren con la policía y el juez en la recogida de pruebas decisivas, para la localización o captura de autores de otros delitos de la misma índole. En el art. 3.2 se posibilita la reducción de la pena hasta un tercio de su duración inicial, si dicha colaboración es de excepcional importancia.<sup>28</sup>

Respecto a este supuesto de colaboración activa, la L.A.R. beneficia incluso con la remisión total de la pena, excepto a los implicados en acciones de las que se hubiera seguido muerte o lesiones de los números 1.º o 2.º del art. 420 del Código Penal, a aquellos que hayan «coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables» (art. 6.º, *b*). En el párrafo tercero del citado artículo se beneficia, además, con la libertad condicional al integrante del grupo armado, que se encuentre en prisión —condenado por sentencia firme— y manifieste una conducta similar a la expresada en el apartado *b*) más arriba declarada.

Un análisis de estos preceptos permiten diferenciar dos supuestos:

*a*) El que se especifica en el art. 4 de la L. 15/1980 y en el art. 6.º *a*) de la L.A.E., que se puede denominar como «disociación silenciosa» del autor de las actividades terroristas. Para los partidarios de una justicia penal retributiva, el con-

28. Sobre el art. 2.º y 3.º de la L. 304/1982, mayo 29, se puede consultar a M. MADDALENA, 1984.

tenido de estos artículos podría ser cuestionable. Sin embargo, si entendemos la necesidad de potenciar el carácter preventivo especial, orientado hacia la reinserción social y no hacia la delación, sería admisible la atenuación de la pena.<sup>29</sup> Sí, puede discutirse la procedencia de exigir confesión, por parte del reo, en los hechos en que hubiera participado. Pues esta exigencia de autoinculpación está indirectamente prohibida por la Constitución al declarar la no obligatoriedad de declararse culpable de delito alguno (art. 17.3 de la Constitución española). De todas formas, abonando la exigencia de la confesión se tiene un precedente en el art. 9.9 del Código Penal español. Aunque limita el juego de la atenuante a la confesión efectuada previamente a la «apertura del procedimiento judicial».

b) El segundo supuesto, regulado en el art. 5.º de la L. 15/1980, arts. 3.1 y 3.2 de la L. 304/1982 y art. 6b) de la L.A.E., exige una conducta activa: no sólo la de disociarse, sino la de haber evitado o disminuido una situación de peligro, impedido la realización del delito o coadyuvando en la identificación o captura de otros responsables.

Esta mayor exigencia se corresponde con un beneficio mayor en la atenuación de las penas. Las dos primeras conductas se refieren a la relación del sujeto con un delito concreto, no así la tercera, que describe lo que se conoce como «delación». Es precisamente este premio que se otorga al delator el que ha desatado el mayor número de críticas. Tradicionalmente, la respuesta penal se fija en función de un hecho delictivo previo, pero al acentuar esos elementos premiales se distorsiona la relación delito-pena para dar entrada a un tercer elemento, la conducta posterior a los hechos, que puede llegar a ser determinante en la fijación de la respuesta penal (LAMARCA, 1985, 320).

Parecería que los criterios que han guiado esta política criminal responden a preocupaciones de índole oportunista y utilitaria, destinadas más a quebrar la moral de las organizaciones terroristas que a la búsqueda de una estricta apli-

29. BERDUGO y SERRANO-PIEDecasas, cit.

cación de la ley.<sup>30</sup> Sin embargo, la experiencia recogida en España, en los dos años de vigencia de esta institución, ha supuesto una clara exteriorización de su fracaso como medio de hacer frente al terrorismo.<sup>31</sup> Aunque no ha sido óbice para servir de modelo a la Ley Antiterrorista peruana, Ley n.º 24651 de 19 de marzo de 1987, que en su artículo 2.º (incorporado en el art. 85a del Código Penal), transcribe casi literalmente el art. 6.º de la Ley Orgánica española. Artículo que amplía la premialidad, al conceder a los colaboradores con la autoridad judicial o policial, imputados de acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona, con los beneficios de la «libertad provisional, semilibertad, libertad vigilada, reducción de la pena por el trabajo o el estudio, conmutación de la pena o indulto» (art. 85a, párrafo c).

Desde un punto de vista procesal, los premios a la delación, provocan serias disfunciones que FERRAJOLI sintetiza así: «(la delación) rompe radicalmente el modelo triangular del proceso penal; transforman el interrogatorio en medio inquisitorial y de adquisición de pruebas; eliminan el contradictorio, comprometiendo la falsificabilidad de las hipótesis acusatorias; degradan la relación procesal hacia un bis a bis inquisitorial dirigido a la confesión, donde el inquisidor-confesor, suprimido el papel antagonista de la defensa, extrae las pruebas de la colaboración del inquirido, ...» (FERRAJOLI, 1982a, 219). Es decir, el interrogatorio, la confesión se vuelven a colocar en un primer plano, cuando la presunción de inocencia y el silencio constituyen unos derechos reconocidos constitucionalmente (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1986, 582). Sin olvidar que este tipo de prácticas puede alentar comportamientos policiales y penitenciarios inadmisibles (ARROYO ZAPATERO, 1985, 182).

30. Críticas a este tipo de disposiciones las encontramos, entre otros, con ARROYO-ZAPATERO (1987, 179 y ss.); DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 30, 1986, 559 y ss.; LAMARCA (1985, 319 y ss.); GARCÍA VALDÉS (1984, cit., 296 y ss.); etc. En Italia, RESTA (1983, 55 y ss.); FERRAJOLI: *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, *Questione Giustizia*, n.º 2, 1984; etc.; PADOVANI: *La soave inquisizione. Osservazione e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, 529 y ss.

31. BERDUGO y SERRANO-PIEDRASAS, cit.

El hecho de que la ley no tenga previstos controles sobre las «colaboraciones» de los presuntos terroristas con la justicia, da pie a un fenómeno ya conocido en Italia, el de las confesiones falsas contra personas inocentes. Aparte de que estas medidas benefician directamente a los dirigentes de la organización terrorista, pues son los que poseen mayores conocimientos de la misma, tanto en lo que se refiere a su estructura interna como a la identidad de sus integrantes.

En la R.F.A. también se recogen algunas disposiciones de naturaleza premial, pero más acordes con el espíritu del art. 9.9 de nuestro Código Penal, que con las normativas española e italiana anteriormente examinadas. Así tenemos que en el art. 153 de la Ley procesal (reformada por la Ley antiterrorista de 18 de agosto de 1978) se posibilita la suspensión de la persecución penal de determinados delitos de naturaleza terrorista, cuando el autor, antes de saberse descubierto, contribuye a evitar la comisión de un delito que atente contra la seguridad de la República Federal Alemana o de la vigencia constitucional.

Una última referencia a los resultados obtenidos en la citada encuesta sobre este tema. Resultados que, a mi juicio, revelan una aún escasa conciencia democrática en la formación jurídica de los encuestados, puesto que el 25,53 % era partidario de premiar la delación, más un 31,07 % bajo determinadas condiciones, frente a un 32,90 %, que disientan.

### **5.3. Aspectos procesales**

Un desarrollo de la crítica criminológica propicia una teorización global del sistema penal en su conjunto, abarcando las dinámicas de las distintas instancias oficiales desde el momento de producción de la Ley, hasta el jurisdiccional y procesal, pasando por el examen de los mecanismos informales de reacción social. Este enfoque permite superar la atomización, la separación rígida, dentro de la instancia jurídica, de las diferentes disciplinas. Separación que facilita la ocultación del conflicto social materializado en el campo del Derecho Penal en el aislamiento del momento normativo pe-

nal, respecto del momento de la interpretación de la norma y de su ejecución procesal (MUÑAGORRI, 1985, 301). A su vez, la decisión política implícita en cada norma penal encuentra su total desarrollo en el instante en que es aplicada. No se puede, por tanto, efectuar de una legislación concreta una valoración político-criminal compartimentada. Pues, como dice el profesor BERGALLI, «todo enunciado que el Derecho contenga debe ser inmediatamente referido al contexto económico y social que lo condiciona, sin el cual sus reglas no serían comprensibles, no tendrían un sentido suficientemente determinado» (1983a, 188).

Si el Derecho Penal constituye una forma de control, también lo es el Derecho Procesal, y quizás de manera mucho más eficaz. En efecto, las instituciones del proceso, debidamente reformadas, pueden potenciar una política criminal de orden público y de defensa social con más acierto y ocultación que la propia norma penal (MUÑAGORRI, 1985, 305).

Lo dicho es perfectamente aplicable a las legislaciones antiterroristas. Como veremos, son las que inciden de manera más acusada en el ámbito de las libertades individuales. Su repercusión en el ordenamiento procesal se manifiesta en dos niveles: en el ámbito judicial, con la creación de jurisdicciones especiales o excepcionales o en el propio ordenamiento, con la modificación del contenido de las medidas cautelares de carácter personal, tales como: la detención, limitación al derecho de defensa, prisión provisional, etc.

### 5.3.1. *La jurisdicción*

Debido a las graves convulsiones sociales que puede acarrear la actividad terrorista, el Poder Legislativo y, en ocasiones, el propio Poder Ejecutivo pueden llegar a dejar en suspenso los principios de independencia de la jurisdicción y del juez legal, sustrayendo al conocimiento de los Tribunales ordinarios el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo. La primera alternativa se suele adoptar por la vía de la jurisdicción militar y, en estos casos, es la usualmente empleada por regímenes políticos *de facto*. En España, por ejemplo, hasta 1975 (Decreto-Ley de 27 de agosto) los Tribunales militares conocieron en exclusiva o de forma compar-



tida con los civiles el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo; caso similar es el seguido en Chile con la Ley n.º 18.314, que «determina conductas terroristas y fija su penalidad», en su art. 12 establece que «en las causas que conozcan los Tribunales militares, éstos podrán ordenar el cumplimiento de diligencias a la Central Nacional de Informaciones». La segunda alternativa se articula mediante la creación de Tribunales especial (GIMENO SENDRA, 1983, 536). De ellos voy a hablar.

El problema que acarrea la vigencia de una Jurisdicción especial es doble. Por una parte, comporta un debilitamiento de las instituciones democráticas, pues, a menudo, su razón de ser obedece a la desconfianza del Ejecutivo frente al Poder Judicial; por otra, la presencia de tales Tribunales «frustra la función legitimadora de las resoluciones judiciales», ya que la opinión pública no los considera como independientes (GIMENO SENDRA, 1983, 537). De ahí la necesidad de enmascararlos formalmente, como sucedió en la época franquista, desvinculándoles del Ejecutivo.

En Europa occidental, salvo en España, no se puede hablar en sentido estricto de la existencia de este tipo de jurisdicción. En Irlanda del Norte, la *Northern Ireland Act 1978* dicta normas sobre la investigación preliminar de los delitos de terrorismo, el tribunal y la forma del juicio. La medida más relevante la constituye la eliminación del Jurado. El papel del Juez determina las pruebas que pueden presentarse y la forma de hacerlo. De esta manera, al Jurado sólo le llegan las pruebas jurídicamente admisibles. Con su supresión, las funciones del Juez deben ser dobles, llegándose así a situaciones extremadamente complicadas. Sobre todo si la única prueba es la confesión del imputado. Recordemos que en el sistema de procedimiento criminal inglés el declararse culpable es suficiente para poder condenar sin más evidencia. En este caso, se realiza un juicio, la valoración de la confesión, dentro del otro juicio. Este sistema se ha revelado ineficaz y potencialmente peligroso.<sup>32</sup>

Por otra parte, la *Prevention Terrorism Act 1984*, aunque no contempla ningún tipo de Tribunal especial, en los hechos,

32. WALKER (1988, 203). También KORFF (1985, 59).

concede al *Secretary of State* tales atribuciones —facultad para decidir sobre la legalidad de asociaciones políticas (Part. I, Sect. 1.º) o expulsión de los territorios del Reino Unido (Part. II)— que en los casos vistos se constituye como tal (KORFF, 1985, p. 75). En la R.F.A. la competencia en el enjuiciamiento de presuntos terroristas se confía a los Tribunales superiores de los Länder (§ 120 de la Ley Orgánica de los Tribunales). En Francia, en 1981, desapareció el Tribunal de Seguridad del Estado y restituye la competencia de las *Cours d'Assises* (L. 4 agosto 1981). En Italia, aunque la legislación *dell'emergenza* ha provocado profundos cambios, nunca se llegó, como dice GREVI, «a la introducción de jueces especiales o procedimientos extraños a los modelos ordinarios» (1983, 735).

En España se cuenta con un Tribunal independiente y especializado en el conocimiento de conductas delictivas de terrorismo: la Audiencia Nacional. Creada por Real Decreto-Ley 1/1977 y sucesivamente reformadas sus competencias por otras disposiciones, entre las que destacan: Ley 82/1978, por la que se limita la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional a la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos de terrorismo; Real Decreto-Ley 3/1979 y Leyes Orgánicas 11/1980, 2/1981 y 12/1983.

La L.A.R., en su art. 11.º, señala textualmente que: «La instrucción, conocimiento y fallo de las causas criminales por los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley corresponde en la jurisdicción ordinaria a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional». Competencia reforzada por los arts. 14 y 15. En el primero, se prevé la intervención del juez del lugar únicamente previa delegación del juez central. En el art. 15.2 se dice que toda diligencia o resolución judicial que pueda afectar a la incomunicación acordada por la autoridad gubernativa o los Juzgados centrales sólo puede ser adoptada por estos últimos. Parece inminente la derogación de la vigente L.A.E., sin embargo, según ha trascendido se sigue manteniendo en el texto del Proyecto de Reforma la competencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo. Aunque, existe un compromiso, al parecer contraído por el Gobierno con las distintas fuerzas políticas, de pasar esta competencia a los jueces naturales en un plazo de cuatro años a contar

desde la aprobación de la citada Ley.<sup>33</sup> Así pues, estos indicios son suficientes para seguir justificando el interés, si no preocupación, por esta Jurisdicción, cuya transitoriedad sigue mostrándose hipotética.

A nadie se le oculta la viva polémica desatada en torno al tema de la Audiencia Nacional. Algunos autores destacan su parentesco con el Tribunal Central de lo Penal, que no llegó a instaurarse debido al advenimiento de la democracia (GIMENO SENDRA, 1983, 537). En efecto, la Audiencia Nacional, al igual que el citado Tribunal, extienden su ámbito de competencia a otras materias de orden penal, por ejemplo delitos económicos o contencioso-administrativos, quizás como opina el profesor GIMENO SENDRA, «a fin de que pasara desapercibida su función represora y negadora de las libertades públicas», aunque afirma categóricamente que la Audiencia Nacional no puede ser comparada con el Tribunal de Orden Público (GIMENO SENDRA, 1983, 537). Sin embargo, OLARIETA opina acerca de la similitud de esta Jurisdicción con el viejo TOP, destacando que, al igual que en este último Tribunal, la Audiencia Nacional en conflicto de competencias es jerárquicamente superior a las Audiencias Provinciales. Considerándola, por este y otros argumentos, de Tribunal excepcional.<sup>34</sup>

Para el profesor GARCÍA VALDÉS, la Audiencia Nacional constituye un Tribunal «independiente y especializado» (1984, 299), que nada tiene que ver con el TOP. Por ello se muestra partidario del mismo alegando las siguientes razones: desde un punto de vista jurídico, goza de independencia respecto al Ejecutivo; el que su competencia se extienda a delitos de terrorismo, nada tiene que ver con el ejercicio de las libertades fundamentales; y existen razones prácticas que abogan por su razón de ser, tales como: permite una mayor aceleración de las vistas y su localización en Madrid «evita (que se haga) casi imposible el ejercicio de la función jurisdiccional, como podría acontecer si los juicios tuvieran lugar en los territorios donde más se producen acciones terroristas...» (GARCÍA VALDÉS, 1984, 299). Por último, para MES-

33. *El País*, 23-XI-87.

34. OLARIETA, cit., passim.

TRE, la Audiencia Nacional no es una Jurisdicción especial, por ser independiente y porque, «con un criterio formal, la regulación de sus competencias y atribuciones se realiza en la Ley Orgánica del Poder Judicial» (MESTRE, 1987, 148).

En mi opinión, no dudo de la imparcialidad de los fallos emitidos por este Tribunal, o como expresa en su tesis el autor antes aludido: «La Audiencia Nacional ha aplicado las escasas normas antiterroristas... con una perspectiva garantista de los derechos y libertades del imputado» (MESTRE, 1978, 410). Tampoco cuestiono su formal constitucionalidad, refrendada en Sentencia del Tribunal Central de fecha 14 de julio de 1981. No obstante, creo que esta Jurisdicción comporta una derogación del principio del Juez natural, la quiebra de la efectividad del contradictorio y constituye un obstáculo a la tutela jurisdiccional efectiva.<sup>35</sup>

Una pregunta inmediata que se nos plantea es la de la oportunidad o necesidad de esta Jurisdicción especializada, que distorsiona el principio del Juez natural, entrando en conflicto con el art. 14 de la Constitución, que sanciona la igualdad ante la Ley, y el 24.2, el derecho de todo ciudadano al Juez ordinario. Además, la presencia de este tipo de Tribunal contribuye «a evitar el compromiso general de los Jueces y Magistrados en el cumplimiento de su función de intervención y mediación en los conflictos y en defensa de los intereses sociales» (ARROYO ZAPATERO, 1985, 203). Este papel de mediación social del Poder Judicial no sólo está determinado por el grado de autonomía que ostente frente al poder ejecutivo, sino además, y con igual importancia por las formas en que se organiza internamente la Magistratura. Ciertamente, el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé el nombramiento de un Juez Instructor especial, atendiendo a «circunstancias extraordinarias, o las del lugar y

35. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Auto, en Madrid, 8 mayo 1987, en el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad a propósito del art. 8.º, epígrafe 1.º, párrafo 2.º de la Ley Orgánica 2/1986, Fundamentos de Derecho, folio OS0417036. Juzgado de Instrucción n.º 12, Madrid.

El Parlamento del País Vasco presentó recurso de inconstitucionalidad del art. 11 por considerar que viola el art. 152.1, segundo y tercer párrafos de la Constitución, así como los arts. 14.1 b) y 34 del Estatuto de Autonomía Para el País Vasco.

tiempo de ejecución, o de las personas que en ellos hubiesen intervenido como ofensores u ofendidos», pero sigue siendo discutible que la existencia de la Audiencia Nacional suponga un elemento de «objetivación de la competencia» (LAMARCA, 1985, 398), frente al nombramiento singular de Jueces especiales.<sup>36</sup>

Dada la existencia de tal Jurisdicción especializada, se nos plantea con mayor fuerza la necesaria intervención judicial en el procedimiento de suspensión de los derechos fundamentales. ¿Se da tal supuesto? Es difícil que el Juzgado de Instrucción Central, que tiene su sede en Madrid, pueda fiscalizar la actuación gubernativa que se viene desarrollando a cientos de kilómetros de la capital. Y esto es lo que precisamente ocurre según lo preceptuado en los arts. 14 y 15.2. La inmediata intervención del Juez significa que, de haber una restricción de los derechos fundamentales, ésta se realice con todas las garantías que la Ley ofrece. Piénsese, sobre todo, en el período de detención preventiva que de acuerdo con el art. 13 de la L.A.E. se extiende a diez días. Aparentemente, la L.A.E. limita la intervención gubernativa incluso más que la propia Constitución en su art. 55.2, pero esta restricción es puramente formal. Por un lado, prescribe la intervención judicial competente en casi todas las medidas cautelares a adoptar, pero por otro las dificultades materiales y técnicas,

36. En la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio) se confirma la vigencia de la potestad jurisdiccional de la Audiencia Nacional (art. 26). En el art. 65, al hablar de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se le atribuye el conocimiento de: «(los) delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles». Esto hay que relacionarlo con lo dispuesto en la Ley Orgánica en su art. 23, apartados 3 y 4, referente a la extraterritorialidad, y con el art. 2.º de la L.A.E. En el mismo art. 65.6 se extiende la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a: «Cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes». Es notorio el silencio que guarda la Ley no haciendo referencia a la competencia que le atribuye la L.A.E. en su art. 11, pero dejando, mediante la inclusión del apartado 6.º la posibilidad de su conocimiento por parte de la Sala de lo Penal. Parecería que el legislador trata de eludir, evitando referencias expresas, la competencia que le cabe a la Audiencia Nacional en el conocimiento de los supuestos del art. 1 y 2 de la L.A.E. Competencia que ha determinado su calificación de «Jurisdicción especial».

que suponen los Juzgados Centrales, a la hora de controlar aquella actuación gubernativa en la fase previa del enjuiciamiento determinan que el control judicial sea ineficaz. En la práctica, es la propia policía la que inicialmente está calificando los hechos como presunto delito terrorista, poniendo en juego los mecanismos que suspenden las garantías previstas en el art. 55.2 de la Constitución.

### 5.3.2. *Ordenamiento procesal*

También en el ordenamiento procesal se ha hecho sentir el impacto causado por las legislaciones antiterroristas. Las reformas liberales acaecidas en Europa después de la Segunda Guerra Mundial fueron barridas, con alguna excepción,<sup>37</sup> de la mayoría de los países democráticos europeos durante la década de 1970-1980. Ello coincide con un notable incremento de las actividades terroristas, pero también, y hay que subrayarlo, con el inicio de una crisis económica de la que aún no se ha salido. El impacto del «gobierno de la crisis», al que se hizo referencia en los primeros capítulos, se ha manifestado también en el ámbito procesal, provocando graves disfunciones que se expresan en un reforzamiento de la autoridad del Estado en detrimento del derecho a la defensa del imputado.

Ciertamente, la gravedad de la amenaza terrorista unida a la inadecuación normativa para hacerla frente justifica la adopción de determinadas reformas penales y procesales. Sin embargo, lo que de ninguna manera encuentra explicación es que tales reformas rondan la inconstitucionalidad. Recuérdese que el propio Tribunal Constitucional español (S. 16-XII-1987) ha declarado inconstitucionales varios artículos de la L.A.E. que estuvieron vigentes casi cuatro años.

Pero lo más grave es que disposiciones excepcionales creadas con carácter transitorio se incorporen definitivamente a

37. Entre los países que no han modificado su legislación orgánica o procesal, cabe destacar a Francia y Portugal. Sin embargo, con el vuelco político hacia la derecha ocurrido en Francia después de las elecciones de 1986, las intenciones manifestadas por el Gobierno son las de establecer una jurisdicción especial.

los textos legales ordinarios —reforma de la StPO alemana de 1978— o constituyendo una legislación especial prolonguen indefinidamente su vigencia —legislación antiterrorista del Reino Unido, de Irlanda del Norte, de Italia—. Situación similar podría decirse respecto al ya mencionado Proyecto de Reforma de la L.A.E. que, de ser aprobado, introduciría en la legislación ordinaria, L.E.C. y C.º P., disposiciones de claro carácter excepcional.

### 5.3.2.1. Medidas cautelares de carácter personal

#### 1) LA DETENCIÓN

La duración de la detención preventiva es, sin duda, uno de los temas más controvertidos en este tipo de legislación. Por un lado, se considera que los primeros momentos de la detención son los que aportan una mayor cantidad de información para ser usada por la policía, pero por otro, y desgraciadamente en proporción directa, se acrecienta la posibilidad de malos tratos o torturas ejercidas en la persona del detenido.

En el caso de la R.F.A. se ha seguido una política bastante moderada en cuanto a la duración del período de detención. En efecto, los detenidos estarán, como máximo, durante un plazo no superior a las doce horas a cargo de las autoridades que practicaron la detención, pasando inmediatamente a disposición del Juez competente (§ 163 de la Ley procesal penal introducido por la Ley 14 de abril de 1978). No obstante, se amplían notablemente los supuestos de detención, ya que el Procurador del Estado o la propia policía pueden arrestar a cualquier sospechoso a efectos de su identificación y registro por un período, claro está, no superior a las doce horas (art. 163a). Una disposición similar encontramos en el art. 14 de la Ley italiana 191/1978, por la que se faculta a la policía, cuando existen «indicios suficientes», para la detención del sospechoso a efectos de investigar su identidad. La primitiva redacción del art. 238 del Código de Procedimiento exigía, para que pudiese hacer efectivo el *accompagnamento*, la existencia de «graves indicios».

Caso distinto es el que ocurre en el Reino Unido, en don-

de el plazo máximo de detención es de 24 horas. No obstante, «el ministro del Interior está facultado, en determinados casos, a extender dicho plazo por otras 24 horas, o en más períodos, si así lo estima oportuno» ...» la prórroga de estos períodos no excederá, en ningún caso, más de cinco días» (*Prevention of Terrorism Act, 1984*. Part. IV, Sect. 12,4 y 5). Según una estadística, las personas detenidas en 1984 por aplicación de la Sect. 12 fueron 114, de las que 25 permanecieron detenidas más de cuarenta y ocho horas. Mientras que en Irlanda del Norte, que tiene una normativa similar en este punto (*Northern Ireland Act 1978, Part. II, Sect. 12*), para el mismo año, las personas detenidas fueron 908, de las que 533 sufrieron un período de detención superior a las cuarenta y ocho horas (WALKER, 1986, 134). Estas medidas han sido criticadas en el *Jellicoe Report*, en el sentido de que no han demostrado una gran utilidad<sup>38</sup> como medida contraterrorista, aunque sigue recomendando su aplicación mientras persista la amenaza terrorista. El *Police and Criminal Evidence Act*, los detenidos sujetos a las prescripciones de la Sect. 12, estima que las garantías y la protección dispensadas a aquéllos por la ley son «más ilusorias (que reales) a causa de su deficiente aplicación».<sup>39</sup>

Creo interesante el referirme sobre este tema a la legislación de Irlanda del Norte anterior a la promulgación de la Ley de 1978. Durante este período se podrá comprobar que la discrecionalidad usada con esta medida cautelar, a los efectos de dotar de mayores poderes al ejecutivo en su lucha contra la subversión, no sólo se mostró ineficaz, sino también se transformó en un factor criminógeno de malos tratos y prácticas degradantes en las personas de los detenidos.

El Gobierno de Irlanda del Norte dispone por Decreto n.º 12.1 el 9 de agosto de 1971 un sistema extrajudicial de detención e internamiento de los sospechosos de actividades terroristas graves contra los que no se podían conseguir pruebas suficientes ante los tribunales. El lunes 9 de agosto el Ejército inició la operación (conocida como operación «Demetrius») que finalizó con la detención de 452 personas y su

38. JELICOE REPORT, § 109, cit. *Ibíd.*, 150.

39. *Police and Criminal Evidence Act ss.*, 67, 76, 78, 82. *Ibíd.*, 120.



internamiento en tres centros regionales destinados a acogerles por cuarenta y ocho horas. No obstante, a lo largo de 1971 la ola de violencia se incrementó con un saldo de 158 civiles y 75 miembros de la policía o Ejército muertos.<sup>40</sup> Poco después de asumir la administración directa de Irlanda del Norte por el Gobierno del Reino Unido, se promulga la Ley «sobre el estado de urgencia» basada en los consejos de la Comisión Diplock el 8 de agosto de 1973. Con ella se derogan los poderes de excepción, pero, según el art. 10, permitía a cualquier miembro de la policía detener sin orden judicial a la persona que considerase sospechosa de ser terrorista por un plazo máximo de setenta y dos horas. La situación antes descrita lleva a que el Gobierno de Irlanda del Norte demande al Gobierno del Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por malos tratos ejercidos sobre 228 detenidos desde el 9 de agosto de 1971 a marzo de 1975. Como se sabe, la Comisión, delegada por el Tribunal para la investigación del caso, condenó al Reino Unido por el empleo de las llamadas «cinco técnicas», tipificándolas como torturas. No obstante, el Tribunal cambió esta tipificación, afirmando que se trataba de «un trato inhumano y degradante», pero que no infringía el art. 3.º del Convenio, que prohíbe el empleo de la tortura.<sup>41</sup>

En Italia, por el Decreto-Ley de diciembre de 1979, convertido en Ley el 6 de febrero de 1980, en su art. 6.º, creó una nueva figura: la detención por motivos de seguridad, que no requería ningún indicio delictivo. La detención de seguridad preveía una duración de cuatro días y se transformaba en detención ordinaria si en el transcurso de la investigación aparecían causas de delito. Esta disposición era claramente atentatoria del art. 13 de la Constitución. Desapareció del

40. «Caso de Irlanda del Norte contra el Reino Unido» [TEDH-19], Sentencia de 18 de marzo de 1978, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cortes Generales. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1981, 383.

41. *Ibid.*, 414: «1—Sobre el art. 3.º: ...3—Falla, por dieciséis votos contra uno, que el empleo de las cinco técnicas en agosto y octubre de 1971 ha constituido una práctica de tratos inhumanos y degradantes opuesta al art. 3.º».

4.—Falla, por trece votos contra cuatro, que dicha práctica no ha constituido una tortura en el sentido del referido artículo».

sistema italiano el 31 de diciembre de 1981. En la actualidad el plazo máximo de detención es de cuarenta y ocho horas.

En España, la Ley Orgánica antiterrorista, en su art. 13, establece el período más largo de detención de todos los países europeos. Prevé la ampliación del plazo de la misma hasta diez días, «tiempo necesario para los fines investigadores..., siempre que tal propuesta (la de la autoridad judicial) se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención». Se faculta, además, al Juez para denegar o autorizar la prolongación de la detención. Además, en el artículo citado se hace mención a los detenidos que se hallaren «comprendidos en esta Ley», y no, lo que sería más restrictivo, a los detenidos que se encontrasen implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el art. 1.º. Lo que unido al hecho de que la primera calificación de presunto terrorista la realiza la policía, posibilita el reforzamiento de ese espacio policial autónomo que preconizaba el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975.

Como es sabido, tanto el Parlamento de Cataluña como el del País Vasco presentaron recurso de inconstitucionalidad sobre este artículo. Se consideraba que vaciaba de contenido la garantía de «la necesaria intervención judicial» prevista en el art. 55.2 de la Constitución, además de infringir los arts. 24.1, 117.1, 122 y 24.2 de la Constitución, así como el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El Tribunal Constitucional admitió el recurso por entender que la prolongación de la detención debe exigir la previa y expresa autorización del órgano judicial y no sólo la mera comunicación, como preceptúa el art. 13. Asimismo, vulneraban los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y el 5.3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que requieren la conducción del detenido ante la presencia judicial «en el plazo más breve posible», así como el art. 17.2 de la Constitución, al afirmar que la detención «no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario».

Sin embargo, el Proyecto de Reforma de la L.A.E. establece en el art. 520 bis de la L.E.C. que el plazo de detención podrá prolongarse hasta un total de cinco días, «siempre que, solicitada tal prórroga dentro de las primeras 48 horas desde

la detención, sea autorizada por el juez en las 24 horas siguientes». Es decir, si bien se adecua este procepto a la primera de las razones del recurso interpuesto, no lo hace respecto al segundo: «en el plazo más breve posible». En otras palabras, cinco días aun mediando autorización expresa del juez, sigue siendo un período de tiempo exagerado y discutiblemente constitucional.

La desmesurada ampliación del plazo de detención preventiva y la permanencia del detenido bajo la exclusiva guarda policial ha propiciado, en ciertos casos, la aplicación de interrogatorios coactivos, malos tratos e incluso torturas. En este sentido, los Informes de los seis últimos años sobre Derechos Humanos de AMNISTÍA INTERNACIONAL denuncian el empleo de tales prácticas aplicadas en las comisarías a los detenidos. A juicio de esta institución, la situación descrita obedece a «la imposibilidad de obtener asistencia legal y a la falta casi total de control por parte de los magistrados competentes».<sup>42</sup> Como decía el diputado señor Pérez Royo, con ocasión del debate del Proyecto de la Ley Orgánica, «la prolongación de la detención hasta diez días, se convierte muchas veces en un factor criminógeno».<sup>43</sup>

Los resultados obtenidos en nuestra encuesta parecen avalar los puntos de vista anteriormente expresados. Preguntados sobre si la duración de la detención preventiva por diez días favorece la tortura, las respuestas afirmativas sumaron un 53,49 %, más un 19,12 % que contestaron «a veces», frente a un 19,1 %, que contestó negativamente. Las cifras fueron harto significativas en el País Vasco: el 88,37 % contestó afirmativamente, frente a un 4,65 % que lo hizo en forma negativa.

## 2) LA PRISIÓN PROVISIONAL

Otra de las características comunes a todas las normativas antiterroristas que estamos examinando son las reglas

42. Informe de Amnistía Internacional Año 1980, sección dedicada a España. Consúltense también todos los informes correspondientes a los años posteriores hasta la fecha.

43. *Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 149, 1984, 6753 y 6754.

especiales introducidas en materia de prisión provisional. Reglas que se orientan en dos direcciones: el incremento de los plazos y las limitaciones impuestas a la concesión de la libertad provisional.

En España, la norma que regulaba esta institución, art. 19 de la L.A.E., ha sido derogada en virtud de lo establecido en la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica 9/1984, aunque inexplicablemente el Proyecto de Reforma de la L.A.E. lo vuelve a introducir en el art. 504 bis de la L.E.C. De todas formas las similitudes que presenta con la legislación italiana merecen ser destacadas.

Así, se tiene que en el art. 19.1 se limita la discrecionalidad del Juez al establecer que: «El Juez o el Tribunal competente decretará, en todo caso, la prisión incondicional preventiva en los delitos que tengan señalada pena igual o superior a la prisión mayor», lo que en la práctica significa que ningún presunto terrorista podrá beneficiarse de la libertad bajo fianza, ya que para los integrantes de bandas terroristas y colaboradores la pena estipulada es la de prisión mayor (arts. 7 y 9). Asimismo, el art. 8.º del Decreto-Ley italiano de 15 de diciembre de 1979, n.º 625, establece la obligatoriedad por parte del Juez de decretar la prisión provisional incondicionada para los presuntos terroristas, salvo que las condenas por los delitos sean inferiores a los cuatro años.

De la misma manera sucede con el párrafo tercero del art. 19 de la L.A.E. y el art. 1.3, de la Ley italiana de 22 de mayo de 1975, n.º 152. En el art. 19.3 se establece que la excarcelación de los detenidos cuya libertad se hubiera acordado, quedaría en suspenso hasta que no se hubiera resuelto el recurso presentado por el Ministerio Fiscal. Es decir, de esta forma la Sala que conoce el recurso tiene mayor capacidad decisoria que el propio Juez instructor, lo que no es justificable, ya que en ese momento de la tramitación del sumario tanto la Sala como el Juez instructor disponen de las mismas pruebas (LAMARCA, 1985, 415). Por su parte, en el art. 1.3 de la Ley italiana, empleando una técnica diferente, alcanza los mismos resultados. La libertad condicional no se concederá cuando el Tribunal estime que subsiste la probabilidad de que el imputado, en atención a la gravedad del hecho o a su personalidad, una vez en libertad, pueda

reincidir poniendo en peligro las exigencias de tutela de la comunidad.

Es evidente que este tipo de disposiciones facilitan la aplicación de una política represiva encaminada al mantenimiento del orden público. Sobre todo si se relacionan con estos dos hechos: en el momento de la detención la calificación de presunto terrorista la realiza la propia policía; y, segundo, el contenido elástico e indeterminado con que se manejan los delitos de asociación y colaboración con banda armada o terrorista.

Un ejemplo que refuerza lo anteriormente dicho lo supone la Ley de la R.F.A. de 8 de agosto de 1976, que lleva a cabo modificaciones importantes en la Ley de Procedimiento Penal, § 112, y Código Penal, arts. 129a, 211, 212 y 231. En efecto, en virtud de estas modificaciones se les aplicará automáticamente el régimen de prisión preventiva a los presuntos culpables de integrar una asociación terrorista, y ello aun cuando no exista motivo para la detención conforme a lo establecido en la Ley Procesal. En otras palabras, en los supuestos de peligro de fuga, ocultación de pruebas, etc. Extendiéndose también esta medida a los simplemente sospechosos de haber prestado algún tipo de ayuda a aquellas organizaciones.

### 5.3.2.2. Limitación al derecho de defensa

Otra de las medidas típicas adoptadas por la legislación que estamos examinando es el «robustecimiento de los actos de investigación en la fase de las “diligencias de prevención”, realizado sin las necesarias garantías de inmediato control judicial y, con mengua, por tanto, del necesario derecho de defensa» (GIMENO SENDRA, 1983, 547). Quizás sea la L.A.E. la que menos alteraciones introduce en esta materia, sobre todo si la comparamos con la equivalente de la R.F.A. tras la promulgación de la Ley de 30 de septiembre de 1977.

La ley de «interrupción de contactos» (*Kontaktsperrengesetz*) instrumenta a través de la Ley de Constitución de Tribunales, una serie de medidas que dificultan la comunicación del detenido con el exterior y con su propio abogado defensor.

Se admite la posibilidad de incomunicar absolutamente al preso o detenido en determinados supuestos. Interrupción de los plazos procesales mientras dure la incomunicación, de este modo puede quedar suspendida la vista iniciada de la causa hasta treinta días. Los detenidos no pueden estar presentes durante los interrogatorios que se efectúen a otros, al igual que el abogado defensor, si en el interrogatorio está presente otro preso sobre el que haya recaído la interdicción. Todas las comunicaciones que deban hacerse al abogado, en relación con su defendido o marcha del proceso, pueden quedar en suspenso si se estima que de realizarlas se hace peligrar los objetivos de la investigación.

El conocimiento del Tribunal competente sobre la aplicación de la «interrupción de contactos» se realiza *a posteriori*. Durante dos semanas el detenido queda sujeto a las autoridades gubernativas sin beneficiarse de las garantías del adecuado control judicial.

A los treinta días desde que se adopte la medida, se levantará la interrupción, siempre que hayan desaparecido los presupuestos iniciales que llevaron a su aplicación. Presupuestos, por otra parte, basados en la simple sospecha. De todas formas, se prevé la prolongación de las medidas si sigue persistiendo la situación de peligro, aunque en este caso deberá ser confirmado por el Juez competente.

La Ley de 14 de abril de 1978, sobre «Modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal», introdujo un mayor número de limitaciones en el ejercicio de la defensa de presuntos terroristas, que podemos sintetizar así:

1) La exclusión del defensor (arts. 138a y 138b de la OPP). El primer artículo citado la prevé en los casos siguientes: Cuando sea «manifiestamente sospechoso» de haber participado en el hecho que constituye el objeto del proceso;<sup>44</sup> cuando el defensor conduzca su defensa en forma tan agresiva que pueda impedir la aplicación de la Ley Penal; y, por último, cuando aquél ponga en peligro la seguridad del establecimiento penitenciario (abuso de contactos con el detenido). En los dos primeros supuestos las calificaciones de

44. Así se excluyó al abogado CROISANT de la defensa de Andreas BAADER, por resolución del OLG de Stuttgart de 22 de abril de 1975. Cita de ALVAREZ COBOS (1983, 186).

«manifiestamente sospechoso» o «conducta agresiva» serían causas fundamentadas de exclusión si fuese la autoridad judicial la que emitiese el dictamen. En el tercer supuesto la ambigüedad de la medida no da pie a la adopción de una medida tan grave. Máxime cuando se pueden adoptar medidas preventivas<sup>45</sup> que, además de evitar tales peligros, no interfieran en el ejercicio de la defensa.

2) La vigilancia del tráfico escrito entre el defensor y el imputado (art. 148.2 de la OPP).

3) Limitación del número de defensores y prohibición de la defensa de varios imputados por un defensor común (arts. 137.2 y art. 146 de la OPP). El art. 137.2 limita a tres el número máximo de defensores. La razón de esta disposición parece que hay que buscarla en la necesidad de evitar que el inculcado pueda servirse de la asistencia de un número indeterminado de abogados prolongando indefinidamente la duración del proceso. En este sentido se manifestó el Tribunal Constitucional Federal.<sup>46</sup> El problema surge cuando el contenido del proceso sea tan vasto que requiera un mayor número de abogados. Por último, la prohibición de la defensa común a pesar de que es contraria a los principios reconocidos en la Constitución, fue confirmada también por el Tribunal Supremo Federal.<sup>47</sup>

Sin duda, todas las medidas anteriormente mencionadas conforman una legislación claramente excepcional fundamentada en una concepción «agresiva» de la democracia, atentatoria, en suma, de los fundamentos de un Estado de Derecho (MOONS, 1979, 25). Pero, esta legislación no es fortuita. Encuentra bases doctrinales previas que pueden posibilitar una aplicación autoritaria del Derecho. Como afirma GOSSEL (1980), una de ellas se refiere a la figura del abogado defensor es (un) órgano de la administración de justicia) (GOSSEL, 1980, 224). En este sentido lo conceptúa el Tribunal Supremo Federal al decir: «(La defensa) es una profesión de confianza ligada

45. Por la Ley de 1978, en el párrafo 148.2 se admite de forma indirecta la posibilidad de establecer un cristal de separación entre los comunicantes.

46. BVerfGE, 156 y 163.

47. DVerfGE, 39, 156.

al Estado, que le asigna una posición similar a la función pública obligada hacia la verdad y la justicia».<sup>48</sup> Relaciónese esta exigencia con uno de los considerandos que incluía otra sentencia del mismo Tribunal (22-V-75), a propósito de la *Berufsverbot*, que decía: «El deber político de lealtad (del funcionario) exige algo más que un respeto correcto al Estado y a la Constitución, pero por lo demás falta de interés, frío, íntimamente distante...».<sup>49</sup> Si a esto se une que se parte de la base de que el interés del culpable está dirigido a obstaculizar el esclarecimiento de la verdad, es evidente que las autoridades deben ejercitar un necesario control sobre la defensa con el objeto de que ésta se adecue al orden jurídico vigente.

Es en este marco jurídico-doctrinal en el que el Estado, a través de sus órganos pertinentes, desarrolla un fuerte control en materia de procedimiento y el defensor es asimilado a un órgano de la administración de justicia, donde tiene lugar el proceso de restricción en el ejercicio de la defensa.

En Italia, tras la reforma del art. 158.3 del Código de Procedimiento Penal por la Ley 534/1977, de 8 de agosto, la nulidad sólo será apreciada en el caso de ausencia de la defensa en la Audiencia, o por omisión en la citación del imputado. En estos casos la defensa se ejercerá de oficio. Ahora bien, el art. 6 de la citada Ley conoció diversas redacciones; en un primer momento el texto aludía a la «omisión de citación del defensor a la Audiencia», para pasar en su redacción definitiva a ser «ausencia del defensor en la Audiencia». Con esta ambigua formulación lo que se estaba buscando era «favorecer la ausencia del defensor de libre elección y su sustitución por el de oficio» (GÓMEZ BENÍTEZ, 1982, 71). Como señala FERRAJOLI (1977, 372 y ss.), se trata de institucionalizar una instrucción sin aviso o sin presencia del imputado o del abogado. Para ello se restringen las posibilidades de determinar la nulidad no subsanable, en cualquier momento del proceso.

En relación con la restricción de las posibilidades de la defensa del acusado hay que reseñar el denominado proce-

48. DVerfGE, 38, 105 y 119.

49. DVerfGE, 39, 334 y ss.



dimiento «sumario o sumarísimo», regulado en la Ley 497/1974, de 14 de octubre, y la Ley 110/1975, de 18 de abril. Por estas leyes se instrumenta una respuesta rápida a los delitos que susciten una alarma social. En la mayor parte de los casos no permite acceder a un conocimiento objetivo de las pruebas presentadas.

En España, salvo en el difuso ámbito del terrorismo, las leyes vigentes reguladoras del *habeas corpus* y de la asistencia letrada (Ley Orgánica 14/1983, 12 de diciembre, art. 527, y Ley Orgánica 6/1984, 24 de marzo, art. 2) son más respetuosas con las garantías del imputado si las comparamos con las similares europeas. Es lamentable esta disfunción introducida con la legislación antiterrorista en el sistema del procedimiento penal.

En efecto, en el art. 15 de la L.A.E. se recoge una disposición discutible al expresar que es la autoridad que haya decretado la detención quien podrá ordenar la incomunicación por el tiempo necesario. Autoridad gubernativa, con lo que se alteran las reglas de la competencia en perjuicio de la judicial. Además, se hace abandono de la norma establecida en el art. 560 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que estipula un plazo máximo de incomunicación de cinco días, en contra de los diez días ampliados por la L.A.E. Desde otra perspectiva, el art. 15.1 de la L.A.E. se remite al art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual el detenido declarado en régimen de incomunicación, es decir el presunto terrorista, no podrá elegir libremente abogado defensor, designándosele uno de oficio. Como dice GIMENO SENDRA, sería mucho más procedente arbitrar las oportunas medidas disciplinarias y penales, pero mantener la posibilidad de que el imputado elija un abogado de su elección (1983, 548). Solución que estaría plenamente en concordancia con el artículo 24.2 de la Constitución Española.

En este sentido, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento del País Vasco al art. 15 expresa su disconformidad por entender que el derecho a la asistencia letrada en los supuestos de incomunicación queda sensiblemente limitado. Desvirtúa el sentido del art. 17.3 de la Constitución que utiliza la expresión «asistencia de Abogado al detenido», al remitirse en la Ley Orgánica al art. 527 de la L.E.C., que emplea una fórmula más difusa, «presencia del

Abogado». Como es sabido, tampoco prosperó el recurso presentado por la Audiencia Territorial de Pamplona a este mismo artículo, aunque es significativo que la desestimación del Tribunal Constitucional sólo se logró por una mayoría parcial de siete votos contra cinco. Por último, hay que señalar que el Proyecto de Reforma de la L.A.E. incorpora también este polémico precepto (art. 520.2 bis L.E.C.).

### 5.3.2.3. Registros domiciliarios y suspensión del derecho de comunicaciones

La suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la observación postal, telegráfica y telefónica, en materia de delincuencia terrorista, se enmarcan dentro de una tendencia generalizada apreciable en el plano legislativo europeo. En general, el problema que se plantea con la adopción de estas medidas no es tanto la limitación del ejercicio de las libertades públicas, que puede estar justificada atendiendo la gravedad de la amenaza. El problema radica en la discrecionalidad con que puede ser aplicado este recurso por la policía, los contornos difusos que delimitan su ámbito individual de aplicación y la ausencia de las garantías procesales usuales en estos casos, como son: la presencia de testigos y el levantamiento de acta de inspección durante el registro.

1) *Registros domiciliarios*. Los comentarios que sugiere la lectura del art. 16 de la L.A.E.<sup>50</sup> se refieren a estos dos puntos:

50. El art. 16 de la L.A.E. establece: «Detenciones y registros domiciliarios. 1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder sin necesidad de previa autorización o mandato judicial a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refiere el art. 1.º, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro de dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallaren y que pudieran guardar relación con el delito. 2. El Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado comunicarán inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado».

a) En los arts. 545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la persona afectada queda claramente individualizada, no sucede así con la legislación antiterrorista, que habla de «presuntos responsables». De lo que se infiere que puede ser objeto de registro domiciliario cualquier persona sobre la cual recaigan sospechas de la policía de pertenecer o colaborar con algún grupo terrorista. Es la policía, en definitiva, la que procede al trámite de individualización.

b) A esto hay que añadir que en el art. 16.1 tampoco se especifica quién es la autoridad gubernativa que decide el registro, pudiéndose colegir que tal decisión es tomada por el jefe de la unidad que realiza la investigación. Además, el art. 16 guarda silencio sobre las garantías que instrumenta la Ley de Enjuiciamiento Criminal: levantamiento de actas, presencia de testigos, etc.

El artículo en cuestión ha sido impugnado, sin éxito, ante el Tribunal Constitucional por los Parlamentos de Cataluña y País Vasco. Ambos recurrentes aducen que la intervención judicial, exigencia del art. 55.2 de la Constitución, en el caso de entrada o registro domiciliario, debería ser previa a dichas medidas de investigación. No obstante, el Tribunal estima que la Ley sólo ha sacrificado el carácter previo de la intervención judicial en supuestos límites, «en aras de hacer efectivos los fines por los que el art. 55.2 permite la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio» (S. 199/1987, n.º 7, Suplemento, 25). El Proyecto de Reforma incluye, a su vez, este precepto (art. 553 bis L.E.C.)fl

También la Ley de Procedimiento Penal de 14 de abril de 1978 de la R.F.A. contempla este tipo de medidas. En efecto, en el art. 103 StPO se autoriza el registro de un bloque de viviendas, cuando no se conoce con exactitud en cuál de los apartamentos se alojan los presuntos terroristas objeto de sospecha. Es el Juez el que debe acordar la autorización, pero en caso de urgencia, queda facultado el propio Ministerio del Interior. Antes de efectuarse esta modificación procesal sólo se permitía el registro en una vivienda, previamente individualizada.

Una legislación similar es la italiana (Ley 625/1979, de 15 de diciembre) que autoriza el registro de «edificios enteros

o bloques de edificios» cuando se fuera a detener a alguna persona sospechosa de actividades terroristas. Se precisa la autorización judicial, aunque sólo sea concedida por teléfono. En caso de urgencia se puede prescindir de ella, notificándose posteriormente los resultados al Procurador de la República. El control escaso en cuanto a su empleo legítimo por parte de la Magistratura, lo convierte, a juicio de BARATTA, «en un instrumento de intervención militar, persiguiendo objetivos políticos inmediatos... Es imaginable el uso directo de este poder (encaminado) a aislar espacios enteros de alta conflictividad social» (1985, 34).

2) La *suspensión del secreto de comunicaciones* está prevista en el art. 55.2 de la Constitución Española y recogida en el art. 17 de la L.A.E. En el párrafo primero del citado artículo, el Juez puede acordar la observación postal, telegráfica y telefónica por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos. Pero, en caso de urgencia, «esta medida podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado» (art. 17.2). En este caso se comunicará, en un plazo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación, al Juez competente, quien revocará o confirmará tal resolución.

Es decir, la ponderación de «caso de urgencia» queda a criterio del Ministerio del Interior, además de posibilitar a la policía la observación durante tres días sin el correspondiente mandato judicial. Pero el mayor problema radica en la notable ampliación de las personas susceptibles de observación. El art. 17.1 la extiende a «aquellas personas en las que, de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas..., resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos». A tenor de lo dispuesto, la última frase del párrafo citado posibilita la aplicación de esta medida ya no sólo a integrantes y colaboradores de una asociación terrorista, sino también a personas que nada tienen que ver con ella. La constitucionalidad de este artículo admite dudas en este punto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no admite recurso de inconstitucionalidad al entender que la supresión de la intervención judicial previa sólo es admisible en supuestos excepcionales cualificados de urgencia y, por tanto, acorde

con el art. 55.2 de la Constitución. De todas formas, subsiste el problema de a quién le toca valorar la supuesta urgencia. Por desgracia, la práctica del «pinchazo de teléfonos» por parte de los órganos policiales es hoy bastante frecuente y, por cierto, no precisamente a presuntos terroristas.

Encontramos disposiciones similares en el ordenamiento antiterrorista italiano. Por Ley 98/1974, que modifica los artículos 226 y siguientes de la Ley Procesal Penal, admite que la intervención de las comunicaciones telefónicas puede ser autorizada oralmente por el Juez competente, y prorrogable por un período de quince días.

#### 5.3.2.4. Medidas de suspensión de cargos públicos y clausura de medios de difusión

1) Aunque el art. 22 de la L.A.E. ha perdido vigencia en virtud de la Disposición Final Segunda, su incorporación al Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica (art. 384 bis L.E.C.) replantea toda su actualidad.

El artículo 23 de la Constitución española garantiza a todo ciudadano el derecho a participar en los asuntos públicos sin que mencione la posibilidad de suspensión, una vez que se ha accedido al mismo. Sin embargo, el art. 22 de la L.A.E. establece que «firme un auto de procesamiento por delito comprendido en esta Ley, el encausado quedará automáticamente suspendido en el ejercicio de la función o cargo público que estuviere ostentando». Las críticas de inconstitucionalidad (BOBILLO, 1985, 70) del citado artículo se basan en que supone la imposición de una pena con anterioridad a la sentencia de condena (ARROYO ZAPATERO, 1985, 177), que infringe los principios de presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) y de igualdad en el acceso a la función de cargos públicos (art. 23.2 de la Constitución). La arbitrariedad de la norma se refuerza al no prever la posibilidad de reparar el daño cometido en caso de sentencia posterior favorable. Es probable que las consideraciones que han llevado al legislador a esta norma obedezcan a consideraciones coyunturales de índole política de dudosa aceptación.

2) El art. 21.1 de la L.A.E. se refiere a la clausura de los medios de difusión y establece: «Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión...».

Este precepto objeto de vivas críticas y de recurso de inconstitucionalidad por los Parlamentos de Cataluña y País Vasco, basan su cuestionamiento en dos puntos: primero, porque supone una limitación esencial de los derechos reconocidos en el art. 20 de la Constitución, para lo que el legislador no estaría habilitado por el art. 55.2. Argumento reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional (S. 199/1987). En segundo lugar, porque la forzosidad de la medida supondría una limitación de la independencia del Juez, que sería contraria a los arts. 24 y 117 de la Constitución. Asimismo, el Tribunal lo admite por entender que «la disposición legal puede operar así como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del art. 20 de la Constitución, que resultarían incompatibles con éstas, y con un Estado de Derecho» (S. 199, 1987, n.º 7, Suplemento, 27). En consecuencia, la totalidad del art. 21 ha sido declarada inconstitucional y, por tanto, nula.

#### 5.3.2.5. Otras medidas

Bajo este epígrafe se analizarán diversas medidas legislativas de carácter procesal o policial encaminadas a fortalecer la gestión del Ejecutivo.

1) El *interrogatorio policial*. En este punto la normativa más característica es la italiana. En 1969 el interrogatorio policial fue declarado contrario a la Constitución (art. 13), en la que se reconoce la íntima vinculación que tiene la defensa de la libertad personal del inculpado con el procedimiento procesal empleado. Sólo en casos de extrema gravedad o urgencia cabría la suspensión de este derecho. Sin embargo, la Ley 497/1974 de 14 de octubre admite de nuevo el interrogatorio policial, aunque con asistencia letrada. Esta

medida se ve reforzada con el art. 225 bis del Código de Procedimiento Penal, reformado por Ley 198/1978, que permite a la policía judicial interrogar sumariamente al inculcado «en caso de absoluta urgencia». Urgencia calificada por la autoridad policial actuante en el procedimiento, aunque las declaraciones así obtenidas no tienen valor procesal. No obstante, esta medida propicia la intimidación del detenido y desvirtúa el sentido que tiene el interrogatorio como instrumento de defensa del detenido, convirtiéndolo en un procedimiento inquisitorial.

2) Otro aspecto a destacar es el *uso de armas de fuego por la policía*. El Código Penal español considera exentos de responsabilidad criminal al que «obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (art. 8, 11). Este ejercicio legítimo de un derecho reservado a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se desarrolla en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo. En el Preámbulo de la Ley se habla de que el uso institucionalizado de la coacción jurídica por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de la policía», destacando más adelante la necesidad de limitar su uso ateniéndose a los principios de «moderación y excepcionalidad».<sup>51</sup> Es de destacar que, sin hablar del uso de la fuerza, habla del uso de las armas, cuando esta posibilidad, sin duda, es la última y definitiva (RECASENS, 1986, 319). Estas consideraciones tienen su razón de ser si consideramos algunos excesos cometidos por las autoridades policiales en el uso de las armas de fuego durante los últimos años. Recuérdense, entre otros, los casos de los Sanfermines de 1978, de Mondragón del mismo año o de Almería de 1981.

La legislación italiana contiene en este punto elementos más negativos. La *Legge Reale*, en su art. 14, facilita la actuación policial ampliando los supuestos de utilización de armas de fuego por parte de los agentes policiales, no sólo en el caso de la legítima defensa, sino también con el objeto de

51. Preámbulo II a), párrafo quinto.

«impedir la consumación» de determinados delitos. En la Ley 191/1978, de 18 de junio, las medidas de urgencia tienden a instaurar un procedimiento privilegiado para las fuerzas del orden cuando, durante el ejercicio de sus funciones, hubiesen cometido un delito relativo al uso de armas de fuego. El procedimiento especial concede amplios poderes al Procurador General, que está facultado para hacerse cargo del procedimiento, reenviarlo al Juez natural o demandar al Juez de instrucción el archivo del sumario. Si, en el peor de los casos, este último no estuviese conforme con la petición de archivo, el agente demandado tiene la posibilidad de proponer un requerimiento a la instancia instructora. Requerimiento usualmente exitoso (BARATTA, 1985, 31).

Por último, considero interesante el mencionar el tratamiento jurídico internacional que se dispensa a este tema. A saber, en el art. 3.º del «Código de conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», aprobado en la Resolución 34/169 de la Sesión 106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en los arts. 12 y 13 de la «Declaración de la Policía» adoptada por el Consejo de Europa, el 8 de mayo de 1979, en Sesión ordinaria n.º 31, Resolución 690. El art. 3.º mantiene una escrupulosa distinción entre la «fuerza de la Ley» y la «Ley de la fuerza» (BERISTAIN, 1984, 222). Admite que de *manera excepcional* los policías usen la fuerza, y remarca que sólo podrán hacerlo cuando sea imprescindible. Sin embargo, el texto de los arts. 12 y 13 del Consejo de Europa muestra un contenido más represivo ampliando los supuestos en el uso de las armas de fuego por parte de la policía, al establecer que la policía, en el ejercicio de sus funciones, debe de actuar con toda la determinación necesaria para conseguir los objetivos exigidos en la Ley de *forma razonable*.

3) Otro aspecto indicativo del reforzamiento del espacio policial lo constituye el *tratamiento privilegiado* que se les otorga cuando *alguno de sus miembros es objeto de procedimiento penal*.

Ya hemos hecho mención a la Ley italiana 191/1978, que instruye un procedimiento especial para las fuerzas de la policía y sus auxiliares que cometieran en el ejercicio de sus funciones algún delito relativo al uso de armas de fuego.



En España, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece un tratamiento igualmente privilegiado para los miembros de los citados cuerpos. En efecto, el art. 8.º dice que será la Audiencia Provincial «la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda». Sobre este artículo hay planteada cuestión de inconstitucionalidad.<sup>52</sup> Vulnera los principios constitucionales de la igualdad ante la Ley y el del derecho a la tutela del Juez natural. Además, desde un punto de vista estrictamente procesal, obliga a un órgano colegiado, la Audiencia Provincial, a conocer de la instrucción de una causa para la que no está preparada por su distanciamiento material y a ser simultáneamente quien instruye y enjuicia (MUÑAGORRI, 1987, 238). Este fuero especial protege a los agentes de la policía «frente a los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria» (ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ, 1986, 410). Hecho que revela la ampliación del ámbito del ejecutivo en detrimento del Poder Judicial.

4) Los *controles policiales y la recopilación y uso de la información confidencial, por parte de la policía*, son también aspectos a tener en cuenta.

El Subministerio del Interior (B.K.A.) de la R.F.A. ha desarrollado un banco de datos, situado en Wiesbaden, que ya en 1976 contaba con cinco millones de fichas personales. Sin embargo, lo más grave es que las entidades bancarias o la Asociación de Propietarios tienen la posibilidad, bajo determinadas condiciones, de acceder a la información (VERVAELE, 1985, 94). A nadie se le oculta la gravedad que puede significar su uso arbitrario. Este desarrollo de las técnicas informativas y de las computadoras posibilitan la violación del derecho a la intimidad de los ciudadanos. Con la excusa de procurar una información necesaria para la prevención del delito, su mal uso puede conducir a utilizarla «políticamente» por los grupos de presión o los propios partidos en el poder. Este tema, ciertamente, tiene la suficiente importancia como

52. La cuestión de inconstitucionalidad fue presentada por el Juez de Instrucción n.º 12 de Madrid. Tema al que ya hemos hecho referencia en este capítulo y en el tercero.

para merecer una investigación minuciosa de su actual tratamiento jurídico y, lo que es más importante, de su aplicación efectiva.

En relación con el tema de la información confidencial, es necesario reseñar la Ley italiana 191/1978, que hace desaparecer el secreto de instrucción con relación al Ministerio del Interior. Determinados delitos, entre los que se encuentran los de naturaleza política y de actividades terroristas, facultan a los órganos citados a demandar al Juez instructor detalles del sumario instruido. El Juez en este caso deberá transmitirlos en un plazo no superior a los cinco días y, en el supuesto de que no acceda a la petición, está obligado a fundamentar su negativa. El conceder a la policía la facultad de conocer las actas del proceso implica: negar al ciudadano el secreto de las investigaciones en su contra; invertir la dependencia de la policía judicial respecto a la magistratura; y, desplazar al Juez de su función central y exclusiva en la administración de la justicia (BARATTA, 1985, 30).

Otro aspecto común en el marco europeo es la facultad concedida al Ministerio del Interior y sus auxiliares para ordenar el establecimiento de controles de vehículos o ferroviarios. Así, tenemos que la *Northern Ireland Act 1978* (Part. IV, Sect. 3.2 y 3) concede al Secretario de Estado el poder de prohibir, regular o restringir la circulación de vehículos, o su inspección. Asimismo, detener o desviar la circulación de trenes en las áreas o estaciones que estime oportuno. Una reglamentación análoga rige en la R.F.A.

#### **5.4. Aspectos penitenciarios**

En la generalidad de los países europeos no existe un régimen penitenciario específico para terroristas. Conceptuados como peligrosos, se les aplican las medidas de reclusión más severas y el confinamiento en cárceles de alta seguridad. Desgraciadamente son muy frecuentes los abusos y el trato arbitrario objeto de numerosas denuncias por organizacio-

nes de Derechos Humanos, Amnistía Internacional o los colectivos de familiares.<sup>53</sup>

Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en la R.F.A. En el Informe de 1979 Amnistía Internacional denunciaba una serie de penosas situaciones de las que entresaco los hechos siguientes:

a) Las condiciones de la detención preventiva para las personas sospechosas de pertenecer a organizaciones terroristas son más rigurosas que las de los detenidos comunes. Son mantenidos en régimen de aislamiento raramente inferior a dos años e incluso, en algunos casos, tres. La Oficina Federal de Asuntos Criminales es la encargada de hacer las propuestas, en nombre de las autoridades judiciales, sobre las condiciones de detención. En casos excepcionales, el detenido puede ser absolutamente incomunicado respecto a los otros presos y el mundo exterior. Esta medida consta que solamente se aplicó en una ocasión.

b) Un cierto número de presos, en su momento, fueron relegados a las celdas literalmente denominadas «vista sin vida», en las que los estímulos quedan fuertemente reducidos: silencio casi absoluto, iluminación eléctrica permanente; el detenido está obligado a permanecer desnudo; colores uniformemente blancos. En este contexto se produjeron varios «suicidios» de integrantes de la Baader-Meinhoff, entre los que destaca la muerte de Ulrike Meinhoff el 8 de mayo de 1976.

c) Las condiciones de detención fijadas para cada individuo no están en relación con su conducta. Todas las personas responsables de la comisión de presuntos delitos por motivación política son sometidas al régimen celular. Se han dado casos de aplicar estas medidas de máxima seguridad a presos acusados de cometer delitos que no implican ningún acto de violencia.<sup>54</sup>

53. MEMORANDUM DE AMNESTY INTERNATIONAL: «Sobre las condiciones de detención de personas presuntas o reconocidas culpables de crímenes con móviles políticos en la República Federal Alemana», febrero de 1979. En *Democracia y Leyes antiterroristas...*, cit., 131 y ss. Reunión Internacional de Abogados de prisioneros políticos en los Estados de la OTAN, Freiburg, 15 julio 1985 (separata).

54. MEMORANDUM DE AMNESTY INTERNATIONAL, cit., passim.

En Italia, además de la creación de cárceles de alta seguridad para aquellos que cumplen la pena en régimen de incomunicación, se habilita a los funcionarios de prisiones para portar armas de fuego dentro del recinto carcelario. Por la Ley 374/1977 se da vigencia al art. 169 del Reglamento del Cuerpo de Agentes de Custodia, que data del año 1937, es decir, de la época fascista. Su único artículo dice que las custodias podrán utilizar armas de fuego en los casos siguientes: *a)* en el interior de los establecimientos para apaciguar revueltas de los internados; *b)* en los lugares de trabajo situados en el exterior para evitar fugas; *c)* en los servicios exteriores de vigilancia, cuando se intente, desde fuera, perturbar el orden, y *c)* en cualquier caso de intento de fuga, previa intimidación (FERRAJOLI, 1977, 377). Otra cuestión es la relativa a los largos períodos de detención preventiva. Detención que se puede prolongar durante dos años y ocho meses en cada fase judicial hasta el resultado del recurso de apelación definitivo (BUENO ARÚS, 1984, 139).

Situaciones similares son las observadas en las cárceles de Irlanda del Norte. Recuérdese el caso de la protesta de los reclusos de la prisión de Maza, que se prolongó desde 1976 hasta 1980. O el caso de la huelga de hambre iniciada en 1981 por Bobby Sands y que terminó con la muerte por inanición de varios huelguistas.

En España, la legislación penitenciaria vigente la componen la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981. En ellas se recogen una serie de reformas que podemos calificar de humanitarias: reinserción social, reeducación, actividades culturales, etc. A la vez, se elaboran una serie de criterios destinados a la clasificación de los presos según su peligrosidad desde el momento de su encarcelamiento. Según esta evaluación, serán destinados a un régimen penitenciario determinado (abierto, semiabierto o cerrado). Se contempla también la creación de departamentos especiales que pueden llegar a suponer un régimen de aislamiento celular. Los internos terroristas no se rigen por normas específicas, pero lo usual, salvo los arrepentidos, es la aplicación del régimen cerrado en atención a su peligrosidad. La otra cara de la realidad es la aplicación de esta normativa. De todos es cono-

cida la pésima situación en la que se encuentran los institutos penitenciarios, para extendernos en su descripción.

Estas breves referencias hechas sobre los sistemas penitenciarios examinados pienso que nos permiten obtener algunos rasgos comunes a todos ellos: en primer lugar, el creciente aumento de la población penitenciaria, y dentro de ella la preventiva; en segundo lugar, la proliferación de cárceles de máxima seguridad; y, en tercer lugar, el endurecimiento de las condiciones de la detención preventiva, en especial para los sospechosos de terrorismo. Todo ello nos sugiere la utilización de las prácticas carcelarias como instrumentos materiales para la formación del consenso. Como dice MUÑAGORRI: «Por un lado, amplían y proyectan el control; por otro, lo delimitan con rigor ampliando su capacidad destructiva» (1982, 102), o dicho con otras palabras: la reformulación del fin reeducativo de la pena en la clave de la defensa social.

## 5.5. Conclusiones

Esta rápida ojeada a las más importantes normativas europeas antiterroristas nos permite obtener algunas conclusiones que, en mi opinión, verifican las hipótesis adelantadas en los primeros capítulos. Me refiero al proceso continuado de desmitificación de la Ley como soporte y garantía del Estado de Derecho; a la aparición de formas autoritarias en la gestión estatal y, en consecuencia, a la desvirtuación del conjunto normativo que conforma el sistema penal y procesal; y, por último, cómo la estrategia desarrollada por el «gobierno de la crisis» ha evitado técnicamente la ruptura de las instituciones político-representativas menoscabando, con la mínima oposición, el ejercicio de determinadas libertades fundamentales.

El primero y el segundo presupuesto están íntimamente relacionados. La excepcionalidad de la norma puede justificarse por la correlativa excepcionalidad de la situación emergente. Pero la indefinida vigencia de esta normativa sólo admite una explicación: lo que era extraordinario y

excepcional ha devenido en cotidiano y normal. En este punto la pregunta inmediata que debe hacerse es: ¿El terrorismo constituye una amenaza de tal entidad que, por sí solo, justifica tal respuesta legislativa? Pienso que no. Las causas profundas de este fenómeno van más allá. De ellas se habló en el primer capítulo y no procede, en este momento, reiterarlas. Tan sólo me permito recordar un concepto ya expuesto: el terrorismo justifica la adopción de medidas que recortan el ejercicio de ciertos derechos constitucionales y que fortalecen la gestión del Poder Ejecutivo en detrimento del Poder Judicial. Condiciones necesarias, como afirma el profesor GÓMEZ BENÍTEZ, para lograr una perentoria pacificación social a efectos de conseguir la reconstrucción del modelo capitalista (1982, 97).

La generalidad de las normativas excepcionales examinadas en el último capítulo suponen una desnaturalización de los valores reconocidos constitucionalmente, que en algunos supuestos, como pasa en la legislación española e italiana, son directamente contrarias a la Constitución, y en otros, en la de la R.F.A., aunque las normas por separado sean conformes con los principios del *Rechtstaat*, no se puede decir lo mismo tomadas en su conjunto. La excepcionalidad no se limita al espacio del terrorismo, sino que tiende a proyectarse sobre todos y cada uno de los elementos del sistema penal. En éste, es dable observar una serie de disfunciones existentes en el ámbito del Derecho Penal sustantivo, en el Procedimiento Penal y en el ámbito penitenciario.

Lo anteriormente dicho nos permite afirmar que la disolución de los principios que sustentan una estricta legalidad penal son indicativos de la crisis que sufre el Estado de Derecho (FERRAJOLI, 1980/1987, 8). La legitimación legal pierde importancia frente a la legitimación política del tipo democrático consensual: «La democracia liberal-burguesa resulta desplazada por la democracia social burguesa, consensual, integrista, autoritaria, protegida» (FERRAJOLI, 1983, 64). Todo debe cooperar al fortalecimiento y defensa de ese consenso general, lo que esté fuera de él o en su contra, lo está también en contra de la democracia y, en suma, de la legalidad. Es en este marco donde debe situarse la proliferación de medidas legislativas de índole excepcional en los principales países de la Europa occidental. Legislación de or-

den público que ha contribuido a debilitar gravemente las bases garantistas y liberales sobre las que se asentaba el viejo «Estado burgués de Derecho» (FERRAJOLI, 1983, 64).

ANEXO:

«LEYES ORGÁNICAS 3/1988, 4/1988, DE 25 DE MAYO,  
DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL  
Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL»



*LEY ORGANICA 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal.*

*Artículo único*

Se introducen en el Código Penal los siguientes preceptos:

Artículo 10, número 15

Se introduce como penúltimo párrafo el siguiente:

La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

Artículo 57 bis, a)

Las penas correspondientes a los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes se impondrán en su grado máximo, salvo que tal circunstancia estuviese ya prevista como elemento constitutivo del tipo penal.

Artículo 57 bis, b)

1. En los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), serán circunstancias cualificadas para la graduación individual de las penas:

a) Que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hubiere participado.

b) Que el abandono por el culpable de su vinculación criminal hubiere evitado o disminuido sustancialmente una situación de peligro, impedido la producción del resultado dañoso o coadyuvado eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

2. En los supuestos mencionados en el apartado anterior, el Tribunal impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la fijada al delito, sin tener en cuenta para ello la elevación de pena establecida en el artículo anterior. Asimismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiere tenido una particular trascendencia para identificar a los delinquentes, evitar el delito o impedir la actuación o el desarrollo de las bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, siempre que no se imputen al mismo en concepto de autor acciones que hubieren producido la muerte de alguna persona o lesiones de los artículos 418, 419 y 420, números 1.º y 2.º del Código Penal. Esta remisión quedará condicionada a que el reo no vuelva a cometer cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a).

#### Artículo 98 bis

Los condenados por los delitos a que se refiere el artículo 57 bis, a), podrán obtener la libertad condicional si concurre alguna de las circunstancias de los apartados 1, b) o 2 del artículo 57 bis, b), y hubiesen cumplido, al menos, un tercio de la pena impuesta.

#### Artículo 174

Se introduce, antes del último párrafo del artículo 174, el siguiente y nuevo número 3.º:

3.º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

#### Artículo 174 bis, a)

1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 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.

#### Artículo 174 bis, b)

El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos o fines, realice 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 productivo, 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.

#### Artículo 233

Se añade el siguiente párrafo final.

Iguales penas se impondrán a quienes, como integrantes de una banda armada u organización terrorista o rebelde o en colaboración con sus objetivos o actividades atentaren 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.

### DISPOSICIÓN FINAL

Queda derogada 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.

*LEY ORGANICA 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

### *Artículo primero*

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los siguientes preceptos:

#### **Artículo 384 bis**

Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

#### **Artículo 54 bis**

Cuando, en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, se hubiere acordado la libertad de presos o detenidos por los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, la excarcelación se suspenderá por un período máximo de un mes, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal. Dicha suspensión no se aplicará cuando se hayan agotado en su totalidad los plazos previstos en el artículo 504, y las correspondientes prórrogas, en su caso, para la duración de la situación de prisión provisional.

#### **Artículo 520 bis**

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis, será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo estable-

cido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

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

#### Artículo 553

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

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

#### Artículo 779

Se añade un párrafo tercero del siguiente tenor:

Tercero.— Los delitos a que se refiere el artículo 384 bis.

#### *Artículo segundo*

El artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado en los términos que a continuación se expresan:

#### Artículo 579

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, que el procesado remitiere o recibiere, y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por

estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

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

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

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

#### DISPOSICIÓN ADICIONAL

Las referencias a la norma de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución se entenderán hechas a esta Ley Orgánica.

#### DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los Juzgados Centrales de Instrucción y Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de intermediación judicial.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. (1974), *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*, Éditions de l'Université de Bruxelles. Bruxelles.
- (1977), *Seminaire International sur le terrorisme*, Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal.
- (1982), *Tortura y Sociedad*, Edit. Revolución. Madrid.
- (1983), *Diritto di critica*, Periodico di riflessione e pratica giudiziaria, n.º 4, Luglio-Settembre.
- (1984), *Terrorismo internacional*, Instituto de Cuestiones Internacionales. Madrid.
- (1985), «Violencia política y terrorismo», Rev. Ideas y Debate. Madrid, n.º 2.
- (1985), *Democracia y Leyes antiterroristas en Europa*, Ipes, Bilbao.
- (1986), *Political Violence and Terror*, Edit. by Peter H. Merkl, University of California Press, London.
- (1986), *The future of political violence*, Edit. by Richard Clutterbuck. Macmillan, Oxford.
- (1987), *Terrorismo*, en Rev. Debats, n.º 19, Valencia.
- ABENDROTH, W., y LENK, K. (1973), *Introducción a la Ciencia Política*, Anagrama. Barcelona.
- ALEXANDER, Y., and NANBS, A. S. (1986), *Legislative responses to terrorism*, Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/Lancaster.
- ALTVATER, E. (1977), *Notas sobre algunos problemas del intervencionismo de Estado*, en «El Estado en el capitalismo contemporáneo», Siglo XXI, México.
- ÁLVAREZ, F. J., y COBOS, M. A. (1983), *La Legislación antiterrorista: Una huida hacia el Derecho Penal*, Rev. Fac. D.º de Univ. Complutense de Madrid, n.º 68, pp. 161-193.

- AMNISTÍA INTERNACIONAL: Informes: años 1980, 1981, 1982, 1983, 1984, 1985 y 1986. Edit. Fundamentos. Madrid.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y GARCÍA HERRERA (1979), *Legislación excepcional y Estado de Derecho*, en Argumentos, marzo, Madrid.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., y MOVILLA ÁLVAREZ (1986), *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid.
- ANTÓN ONECA, A. (1949), *Derecho Penal, Parte General*. Reus, Madrid.
- AÑÓN ROIG, M.<sup>a</sup> J.; DE LUCAS Y MARTÍN, J., y VIDAL GIL, J. (1986), *Notas sobre una legislación amenazante*, Cuadernos de Política Criminal, n.º 29, pp. 269-290.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1981), *La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981*, de 4 de mayo. Cuadernos de Política Criminal, n.º 15, pp. 379-427.
- (1985), *Terrorismo y Sistema Penal*, en «Reforma política y Derecho», Madrid.
- BARATTA, A. (1977), *El Estado de Derecho. Historia, concepto y problemática actual*, *Rev. Sistema*, n.º 17/18, pp. 11-23.
- (1978), *Criminología Crítica y política penal alternativa*, en *Rev. International de Droit Penal*, n.º 1, pp. 43-55.
- (1979), *Terrorismo e stato della crisi*, *La Questione Criminale*, año V, enero-abril, n.º 1.
- (1982a), *Criminologia critica e critica del diritto penale (Introduzione alla sociologia giuridico-penale)*, Quaderni della rivista «La questione criminale», n.º 5, il Mulino, Bologna. Hay versión en cast.: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal* (trad. A. Bunster), Siglo XXI Editores. México, 1986.
- (1982b), *Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad*, *Nuevo Foro Penal*, n.º 15, Edit. Temis, Bogotá, pp. 737-749.
- (1984), *Integración-prevención: Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 24, pp. 533-553.
- (1985), *Violencia social y legislación de emergencia en Europa: una aproximación a la situación de Italia*, en «Democracia y leyes antiterroristas en Europa», Bilbao.
- (1986), *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal*, en *Rev. Poder y Control*, Barcelona, n.º 0, pp. 77-93.
- BARATTA, A., y SILBERNAG, M. (1983), *La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale*, en *Dei delitti e delle pene*, año I, n.º 3, pp. 543-581.
- BARBERO SANTOS, M. (1971), *Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960*, en Problemas actuales del Derecho Penal y



- Procesal, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Salamanca.
- (1979), *Marginalidad social y derecho represivo*, Bosch, Barcelona.
- BARCELONA, P. (1980), *Oltre lo Stato sociale. Economia e politica nella crisi dello Stato keynesiano*, De Donato, Bari.
- BARCELONA, P., y COTURRI, G. (1976), *El Estado y los juristas*, Fontanella, Barcelona.
- BASAGLIA, F. (1980), *Violencia en la marginalidad: El hombre en la picota*, en Rev. Derecho Penal y Criminología, n.º 11. Bogotá, pp. 43-66.
- BASSIOUNI, M. (1981), *Project de Code Pénal International*, en Rev. International de Droit Pénal, 1.º y 2.º trimestre, pp. 41-237.
- BEIRLAEN, A. (1978), *Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme international*, en Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé, n.º 4, pp. 825-844.
- BELLOCH, J. A. (1985), *Introducción al estudio de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre: ¿Una quiebra del Estado de Derecho?*, en Rev. Vasca de Administración Pública, n.º 11, pp. 9-24.
- BERGALLI, R. (1976), *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Madrid.
- (1983a), *El pensamiento crítico y la criminología*, en El pensamiento criminológico, I. Un análisis crítico, Península, homo sociologicus, 28, Barcelona.
- (1983b), *La instancia judicial*, en R. BERGALLI, J. BUSTOS y T. MIRALLES, El pensamiento criminológico, II. Estado y Control. Península, homo sociologicus, 29, Barcelona.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1976), *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa. Su desarrollo hasta 1940*. Tesis doctoral, Madrid.
- (1979), *Reflexiones sobre el Decreto-Ley de Seguridad Ciudadana*, en Informaciones, 7-IV-79.
- (1981a), *Garantías en la Constitución ante la suspensión de Derechos Fundamentales*, Sistema Rev. Ciencias Sociales, n.º 42, pp. 57-78.
- (1981b), *Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio*, Rev. de Política Comparada, n.º 5.
- (1982), *El Concepto, el Método y las Fuentes del Derecho Penal*, Memoria.
- (1948), *Revisión del contenido del bien jurídico del honor*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, pp. 301 y 383.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., y J. R. SERRANO-PIEDRECASAS (1987),<sup>1</sup> en *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo*. Artículo

- de próxima aparición en la Rev. Derecho Penal y Criminología.
- BERISTAIN, A. (1984), *Código deontológico y policial según las Naciones Unidas*, en Terrorismo Internacional, Inst. de Cuestiones Internacionales. Madrid.
- BOBILLO, F. J. (1985), *Constitución y Legislación antiterrorista*, en Estudios Políticos, n.º 48, pp. 47-76.
- BONANTE, L. (1979), *Dimensioni del terrorismo politico. Aspetti interni e internazionali, politici e giuridici*, F. Angeli. Milano.
- BORRICAND, J. (1980), *L'extradition des terroristes*, en Rev. Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, pp. 661-691.
- BRICOLA, F. (1975), *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, en La Questione Criminale, maggio-agosto, I, n. 2, pp. 221-288.
- BUENO ARÚS, F. (1984), *Legislación Penal y Penitenciaria comparada en materia de terrorismo*, en Instituto de Cuestiones Internacionales. Madrid, pp. 115 y ss.
- (1986), *Principios generales de la legislación antiterrorista*, en Rev. Fac. D.º Univ. Complutense. Madrid, n.º 11, pp. 135-145.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1983), *Estado y control: La ideología del control y el control de la ideología*, El Pensamiento Criminológico, II. Op. cit., Península, Barcelona, pp. 11-35.
- (1986), *Las funciones de la policía y la libertad y seguridad de los ciudadanos*, en Rev. Nuevo Foro Penal, n.º 32. Bogotá, pp. 165-177.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1980), *Pena y Estado*, Papers, Rev. Sociología, n.º 13, pp. 97-128.
- CALAMANDREI, F. (1982), *La violencia en la lucha política*, en La violencia en la sociedad actual. Univ. Internacional Menéndez y Pelayo. Madrid.
- CAMERA DEI DIPUTATI (1983), *Proposta di legge. Nuove misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale attraverso la dissociazione dal terrorismo*. Presentata il 9 marzo 1983. Atti Parlamentari, n.º 3983, Roma.
- CAMPO, S. (1984), *Terrorismo Internacional*, Instituto de Cuestiones Internacionales. Madrid.
- CARBONELL MATEU, J. C. (1983), *Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación de la rebelión y el terrorismo*, en Comentarios a la Legislación Penal, t. II. «El Derecho Penal del Estado Democrático», Ed. Edersa. Madrid, pp. 191-201.
- CASTELLS ARTECHE, M. (1984), *Radiografía de un modelo represivo*, Ediciones Vascas Argitaletxea. San Sebastián.
- CEREZO MIR, J. (1981), *Curso de Derecho Penal Español (Parte General)* (1976), 2.ª edic. Madrid.

- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. (1981), *Derecho Penal. Parte General*, t. II. Univ. de Valencia.
- COBOS GÓMEZ, M. A., y CUERDA, A. (1979a), *La otra cara del problema: La Extradición*, en Rev. Fac. de Derecho Universidad Complutense, n.º 55, Madrid, pp. 125-192.
- CÓRDOBA RODA, J. (1978) *Comentarios al Código Penal*, Edit. Ariel. Barcelona.
- CONSEJO DE EUROPA (1980), *La défense de la démocratie contre le terrorisme en Europe: Tâches et Problèmes*, Assemblée Parlementaire, Rapport par J. M. FANJUL. AS/Pol/Coll/Terr (32), 10. Strasbourg.
- CONVENIO PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TERRORISMO (16/XI/37) (1938), en 19. League of Nations Official Journal, n.º 23.
- CONVENIO EUROPEO PARA LA REPRESIÓN DEL TERRORISMO, 1977: En European Treaty Series, n.º 90.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1981), *La protección extraordinaria del Estado*, en La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, Predieri y Enterría. Madrid.
- CUELLO CALÓN, E. (1981), *Derecho penal. Parte General*, 2 vols., Barcelona, 18.ª edic.
- CHARNAY, J. P. (1984), *Terrorisme et Politique*, en Rev. Politique et Parlementaire, n.º 897, pp. 75-86.
- CHOMSKY, N. (1986), *La enfermedad de la democracia norteamericana*, El País, 29 de noviembre.
- DAVID, E. (1974), *Reflexions sur la definition et la repression du terrorisme*, en Le Terrorisme en Droit International, Edit. Univ. de Bruxelles.
- DE CABO MARTÍN, C. (1986), *Crisis del Estado Social*, P.P.U., Barcelona.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (1986), *Atenuación y remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*, en Cuadernos de Política Criminal, n.º 30, pp. 559-602.
- DELLA PORTA, D., e MATTINA, L. (1985), *I movimenti politici a base etnica: Il caso vasco*, en Rev. Italiana di Scienza Politica. a. XV, n.º 1, aprile, pp. 35-67.
- DIÁZ, E. (1975), *Estado de derecho y sociedad democrática*, en Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 6.ª edic.
- DOMÍNGUEZ, H. (1985), *El terrorismo en el Estado de derecho*, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- EBILE, J. (1985), *El delito de terrorismo*, Edit. Montecorvo. Madrid.
- ENGELS, F. (1969), *Escritos*. Peninsula, Barcelona.
- EVANS, E., and MURPHY, F. (1978), *Legal aspects of International Terrorism*, Lexington Books.
- FEBBRAJO, A. (1975), *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera de Niklas Luhmann*, Giuffrè, Milano.

- FERRAJOLI, L. (1977), *1977: Ordine pubblico e legislazione eccezionale* en La Questione Criminale, settembre-dicembre, III, n. 3, pp. 361-404.
- (1979), Intervención, en *Terrorismo e stato della crisi*, en La Questione Criminale, gennaio-aprile, V, n. 1, pp. 55-72.
- (1981/82) *El proceso 7 de abril. Análisis teórico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal*, Instituciones y Sociedad, Argumentos, dic-/ener., pp. 6-10.
- 1981), *La violencia y la política*, en V. Pérez Mariño (comp.), Justicia y Delito». Univ. Menéndez y Pelayo.
- (1982a), *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, en Questione Giustizia.
- 1982b), *Stato sociale e Stato de Diritto*, en Política del Diritto, XIII.
- (1983), *¿Existe una democracia representativa?*, en Democracia autoritaria y capitalismo maduro, El Viejo Topo, Barcelona.
- (1986), *El Derecho Penal mínimo*, en Rev. Poder y Control, Barcelona, n.º 0, pp. 25-49.
- FERRACUTI, F. (1984), *Consecuencias morales, sociales y políticas del terrorismo*, en Terrorismo Internacional. Instituto de Cuestiones Internacionales, Madrid, pp. 33 y ss.
- GALBRAITH (1967), *El nuevo Estado industrial*. Ariel, Barcelona.
- (1973), *Economics and the Public System*, Boston.
- (1985), *The anatomy of power*, Corgy Books.
- GALEANO, E. (1971), *Las venas abiertas de América Latina*, Casa de las Américas. La Habana.
- GAMBERINI, A., y GAETANO, I. (1979), *Terrorismo, Stato e Sistema della Libertà: l'inchiesta del 7 Aprile*, La questione criminale, maggio-agosto, pp. 301-317.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1982), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1983), *Autoritarismo, institucionalización y control social en América latina* (Argentina, Uruguay y Chile, 1970-1980), texto original de la Tesis de Doctorado (Universität Saarland, Rep. Fed. Alemana). Publicada en alemán: *Recht und Autoritarismus in Lateinamerika* (Argentinien, Uruguay und Chile, 1970-1980), Editionen der Iberoamericana-Reihe III, Monographien und Aufsätze n. 14, Verlag Klaus Dieter Vervuert, Frankfurt a.M., 1985. Hay versión en castellano: *Autoritarismo y control social* (Argentina-Uruguay-Chile), editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
- GARCÍA PELAYO, M. (1977), *Estado social y sistema económico*, Alianza Editorial, Madrid.
- GARCÍA SANTESMASES, A. (1986), *Marxismo y Estado*, Cent. de Estud. Constitucionales. Madrid.

- GARCÍA VALDÉS, C. (1976), *El Delito Político*, Colec. Suplementos de Cuadernos para el Diálogo. Madrid.
- (1984), *La Legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas*, en Rev. Anuario de Derecho Penal, n.º 37, pp. 293-305.
- (1986), *Alternativas legales a la privación de libertad clásica*, en Rev. Poder y Control, n.º 0, pp. 189-213.
- GIMBERNAT ORDEIG, F. (1976), *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica?*, en Estudios de Derecho Penal, Edit. Civitas, 2.ª ed., Madrid, pp. 57-82.
- (1982), *Constitución y Derecho Penal*, en Constitución española de 1978. Un análisis comparado. Suplemento n.º 7 de la Rev. Política Comparada. Madrid.
- GIMENO SENDRA, V. (1983), *Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista*, Documentación Jurídica, 37/40, vol. 2, pp. 1243-1262.
- GOLD, D.; LO, C.;
- WRIGHT, E.O. (1977), *Aportaciones recientes a la teoría marxista sobre el Estado capitalista*, en: Revista Mensual, vol. I, 8-9, 1977-78. Original en inglés: «Some recent developments in marxist Theory of the State», en: Monthly Review, vol. XXVII, 5-6, 1975.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. (1982), *Crítica de la política criminal de orden público*, en Rev. Cuadernos de Política Criminal, n.º 16, pp. 49-93.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, L. (1979/1980), *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código Penal y en el Proyecto de 1980*, en Rev. Estudios Penales y Criminológicos, t. IV. Univ. Santiago de Compostela, pp. 283-309.
- (1983), *La apología en la reforma penal*, Rev. Fac. de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (n.º monográfico), pp. 381-399.
- GORDON, R. W. (1982), *New developments in legal theory*, in The Politics of Law. A progressive critique, Edit. by David Kayrys, Pantheon Books. New York, p. 281-293.
- GÖSSEL, K. (1980), *La defensa en el Estado de Derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas*, Rev. Doctrinal Penal, año 3.º, pp. 219-239.
- GREVI, V. (1983), *Sistema penale e leggi dell'emergenza: La risposta legislativa al terrorismo*, en: Il Mulino, settembre-ottobre.
- HABERMAS, J. (1975), *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Amorrortu, Buenos Aires.
- (1981), *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Edic. Gustavo Gili, Barcelona.

- (1983), «Un modelo del compromiso del Estado Social», *Teorema*, n.º 13 y 14.
- HASSEMER, W. (1981), *Fundamentos del derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona.
- (1986), *Prevención en el Derecho Penal*, en *Rev. Poder y Control*, Barcelona, n.º 0, pp. 93-119.
- IHERING, G. (1961), *El fin del derecho*, México.
- INFORMES (1980), *Report on the work of the National Advisory Committee Task Force on disorders and terrorism*, realizado por «Law Enforcement Administration», *Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, pp. 307-311.
- (1971/1978), *Violencia Política y Terrorismo Internacional*, Informes presentados en la XVII Sesión Ordinaria de 16 de noviembre de 1971 y en la XXIV de 16 de mayo de 1978. Asamblea de la Unión Europea Occidental. *Rev. Panorama* 80.
- (1983), «Plan Z.E.N. (Zona Especial del Norte)», Ministerio del Interior, Dirección de la Seguridad del Estado.
- (1983), *States of emergency: their impact on Human Rights*, en INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS.
- (1986), *Informe de la Comisión Internacional sobre la violencia en el País Vasco*, Deia.
- JALEE, P. (1969), *L'Imperialisme en 1970*. Masperó, París.
- JESCHECK, H. (1976), *Histoire, principes et réalisation de la réforme du Droit Pénal allemand*, *Rev. de Scienza Criminelle et de Droit Pénal*, pp. 647-659.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1965), *Tratado de Derecho Penal*, t. II y III, 3.ª ed. Losada, Buenos Aires.
- KAMMLER, J. (1973), *El Estado Social*, en: ABENDROTH/LENK, *Introducción a la Ciencia Política*. Anagrama, Barcelona.
- KARSCH, F., y SCHMIEDERER, U. (1973), *Evolución funcional del poder legislativo*, en: ABNDROTH/LENK, cit. Anagrama, Barcelona.
- KORFF, D. (1985), *Las leyes antiterroristas en el Derecho Comparado Europeo, con especial incidencia en la situación del Ulster*, en *Democracia y leyes antiterroristas*. Ipes, Bilbao.
- LAKOS, A. (1986), *International terrorism: A bibliography*. Westview Press London.
- LAQUEUR, W. (1980), *Terrorismo*. Espasa Calpe, Madrid.
- LAMARCA PÉREZ, C. (1985), *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Colección Temas Penales, serie A, n.º 3, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.
- LOWRY, D. R. (1976/1977), *Draconian Powers*, *Columbia Human Rights, Law Review*, n.º 8 y 9.
- LUMIA, G. (1978), *Principios de teoría e ideología del derecho*. Debate, Madrid.
- LUHMANN, N. (1975), *Macht*, Ferdinand Enke. Stuttgart.

- MADDALENA, M. (1984), *Le circostanze attenuanti per i terroristi pentiti*, Giuffrè Editore. Milano.
- MAGNUS ENZENSBERGER, H. (1966), *Política y Delito*. Seix Barral, Barcelona.
- MANTOVANI, F. (1979), *Diritto Penale*. Cedam, Padova.
- (1984), *Il problema della criminalità*. Cedam, Padova.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (1982), *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de Reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.
- MANZINI, M. (1977), *Le disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*, Laurus, Firenze.
- MARCONI, P. (1979), Intervención en: *Terrorismo e stato della crisi*, en *La Questiones Criminale*, gennaio-parile, V, n. 1, pp. 9-21.
- MARINELLI, A. (1976), *Il delitto politico*, Archivio Penale, v. XXXII, Parte I, nuova serie, Anno VI, pp. 71-102.
- MARX, K. (1972), *El Capital*, Fondo de Cultura Económica, 5.ª edic. México.
- MAX WEBER (1979), *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica. México.
- MELOSSI, D. (1980), *Las estrategias del control social en el capitalismo*, Papers, Rev. de Sociología, n.º 13, Barcelona, pp. 165-196.
- MENGONI, L. (1959), *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, Rerv. Sociale, cit. en F. Senghi, *Capitale e impresa. Appunti per una critica al diritto*, Bocconiana, Milano, 1972, p. 84; también en: P. Barcellona y G. Cotturi, *El Estado y los juristas*, op. cit., supra, p. 217.
- MERKL, P. H. (1986), *Rollerball or Neo-Nazi Violence?*, en P. H. Merkl (ed.) «Political violence and terror». Univ. California Press. Berkeley.
- MERTENS, P. (1974), *L'introuvable acte du terrorisme*, en *Reflexions sur la definition et la Repression du terrorisme*, Edit. de l'Université de Bruxelles.
- MESTRE DELGADO, E. (1987), *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*. Tesis Doctoral, Alcalá de Henares.<sup>2</sup>
- MILIBAND, R. (1969), *The State in capitalist society*, Basic Books, New York.
- MIR PUIG, S. (1986), *Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva*, en *Rev. Poder y Control*, n.º 0. Barcelona, pp. 49-59.
- MISHRA, R. (1984), *The welfare State in crisis*, Harvester Press. Norfolk.
- MONTORO ROMERO, R. (1985), *Crisis de legitimación y crisis econó-*

- mica en el Estado social de bienestar*, en Rev. Estudios Políticos, n.º 48, pp. 177-196.
- MOONS, E. (1979), *Une nouvelle loi «antiterroriste» en Rep. Fédérale allemand: La loi de révision de la procédure pénale du 14 avril 1978*, en Rev. de Droit Pénal et de Criminologie, n.º 1, pp. 25-29.
- MORI, P., y SARACENI, L. (1975), *La «Legge Reale». Come la borghesia si difende*, Savelli. Roma.
- MUÑAGORRI, I. (1985), *Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española*, en R. Bergalli y J. Bustos Ramírez (direct. y comp.). *El Poder Penal del Estado*. Homenaje a Hilde Kaufmann. Depalma, Buenos Aires.
- (1987), *Comentario a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Rev. Poder y Control, n.º 1, Barcelona, pp. 235-247.
- MUÑOZ CONDE, F. (1983), *Derecho Penal. Parte Especial* (1976), Univ. de Sevilla, 5.ª edic.
- (1979), *La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito*, Cuadernos de Política Criminal, n. 7, pp. 91-107.
- (1983), *Derecho Penal. Parte Especial* (1976), Univ. de Sevilla, 5.ª edic.
- (1985), *Derecho Penal y control social*, Fundac. Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, R. (1986), *Proyecto Docente*, Departamento de Economía de la Facultad de Derecho, Univ. de Salamanca.
- NEGRI, T. (1979), *Dominio y sabotaje*, El Viejo Topo. Barcelona.
- (1980), *Su alcune tendenza della più recente teoria comunista dello Stato: Rassegna crítica*, en *La forma stato*. Feltrinelli, 4.ª ed., Milano.
- (1982), *Machina tempo*, Milano.
- NEUMANN, F. (1968), *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires.
- O'CONNOR, J. (1973), *The Crisis fiscal of the State*, S. Martin's Press, New York. Hay versión en cast. (Trad. G. Di Masso, J. M. Custòdio, R. Coll y M. A. Galmarini), *La crisis fiscal del Estado*, homo sociologicus 24 — ediciones Península, Barcelona.
- OFFE, C. (1977), *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etas Libri. Milano.
- OLARIETA, J. M.: *Audiencia Nacional y Tribunales de Excepción en la jurisdicción penal*.<sup>3</sup>
- PADOVANI, M. (1983), *Vivir con el terrorismo. El modelo italiano*, Barcelona.
- PASUKANIS, E. (1976), *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor Univ. Barcelona.



- PAVARINI, M. (1986), *Fuera de los muros de la cárcel*, en Rev. Poder y Control, n.º 0, pp. 155-175.
- (1987), *El sistema del Derecho Penal entre el abolicionismo y el reduccionismo*, en Rev. Poder y Control, n.º 1, pp. 141-159.
- PEDRAZA SIERRA, W. (1987), *La persecución penal del terrorismo en el Perú*, en Debate Penal, n.º 2, Lima.
- PICÓ, J. (1987), *Teorías sobre el Estado del Bienestar*, Siglo XXI, Madrid.
- PISAPIA, G. (1975), *Terrorismo: Delitto politico o delitto comune?*, Giustizia Penale, n.º II.
- (1979), *Terrorismo y orden público: el caso italiano*, en Revista Doctrina Penal, n.º 8, pp. 905-939.
- POLITOFF, S. (1984), *Adeguatezza sociale e terrore nell'America Latina: Il ruolo della giustizia*, Dei Delitti e delle Pene, maggio-agosto, pp. 367-383.
- POULANTZAS, N. (1967), *Marxist political theory in Great Britain*, New Left Review, n.º 43.
- (1977), *Las clases sociales y el capitalismo maduro*, Siglo XXI, Madrid.
- (1978), *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Siglo XXI, 5.ª edic., Madrid.
- (1979), *Estado, Poder y Socialismo*, Siglo XXI Editores.
- PREUSS, U. K. (1978), *Tesi sui mutamenti di struttura del dominio politico nello stato costituzionale borghese*, L. Basso, Milano.
- RAPOPORT, D. C. (1985), *La moral del terrorismo*, Ariel, Barcelona.
- RECASENS I BRUNET, A. (1986), *¿Continuidad o frustración histórica?*, en Rev. Poder y Control, n.º 0, Barcelona, pp. 315-333.
- RESTA, E. (1979), *Intervención en: Terrorismo e stato della crisi*, en La Questione Criminale, gennaio-aprile, V. n. 1, pp. 21-31.
- RIERA, A. (1984), *La Doctrina de la Seguridad Nacional y los regímenes políticos contemporáneos*, en Criminología Crítica, 1 Seminario. Univ. de Medellín, Medellín, pp. 65-101.
- RODOTÁ, S. (1983), *La risposta dello Stato al terrorismo: Gli apparati*, Convegno di studi promosso dalla Regione Emilia-Romagna e dall'Istituto Cattaneo. Bologna, 29 e 30 aprile. Istituto di studi e ricerche Carlo Cattaneo.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. (1983), *Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 9.ª edic.
- RODRÍGUEZ, I. (1979), *La complexe du procuste ou la Convention Européenne pour la repression du terrorisme*, Rev. de Science criminelle et Droit Pénal Comparé, julio/septiembre, pp. 471-485.
- RUSCHE, G., y KIRCH HEIMER, O., 1984: *Pena y estructura social* (trad. E. García Méndez), Temis, Bogotá.

- SANDOVAL HUERTAS, E. (1984), *Penología. Parte Especial*, Univ. Externado Colombia, Bogotá.
- SALDAÑA, Q. (1936), *Le Terrorisme*, Rev. International de Droit Pénal, pp. 26-38.
- SERRANO-PIEDecasas, J. R. (1988), *Leyes de excepción y crisis del Estado Social*, de próxima aparición en «Ediciones Universidad de Salamanca».
- SOFAER, A. B. (1987), *Terrorism and International Law*, Dialogue, n.º 76, pp. 2-9.
- SOTTILE, A. (1983), *Le terrorisme international*, en Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haya, vol. 65, n.º 3.
- STAME, F. (1979), *Teoria dello Stato e controllo sociale*, en La Questione Criminale, n.º 2, pp. 185-215.
- STORTONI, L. (1979), Intervención en: *Terrorismo e stato della crisi*, en La Questione Criminale, op. cit., pp. 5-9.
- SWEZZY, P. M., y BARAN, P. A. (1966), *Monopoly Capital*, Monthly Review, New York.
- SZABO, D. (1976), *Agression, violence et systemes socio-culturels: Essai de typologie*, Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, pp. 377-399.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1978), *Caso Irlanda del Norte contra el Reino Unido (Sentencia de 18 de enero de 1978)*, en Boletín Jurisprudencia Constitucional, Cortes Generales, Madrid, 1981.
- THORNTON, T. (1964), *Terror as a weapon of political agitation, en International War*, Free Press, New York.
- VIGNA (1981), *La finalita di terrorismo ed eversione*, Giuffrè Edit. Varese.
- VERVAELE, J. (1985), *Perspectiva europea —con especial análisis de Alemania— de la situación española en materia de Derechos Humanos*, en Democracia y Leyes Antiterroristas en Europa. Bilbao.
- WALKER, C. (1986), *The prevention of terrorism in British Law*, Manchester University Press.
- WARDLAW, G. (1982), *Political terrorism: Theory, Tactics and Countermeasures*, Cambridge Univ. Press. Cambridge.
- WEST, W. G. (1986), *El terror internacional en Nicaragua*, en Rev. Poder y Control, Barcelona, n. 1, pp. 195-205.
- WOLFE, A. (1979), *The limits of legitimacy, Political contradictions of contemporary capitalism*, The Free Press, New York/London.
- WRIGHT, O. E. (1983), *Clases, Crisis, Estado. Siglo XXI*, Madrid.

*al funcionalismo de izquierda en la teoría de las comunicaciones de masas*, Rev. Poder y Control, n.º 1, pp. 59-87.

ZVEKIC, U., y FINDLAY, M. (1987), *Para un análisis de los mecanismos informales de control social*, en Rev. Poder y Control, n.º 1, pp. 21-39.

1. El artículo ha sido publicado en la Rev. Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, enero-abril 1988, 9-105.

2. La Tesis Doctoral se ha publicado con el título: *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

3. Publicado con el título: *La Audiencia Nacional diez años después*. «Rev. Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya», n.º 33, 1988, 65-79.

## INDICE

<i>PRESENTACIÓN</i>	
<i>Emergencia: Una cultura específica</i> , de R. Bergalli . . . . .	I
<i>PRÓLOGO</i> , de I. Berdugo Gómez de la Torre . . . . .	XIX
<b>INTRODUCCIÓN</b> . . . . .	23
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>CRISIS DEL ESTADO SOCIAL</b> . . . . .	35
1.1. Consideraciones generales . . . . .	35
1.2. Aspectos teóricos acerca del origen del Estado Social . . . . .	40
1.2.1. Teorías no marxistas . . . . .	42
1.2.2. Teorías marxistas . . . . .	42
1.3. Evolución histórica del Estado Social . . . . .	46
1.4. Intervencionismo del Estado Social . . . . .	48
1.4.1. La intervención a través del capital social . . . . .	50
1.4.2. La intervención a través del gasto social . . . . .	51
1.5. Crisis del Estado Social . . . . .	52
1.6. Adecuación del Estado Social a las nuevas necesidades capitalistas . . . . .	56
1.6.1. Adecuación del Estado Social al nuevo modelo de acumulación . . . . .	56
1.6.1.1. Naturaleza de los impedimentos que el Estado Social manifiesta al desarrollo del proceso de acumulación . . . . .	56

1.6.1.2. Corrección de estos impedimentos . . . . .	58
1.6.2. Adecuación del Estado a las nuevas necesidades de legitimación . . . . .	60
1.6.2.1. Consideraciones generales . . . . .	60
1.6.2.2. Bases de legitimación del Estado Social del Bienestar . . . . .	61

## **CAPÍTULO II**

### **CONSECUENCIAS DE LA CRISIS EN EL ESTADO DE DERECHO . . . . .**

2.1. El Estado de Derecho . . . . .	67
2.1.1. Generalidades . . . . .	67
2.1.2. Aproximación conceptual . . . . .	68
2.2. El Estado Social de Derecho . . . . .	71
2.2.1. Autoritarismo: Conceptos y alcance. Teorías que lo justifican . . . . .	73
2.3. Efectos de la crisis en el ámbito de la toma de decisiones políticas . . . . .	78
2.4. Efectos de la crisis en la instancia jurídica . . . . .	80
2.5. Las repercusiones en el ordenamiento jurídico . . . . .	85
2.5.1. Aspectos penales . . . . .	87
2.5.1.1. El Derecho Penal como instrumento del control social . . . . .	87
2.5.1.2. Las nuevas funciones preventivas de la pena . . . . .	91

## **CAPÍTULO III**

### **LA LEGISLACIÓN ESPECIAL O EXCEPCIONAL . . . . .**

3.1. La excepcionalidad jurídica como una manifestación de la crisis de legitimación . . . . .	97
3.2. Supuestos de legislación excepcional . . . . .	104
3.2.1. Introducción . . . . .	104
3.2.2. Legislación excepcional comparada . . . . .	108
A) Italia . . . . .	108
B) República Federal de Alemania . . . . .	114
C) Reino Unido . . . . .	119
D) Francia . . . . .	124
E) España . . . . .	125
I/Etapa de transición . . . . .	127
II/La etapa de la adecuación formal	

de la legislación antiterrorista al texto de la Constitución . . .	130
---	-----

## **CAPITULO IV**

<b>EL TERRORISMO Y EL DELITO POLÍTICO . . .</b>	<b>136</b>
4.1. Consideraciones generales . . . . .	136
4.2. La violencia política . . . . .	139
4.2.1. Consideraciones acerca de la legitimidad en el uso de la violencia política . . . . .	139
4.2.2. Clases de violencia política . . . . .	141
4.2.2.1. Por razón de su contenido ideo- lógico . . . . .	141
4.2.2.2. Por su origen . . . . .	147
4.3. El delito político . . . . .	148
4.3.1. Aspectos doctrinales . . . . .	150
4.3.2. Clases de delito político . . . . .	152
4.3.3. Tratamiento legislativo comparado . . . . .	155
4.3.3.1. En las legislaciones internas . . . . .	155
4.3.3.2. En los Convenios Internacio- nales . . . . .	158
4.3.4. Consideraciones finales . . . . .	160
4.4. El concepto jurídico del terrorismo . . . . .	161
4.4.1. Terrorismo de Estado . . . . .	162
4.4.2. Aproximación conceptual . . . . .	165
4.4.2.1. En la doctrina . . . . .	166
4.4.2.2. En el Derecho Internacional . . . . .	168
4.4.3. Concepto jurídico del terrorismo . . . . .	173

## **CAPÍTULO V**

<b>TRATAMIENTO JURÍDICO DEL TERRORISMO . . .</b>	<b>178</b>
5.1. Consideraciones previas . . . . .	178
5.2. Aspectos penales generales . . . . .	184
5.2.1. Sistematización normativa y tipificación . . . . .	184
5.2.2. Ambito de aplicación . . . . .	187
5.2.3. La extraterritorialidad de las normas pe- nales . . . . .	191
5.2.4. La ampliación de la respuesta penal . . . . .	198
5.2.5. La opción «premio» como estrategia frente al terrorismo . . . . .	203
5.3. Aspectos procesales . . . . .	207
5.3.1. La Jurisdicción . . . . .	208

5.3.2.	Ordenamiento procesal . . . . .	214
5.3.2.1.	Medidas cautelares de carácter personal . . . . .	215
	1) La detención . . . . .	215
	2) La prisión provisional . . . . .	219
5.3.2.2.	Limitación al derecho de defensa . . . . .	221
5.3.2.3.	Registros domiciliarios y suspensión del derecho de comunicaciones . . . . .	227
5.3.2.4.	Medidas de suspensión de cargos públicos y clausura de medios de difusión . . . . .	230
5.3.2.5.	Otras medidas . . . . .	231
5.4.	Aspectos penitenciarios . . . . .	235
5.5.	Conclusiones . . . . .	238

**ANEXO:**

«Leyes Orgánicas 3/1988, 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal» . . . . .	241
---	-----

<b>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA . . . . .</b>	<b>249</b>
--	------------

"Pasando a un plano más general de discurso y utilizando categorías que también recientemente han sido llevadas al campo del lenguaje y del debate político, se podría decir que la emergencia es la respuesta, en términos vulgares, al cumplimiento del proceso de secularización dentro de la historia moderna. La búsqueda de un absoluto, imprevisible, pero dotado de sus leyes, colocado en el lugar de una providencia más o menos revelada o reemplazando la creencia en una cierta Némesis más o menos controlada. En consecuencia, sería necesario reflexionar sobre cuáles nuevas técnicas de control del comportamiento terminaría imponiendo un fundamento tal de la vida asociada; ¿qué es lo que debería substituir a la filosofía moral, por un lado, y a la estadística por el otro o ambas en conjunto, en la experiencia política occidental moderna, hecha con una mezcla de sacro y profano por el gran arte -más tarde ciencia: ciencia social- de la prudencia o la filosofía práctica?. Sería también necesario reflexionar, en consecuencia, sobre las mutaciones que se producirían en el terreno de la legitimación: no únicamente con respecto a las formas de esta última, sino quizá incluso con relación a su esencia.

¿Podría entonces proponerse el problema de la legitimación -esto es, el de mandatos obedecidos por que son justos- en una situación gobernada por la emergencia, en cambio que por criterios objetivos y formales?. Éste es indudablemente el gran interrogante al que se llega después de razonar de la forma que lo vengo haciendo y, según mi opinión, ésta es la pregunta mayor que se formulara el lector del volumen que aquí se presenta si llega a estar, de acuerdo con el análisis de su *Autor*". (De la PRESENTACIÓN-EMERGENCIA: UNA CULTURA ESPECÍFICA de *Roberto Bergalli*)