IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Salamanca

Derechos humanos y Derecho penal*.

(*) Ponencia presentada en el congreso que sobre "Control Penal en el Perú: Análisis Situacional y Estratégico" tuvo lugar en Lima del 7 al 9 de setiembre de 1987.

I

1. El objetivo de esta ponencia es pretender establecer cuales son los condicionamientos que sobre el contenido del derecho penal tiene la vigencia de los denominados derechos fundamentales. Y una vez determinados éstos, en la última parte, analizar las exigencias derivadas de los mismos en un supuesto límite: la legislación excepcional en materia de terrorismo.

En todas las reflexiones que siguen quedan reflejados unos determinados presupuestos ideológicos y en coherencia con ellos una concepción sobre qué es y para qué sirve el Derecho penal. En concreto, se toma como punto de partida la consideración del Derecho penal como instrumento de control social (1), al ser uno de los medios que se emplea para evitar la realización de comportamientos lesivos para el mantenimientos y evolución de un determinado sistema so-

(1) Con carácter general, sobre la consideración del Derecho penal como instrumento de control social y sus consecuencias, ver Muñoz Conde: *Derecho Penal y control social,* Jerez de la Frontera, 1985, passim.

Como se verá, más adelante, esta afirmación no prejuzga el cómo se llega a la determinación de los comportamientos esperados. Este es un problema de quién detenta el poder dentro de una determinada sociedad.

cial (2). Este punto de partida, es acorde con una justificación del derecho penal en su "necesidad" y no en la búsqueda de fines trascendentes (3). Concepción, por tanto, del derecho penal "como una amarga necesidad" que ayuda a posibilitar la vida en comunidad (4). Obviamente estas afirmaciones implican la adopción de finalidades preventivas (5) en la pena y el rechazo del pensamiento retribucionista.

Por otra parte, el penalista no puede desconocer que el contenido del Derecho penal está acuñado en función de un determinado orden social. An-

---

(2) Estimar que el control social busca no sólo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya una no creencia en la bondad del mismo. Sobre esta consideración del control social en general y del Derecho penal en particular, Ver Mantovani: *Diritto penale.* P. Generale, Padova, 1979, pp. 22 y ss. Stratenwerth: *Derecho penal.* Parte General, Trad. Gladys Romero, Madrid, 1982, notas 4 y 5. Berdugo: *Honor y libertad de expresión,* Madrid, 1987, pp. 16-17.

(3) Sobre esta justificación son claves los trabajos de Roxin: *Sentido y límites de la pena estatal, de Problemas básicos del Derecho penal,* Trad. Luzón, Madrid, 1976, pp. 11 y ss. y Gimbernat: *¿Tiene futuro la dogmática penal?,* en Estudio penales, 2ª edic., Madrid, 1981, pp. 105 y ss. Esta justificación tiene que situarse en el marco del más amplio proceso de laicización que tuvo lugar en la década de los sesenta, a consecuencia de diversos factores como pueden ser el auge de la sociología o los trabajos de reforma de los Códigos penales.

(4) Es lugar común remitirse aquí a la frase Hans Schultz que se utiliza en la fundamentación del parágrafo 2 del Proyecto Alternativo Alemán, al "justificar la pena como una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres", Vid. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches,* A.T. Tübingen, 1966, p. 29.

(5) En cuanto, el actual modelo de Estado parte de situar en el pueblo el origen de todo poder, y si este es el origen difícilmente puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que posibilitar la convivencia a través de la lucha contra el delito, en este sentido Roxin: *Sentido y límites de la pena estatal,* cit., pp. 12 y ss. Mir: *Función de la pena y teoría del delito en el estado social democrático de derecho,* 2ª edic., Barcelona, 1982, pp. 29 y ss.

tes bien, ha de constituir un condicionante clave de sus razonamientos y así le podrá llevar a rechazar un ordenamiento jurídico, como exteriorización de su rechazo a un sistema social, o a adoptar posturas que permitan, vía interpretación, paliar los negativos efectos del sistema que no comparte (6).

Las aseveraciones precedentes implican, indudablemente, una concepción de la denominada ciencia del derecho penal, que desborda los posicionamientos puramente dogmáticos en que permaneció durante mucho tiempo e incorpora la reflexión político-criminal, no como opuesta al razonamiento dogmático, sino al contrario, como ámbito clave a abordar por el jurista, que debe quedar reflejado en todos sus razonamientos. La política criminal es una actividad crítica y profundamente valorativa (7) que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del intérprete (8). Son, por tanto, certeras las palabras de Gimbernat

(6) Recuérdese en este sentido las aportaciones que en nuestro país efectuó la denominada dogmática crítica. Vid. Muñoz Conde: *Introducción al Derecho penal,* Barcelona, 1975, pp. 185 y ss. Mir: *Introducción a las bases de la ciencia del Derecho penal,* Barcelona, 1976, pp. 324 y ss.

(7) La valoración no consiste únicamente en la búsqueda de soluciones más eficaces, sino que también comprende el pronunciarse sobre los propios fines. El sentido restringido de la actividad político-criminal fue propugnado por Listz: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze,* I, reimp. ed. 1905, Berlín, 1970, p. 292. En el sentido del texto Mir: *Introducción,* cit., pp. 307 y ss.

(8) Lo que es claro si se toma conciencia del carácter no neutral de las decisiones hermenéuticas, y de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados (los conceptos normativos, las cláusulas generales, los ámbitos de medida... etc.), Ver por todos, Saavedra: *Interpretación del derecho e ideología,* Granada, 1978, passim.

al afirmar: "que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entramos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del derecho penal para ver que es lo que verdaderamente ha estado escondido tras él" (9).

2. La garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político-criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos y no a la inversa de entender que el individuo y sus derechos solamente tienen sentido dentro del Estado, que adquiere una consideración autónoma respecto a aquellos que la integran.

Esta primera opción política ha de generar consecuencias en todas las fases del sistema penal desde la determinación de los comportamientos que merecen la calificación de delictivos, hasta el cumplimiento de las penas en el ámbito del derecho penitenciario, pasando por el contenido de las interpretaciones propuestas. Por esta opción político-criminal se han inclinado ya aquellos ordenamientos, como el español, que a nivel constitucional se deciden

(9) Gimbernat: *Relación general,* en I Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho penal. Revue International de droit penal, 1978, p. XL.

de forma indubitada por el mencionado sistema personalista. El artículo 10.1 de nuestra Constitución es claro, en este sentido, al afirmar: que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Si se acepta esta base, la actividad político-criminal, estará fundamentalmente orientada, por un lado, a extraer las consecuencias concretas que genera sobre el conjunto del ordenamiento jurídico-penal, por otro, y en todo momento, a buscar dotar a los mencionados derechos fundamentales de efectiva vigencia en nuestra realidad cotidiana.

La búsqueda de esta doble meta, debe vincularse a una consideración material de la Constitución, que enlaza con su significado originario y quiere dotar a la misma de aplicación directa, con lo que evita su consideración como puro papel mojado (10). En cuanto ambos objetivos político-criminales gozan de apoyo en el texto constitucional. En el art. 9.1, el denominado valor directamente normativo de la Constitución, "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al respeto del ordenamiento jurídico" (11). En el art. 9.2, la búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamen-

---

(10) Sobre este punto es clave el libro de García de Enterría: *La Constitución como norma jurídica,* 2ª edic., Madrid, 1982, pp. 41 y ss.

(11) El valor directamente normativo de la Constitución planteó alguna cuestión en los primeros tiempos de su vigencia. A este tema me referí en *El delito de lesiones,* Salamanca, 1982, pp. 63 y ss. Sobre este punto ver Hesse: *Die normative Kraft der Verfassung,* Tübingen, 1959.

tales al afirmar que: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". La fórmula empleada en este último párrafo implica reconocer que en nuestra sociedad ni la libertad ni la igualdad son reales y efectivas, esto es, que jurídicamente se está reflejando una situación de desigualdad y se está imponiendo a los poderes públicos la obligación de adoptar decisiones políticas –incluídas la potencial utilización de la ley penal– encaminadas a buscar esta vigencia. Ahora bien, los derechos fundamentales no solo condicionan la labor del legislador penal o de aquellos que en sus distintas fases aplican este ordenamiento, sino también establecen una fuente para reelaborar el contenido de los distintos elementos de la teoría del delito. Pues, no se olvide el originario carácter del pensamiento dogmático (12) y como cada componente de la teoría del delito plasma un grupo de garantías.

II

1. El estudio de las relaciones entre el Derecho penal y los derechos fundamentales no debe dejar de tener presente, que estos afectan a todo el ordenamiento penal (13) y que, su listado, número y límites está

(12) Muñoz Conde: *Introducción*, cit., p. 136.

(13) A veces el recurso a la vía de la legislación especial no deja de

históricamente acuñado (14). En los mismos convergen factores de muy diversa índole y son fruto de la elaboración diaria en una determinada sociedad.

En este marco las limitaciones que generan los derechos fundamentales sobre el contenido del derecho penal pueden aparecer vinculadas, bien al Estado de Derecho, bien al carácter democrático del mismo.

2.1. Entre las limitaciones derivadas del Estado de Derecho aparece, en primer término, el principio de legalidad, plasmado en el conocido aforismo "nullum crimen, nulla poena sine lige". El automatismo con que se asume este principio por la inmensa mayoría de los ordenamientos vigentes hace que muchas veces se recuerden únicamente sus garantías formales –la criminal, la penal, la jurisdicional y la de ejecución– que alcanzan a todas las fases del sistema penal, pero que, en cambio, se obvien y se pasen por alto las materiales, vinculadas al propio origen de este principio.

El principio de legalidad es como afirma Sax (15) un hijo de la Ilustración, al ser una consecuencia del Estado que allí se construye y que reposa sobre el principio de división de poderes. En este marco afirmaba Beccaría (16) "Solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos y esta autoridad no puede

---

ser un camino para obviar de forma vergonzante, garantías recogidas en el Código penal. Sobre este punto ver De Cabo: *La crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, p. 74.

(14) Por todos, Pérez Luño: *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, pp. 52 y ss. y 137 y ss.

(15) Sax: *Grundsätze der Strafrechtsplege* en Bettermann y otros: *Die Grundrechte*, III. 2, Berlín, 1959, p. 992.

(16) Beccaría: *De los delitos y de las penas*, Introducción, Traducción y notas Tomás y Valiente, Madrid, 1974, p. 74.

residir más que en el legislador que representa toda la sociedad unida por un contrato social".

Es decir, el principio de legalidad se afirma en función de la necesidad de garantizar frente a la acción del Estado una serie de derechos calificados como fundamentales y supone no sólo la satisfacción de una serie de necesidades jurídicas, —al conocerse con anterioridad qué conductas son delictivas y qué penas conllevan—, sino la garantía derivada del principio de división de poderes de que solamente el poder legislativo, formado por representantes del pueblo determinará qué comportamientos deben ser calificados como delitos y qué penas deben ser impuestas.

Luego la afirmación de la vigencia del principio de legalidad en un determinado ordenamiento no solo está vinculada a que el contenido de los preceptos penales sea claro y que las penas sean precisas (17), sino también a la a veces olvidada exigencia de que la ley sea expresión de la voluntad general manifestada en el Parlamento a través de los representantes democráticamente elegidos. Pues esto es lo que posibilita calificar al principio de legalidad como principio que corresponde, no solo al Estado de derecho, sino también a las exigencias del Estado democrático (18). En cuanto, únicamente con este presupuesto pueden llegar a estar representados los intere-

---

(17) Welzel: *Das deutsche Strafrecht,* 11ª edic., Berlín, 1969, p. 23, "El verdadero peligro que amenaza al principio ***nulla poena sine lege*** no es la analogía sino las leyes indeterminadas".

(18) Bricola: *Teoría generale del reato,* en Novissimo digesto, XIX, Torino, 1974, p. 39. Arroyo: *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal,* en Rev. Española de derecho constitucional, 8, 1983, pp. 12 y ss.

ses de todos los miembros de la comunidad en los preceptos penales.

Así, el principio de legalidad penal se resiente materialmente cuando se acude a la vía de urgencia, al decreto o al decreto legislativo, o se emplea la técnica de las leyes penales en blanco (19) y, por el contrario, más respetuoso será el ordenamiento con las garantías que emanan de este principio, cuanto mayores sean las exigencias a nivel de la elaboración de los textos penales (20).

2.2. Pero el principio de legalidad y las garantías que de él emanan, en particular el principio de irretroactividad (21), constituye ante todo, una barrera meramente formal para garantizar los derechos fundamentales de aquellos que pactan la vida en comunidad. Esto hace que la admisión del principio de legalidad por algunos Estados, que nada tienen de Derecho, ponga de relieve que este modelo de Estado debe imponer otra serie de garantías. En concreto, requiere también el respeto de los denominados derechos fundamentales (22). El Estado de Derecho ha de ga-

(19) Sobre la problemática que plantea esta técnica ver, Ferre Olive: *El Nuevo delito contable* (tesis doctoral), Salamanca, 1987, (en prensa), cap. II, apartado 1.

(20) Materialmente constituye la justificación de la reserva de ley orgánica en materia penal. Sobre este punto es clave la sentencia 140/1986 del Tribunal Constitucional, que se hace eco de la argumentación propugnada por Arroyo: *Principio de legalidad,* cit., pp. 25 y ss.

(21) Sobre la vinculación entre retroactividad y principio de legalidad, y la fundamentación político-criminal de la excepción de retroactividad de la ley penal más favorable, ver Bustos: *Manual de derecho penal español,* P. General, Barcelona, 1974, pp. 71-72.

(22) La vinculación entre Estado de Derecho y derechos humanos puede verse en el ya clásico Elías Díaz: *Estado de Derecho y sociedad democrática,* 7ª edic., Madrid, 1979, p. 29.

rantizar formalmente de su ejercicio, lo que supone, en relación al delito, no solo su no criminalización, sino más aún la necesidad de su tutela (23) y en el campo de las sanciones penales, la exclusión de aquellas que cualitativa o cuantitativamente se opongan a la dignidad de la persona humana. La pena de muerte (24), o penas que por su contenido, duración, o falta de proporcionalidad se opongan a la consideración, que en el marco de este modelo de Estado, merece la persona aún en el caso de que haya delinquido (25). La vinculación al Estado de Derecho de todas estas exigencias se deriva de la colocación de la persona como punto central del mismo. Ella, y en cuanto le es necesario, construye la sociedad mediante el denominado pacto social y sobre la base de las menores dejaciones posibles de su libertad, necesarias para poder mantener la pervivencia de la sociedad pactada (26), "basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito", afirma Beccaría, "todo lo demás es superfluo y por tanto tiránico" (27).

Todas las garantías derivadas de estas exigencias pueden agruparse bajo el denominado principio de

---

(23) Este criterio es clave para construcción de toda la teoría del bien jurídico, ver más adelante nota 48.

(24) Sobre la pena de muerte ver por todos Barbero Santos: *La pena de muerte (El ocaso de un mito)*, Buenos Aires, 1985 passim.

(25) El contenido de estos límites al igual que el de la dignidad de la persona, tomando como punto de partida el carácter personalista del sistema, se acuña históricamente. Sirva de muestra, en el ámbito penal, la discusión sobre la duración máxima de la privación de libertad, por ejemplo en Alemania, Jescheck/Trifterer: *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe Verfassungswidrig*, Baden-Baden, 1978.

(26) Beccaría: *De los delitos y de las penas,* cit., pp. 71-73 en el capítulo II: Origen de las penas. Derecho de castigar.

(27) Beccaría: *op. cit.*, p. 112.

humanidad. A él unido estaría también, con carácter general, el principio de culpabilidad, la presencia de dolo o culpa y la exclusión, por tanto, de la responsabilidad objetiva. Pues, el castigo de lo puramente objetivo, llevaría al ciudadano a sentir ante la actuación penal una sensación análoga a la que experimenta ante la actuación ciega de las fuerzas de la naturaleza (28), lo que sería incompatible con la idea de necesidad en la utilización del recurso penal derivada de la fundamentación pactista.

Con análoga fundamentación la actuación del legislador aparece limitada a la protección de aquellos intereses que sean necesarios para el funcionamiento de la sociedad, es decir, a la protección de bienes jurídicos (29).

2.3. A nivel del contenido de la teoría del delito, y solo a modo de apunte, es claro, desde su origen (30), que la tipicidad reposa justamente sobre el principio de legalidad. Pero del mismo modo obsérvese, que derivado del principio de humanidad puede sustentarse la exigencia de dolo o culpa y vinculado además al principio de legalidad, el que la distinción entre delito doloso e imprudente se lleva a cabo ya en el tipo (31),

(28) Ver Hoester: *Zur Generalprävention als dem Zweck statlichen Strafrens*, en Goltamer's Archiv, 1970, p. 277.

(29) Propiamente, la protección exclusiva de bienes jurídicos como límite al poder político del Estado debe derivarse no del Estado de Derecho, sino del Estado Social. Ver los razonamientos de Mir: *Derecho penal.* P. General, 2ª edic., Barcelona, 1985, pp. 74 y ss.

(30) Binding: *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 20 y ss.

(31) Roxin: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pp. 43 y ss. o Gimbernat: *El sistema de derecho penal en la actualidad*, en Estudios penales, cit., p. 142,

o, así mismo, la necesaria presencia de un bien jurídico como fundamentador del tipo del injusto (32).

3.1. Ni las limitaciones derivadas del principio de legalidad, ni el respeto a los derechos fundamentales son suficientes para satisfacsr las exigencias de un ordenamiento que sea respetuoso con los derechos fundamentales. Pues, al igual que el modelo de Estado del que estas limitaciones se derivan, el Estado liberal de derecho, no pretende la superación de las desigualdades sociales, no buscan que el derecho incida en la evolución hacia modelos sociales en los que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (33).

Para que el Derecho penal pueda en este sentido, contribuir a dotar de contenido real a los derechos fundamentales debe, partiendo de las limitaciones señaladas, afrontar otras complementarias.

En principio el derecho penal en su formulación actual, no solo no coopera a la superación del modelo social, sino que, por el contrario, como han puesto de relieve las corrientes críticas de la criminología, (34) actúa como generador de desigualdad. Esta de-

---

"La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cual es la conducta que el legislador quiere evitar". Téngase presente la vinculación originaria entre prevención general y principio de legalidad, desde Feuerbach: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinliche Rechts*, 12ª edic., Giesen, 1836, pp. 29 y ss.

(32) Vid. nota 29.

(33) Este punto es desarrollado con amplitud por Mantovani: *Diritto penale*, cit., pp. 16 y ss.

(34) Como exponente de esta dirección puede consultarse el artículo de Baratta: *Criminología e dogmática penale passato e futuro del modello integrato di scienze penaliste*, en la Questione criminale, 1979, en especial pp. 152 y 173. En conclusión, considera que las normas penales no son sino una reproducción del modelo social desigual real-

sigualdad, no debe creerse que es privativa del derecho penal, sino que es una exteriorización de las desigualdades de nuestros sistemas sociales. Por tanto, las reformas que deban producirse no son privativas del ordenamiento punitivo sino que hay que entenderlas en el marco global de las medidas de cambio social. El creer que basta con actuar en el ámbito del derecho penal, supone ignorar que el ordenamiento punitivo no es sino la punta del iceberg que constituye el control social (35).

En igual sentido, hay que tener presente que la viabilidad de las limitaciones que a continuación se enumeran presuponen una serie de condiciones previas de diversa índole. Así, un sistema electoral que asegure la representación de los intereses reales que se den en una comunidad; la existencia de cauces a todos los niveles que garantice el respeto a las minorías; la participación popular en la administración de justicia; el control de la administración penitenciaria; el debate social sobre la cuestión penal; la existencia de instrumentos jurídicos que aseguren la pervivencia de los derechos fundamentales, etc.

La ausencia de estos presupuestos, determina la falta de legitimación de las limitaciones que se enumeran.

3.2. La pretensión de llegar a un sistema social plenamente democrático, supone respecto al contenido de las leyes penales limitaciones de distinto signo. En sentido negativo se ha de evitar que la determinación

---

mente vivido, su explicación radica en la desigual distribución del poder de definición entre las distintas clases sociales.

(35) Muñoz Conde: *Derecho penal y control social,* cit., p. 17.

de las conductas delictivas actúe como factor generador de desigualdad. En sentido positivo, por el contrario, el legislador ha de buscar que la ley penal contribuya a que la igualdad real de los miembros de la comunidad pueda llegar a ser alcanzada.

El primer objetivo supone renunciar a utilizar el derecho penal como medio para imponer un determinado orden ético o cultural, aunque este sea el mayoritario, en cuanto lo que un derecho democrático debe buscar en este ámbito es, justamente, garantizar la coexistencia de una pluralidad de órdenes éticos o culturales, mediante la creación de marcos que posibiliten su coexistencia (36). En igual sentido, con carácter general, debe buscarse dotar de un contenido democrático al principio de "última ratio". Es decir, la reducción del empleo del Derecho penal tiene que ser distribuida de forma igualitaria y no que, en su mayor parte, la exclusión del empleo del Derecho penal quede reducido a comportamientos normalmente realizados por las clases sociales más poderosas (37). Pero afrontado el proceso de contracción general de la esfera penal, este ha de efectuarse, de acuerdo con Arzt (38), de forma racional, de tal manera que se impida que "la seguridad",

---

(36) Mir: *Función de la pena y teoría del delito*, cit., p. 23. Stratenwerth: *Derecho penal*, cit., p. 2.

En Estados que sirven de marco a varias culturas es clave el mantenimiento de esta pluralidad, así puede verse Baratta: *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, en Nuevo Foro Penal, 1986, p. 427.

(37) Por todos Baratta: *Criminología e dogmática penale*, cit., p. 157, nota 19.

(38) Arzt: *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, Tübingen, 1976, pp. 39 y ss.

en abstracto, pase a constituir una mercancía, que sólo esté al alcance de aquellos dotados de una alta capacidad adquisitiva, lo que supondría, que la descriminalización estaría actuando como factor generador de desigualdad.

Junto a ello, y en sentido opuesto el derecho penal debe alcanzar a ámbitos fundamentales en la vida individual y colectiva y que, en la actualidad, o no están, o están insuficientemente tutelados por la sanción penal. Los "intereses difusos", con terminología de Sgubbi (39), de los que son titulares todos los miembros de la comunidad: los intereses de naturaleza colectiva o aquellos que inciden directamente sobre el logro de una mejor calidad de vida.

Pero, con razón recuerda Baratta (40), que, en la perspectiva de un tal uso alternativo del derecho penal, es necesario evitar caer en una supervaloración de su idoneidad y dar importancia a los medios alternativos de control no menos rigurosos que pueden resultar en muchos casos más eficaces.

3.3. La búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales impone también consecuencias respecto a la sanción penal y a la finalidad de la misma.

Respecto al contenido de la propia reacción penal se ha venido subrayando el carácter marginador de la pena de prisión, lo que impone una restricción a su utilización dentro de los límites de su irrenuncia-

---

(39) Véase el ya clásico Sgubbi: *Tutela penali di "interessi difussi"*, en La Questione Criminale, 1975, p. 448.

(40) Baratta: *Criminología crítica y política criminal alternativa*, en Rev. International de Droit Penal, 1978, p. 50.

bilidad histórica por exigencias preventivo generales. Esta restricción tiene particular incidencia en las penas privativas de libertad de corta duración (41). En este sentido, las denominadas penas cortas aparecen solo, como alternativa, desde una perspectiva preventiva frente a la delincuencia de tipo socioeconómico, la denominada criminalidad de cuello blanco (42).

Respecto a la finalidad de la sanción penal vivimos un proceso de crisis del pensamiento de resocialización vinculado a su discusión en el marco de Estados y posicionamientos ideológicos superadores del Estado social de Derecho. La resocialización ha imperado en el derecho penal contemporáneo desde la época del programa de Marburgo, con razón, se subraya (43), que tras la misma hay un entusiasmo no demasiado justificado por la bondad de nuestros sistemas sociales y una no aceptable imposición de un cuadro de valores a quien a lo mejor ni los comparte ni desea compartirlos (44).

---

(41) Los orígenes de la crisis de la prisión, por su no adecuación a los fines de la pena son antiguos, ver Garofalo: *La criminología.* Trad. Dorado Montero, Madrid s/f, pp. 317 y ss. Von Listz: *Tratado de derecho penal,* II, Trad. Jiménez de Asúa, Madrid, p. 16.

Modélica en sus alternativas a la pena corta privativa de libertad es la Propuesta Anteproyecto de Nuevo Código Penal, Madrid, 1983.

(42) Vid. Berdugo: *Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in den Spanischen Reform Überlegungen,* en Hirsch (edit.): *Deutsch-Spanisches Strafrechts Kolloquium,* 1986, Baden-Baden, 1987, pp. 168-169.

(43) La prevención especial es la finalidad plenamente coherente con el Estado social de Derecho. Sobre las consecuencias que para la pena supone el Estado Social, vid. Mir: *Función de la pena,* cit., pp. 20 y ss.

(44) Vid. Muñoz Conde: *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito,* en Cuadernos de Política Criminal (7), 1979, pp. 91-106. En general el libro de Barbero Santos: *Marginalidad social y derecho represivo,* Barcelona, 1979 y Bergalli: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?,* Madrid, 1976.

Esto es, el único sentido que la ejecución de la pena puede tener, es buscar la no realización de delitos e intentar ofrecer al ciudadano todas aquellas oportunidades que le fueron socialmente negadas (45).

3.4. La búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales también tiene trascendencia en determinados puntos de la teoría del delito. Por ejemplo, el carácter democrático del Estado lleva a una concepción preventiva del derecho penal, de la que indefectiblemente debe derivarse la diferenciación ya en el tipo entre delitos dolosos y culposos (46). De igual manera, respecto al contenido del tipo del injusto, si la Constitución realmente refleja la búsqueda de un sistema social igualitario puede su contenido servir para la determinación de cual es la lista concreta de bienes jurídicos protegibles (47). Mas aún, puede suponer un criterio para construir democráticamente su contenido y para dar una solución a los supuestos de conflicto sociales que subyacen tras las denominadas causas de justificación (48).

---

(45) Es normalmente la conclusión de la doctrina que afronta críticamente la prevención especial, por todos Barbero Santos: *Marginalidad social y derecho represivo,* cit., p. 189.

(46) El carácter democrático del Estado en cuanto impone la necesidad de modificar la sociedad lleva a una concepción preventivo general lo que refuerza los argumentos expuestos en nota 31. Berdugo: *El delito de lesiones,* cit., p. 37 nota 68.

(47) El problema radica en la presencia o no de un texto constitucional y en el carácter del mismo, Ver mi *Recensión a* Bustos/Valenzuela: *Derecho penal y latinoamericano comparado,* T. I, P. General, Buenos Aires, 1981, en Cuadernos de Política Criminal, 1983, p. 618.

(48) Es clave subrayar el carácter dinámico del contenido del bien jurídico. Esta idea debe conectarse con la de constitución como marco, ver Häberle: *Die Verfassung des Pluralismus,* Frankfurt, 1980.

También la vigencia de los derechos fundamentales ofrece pautas importantes para asentar las bases de una discusión de otros temas claves de la actual dogmática del derecho penal. Así, el contenido de la culpabilidad (49) o, las consecuencias del error de prohibición (50).

III (*)

1. La política legislativa que en el ámbito penal se ha seguido en España puede explicarse desde la perspectiva de la búsqueda de vigencia de los derechos fundamentales. Pero, paralelamente, al igual que en otros países, se ha llevado a cabo una política criminal vinculada al problema concreto del terrorismo, presidida por la idea general de agravación y orientada prioritariamente hacia la víctima (51), que conlleva graves riesgos para los derechos fundamentales.

---

(49) Difícilmente es compatible con las exigencias de un Estado democrático el mantenimiento de una concepción normativa de la culpabilidad asentada sobre la idea de reproche y vinculada a la finalidad retribucionista. Claves en la crisis de normativa de la culpabilidad son Gimbernat: *Tiene futuro la dogmática penal,* en Estudios penales, cit., pp. 105 y ss. Los trabajos de Roxin: *Culpabilidad y prevención en derecho penal,* Trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981 y las aportaciones de Muñoz Conde o de Mir.

(50) Así, ver Muñoz Conde: *La creencia erronea de estar obrando lícitamente,* en Estudios penales y criminológicos X, Santiago de Compostela, 1987.

(*) El contenido de esta tercera parte es síntesis del artículo de Berdugo/Serrano Piedecasas: *Reflexiones político-criminales sobre el terrorismo,* que aparecerá en Nuevo Foro Penal.

(51) Vid. Hassemer: *Fundamentos del Derecho penal,* Trad. Muñoz Conde/Arroyo, Barcelona, 1984, pp. 89 y ss., en especial p. 94.

En las páginas que siguen se intentará demostrar que esta político-criminal es equivocada, si se adopta como criterio prioritario la elaboración de un derecho penal preventivo.

2. Cualquier reflexión sobre la política criminal seguida en materia de terrorismo requiere llevar a cabo algunas consideraciones previas sobre qué es terrorismo sobre su etiología y sobre sus consecuencias. Tal vez resulte obvio, pero no por ello deja de ser necesario, subrayar que el terrorismo es ante todo un problema político. Esto es, la finalidad política aparece como elemento esencial en cualquier tentativa de definición. Pues el que actúa pretende siempre incidir en un cambio de modelo de Estado, a través de la utilización de medios violentos. Ahora bien, la presencia de esta finalidad política, el contenido de la misma, condiciona la valoración que un Estado realiza respecto de la utilización de la violencia en otro, que un grupo político o social efectúa sobre el empleo de la violencia en su comunidad, o que, finalmente, desarrolla el intérprete a la hora de considerar políticocriminalmente la etiología y la respuesta estatal a este fenómeno (52). Es decir, el terrorismo debe ser situa-

(52) La respuesta estatal al fenómeno de la violencia política está relacionada, en el ámbito jurídico, con el concepto de delito político. Históricamente éste se ha definido en función de un fin: el excluir de la extradición a determinada categoría de delincuentes, los delincuentes políticos, y privarles de un tratamiento penitenciario privilegiado. Es evidente, que este enfoque metodológico relativiza e impide la elaboración de un concepto internacional válido del delito político y del delito de terrorismo. Quizás la vía de solución a la hora de valorar la falta de legitimidad en el uso de la violencia política surge de la concurrencia de estos dos factores: a) el tipo de régimen político en el que tuvo lugar la comisión de delito. b) la naturaleza de los medios empleados en el ejercicio de la violencia.

do en unas coordenadas temporales y espaciales y esta ubicación condiciona decisivamente cualquier reflexión sobre el mismo, hasta el punto de poder hacer que la valoración presente un signo opuesto. Basta recordar en este sentido las reflexiones teóricas sobre la legitimación de la violencia en la lucha política (53).

Por ello, y constituye la primera limitación, esta exposición se va a circunscribir en alguna de sus afirmaciones a la situación del terrorismo en el momento actual y en el marco de los Estados de Europa Occidental. En ellos, la existencia de determinados cauces políticos, que posibilitan, en principio, la participación de todo tipo de ideología política dificulta desde nuestros postulados la presencia de una eventual justificación a la utilización de la violencia (54).

Si la afirmación de este presupuesto no pudiera efectuarse, esto es, si se negara la existencia de cauces políticos para la participación en la vida política de un Estado, el rechazo hacia la violencia únicamente podría reposar sobre las consecuencias de la misma respecto a bienes jurídicos importantes.

Es decir, la posición contraria al terrorismo en estos casos se asienta en una doble base, política –por

(53) Consúltese Arroyo: *Terrorismo y sistema penal,* en Reforma política y derecho, Madrid, 1985, pp. 157 y ss. También es interesante la distinción entre violencia política y social apuntada por Ferrajoli: *La violencia y la política,* en Justicia y delito, Madrid, 1981 y Bonante: *Dimensioni del terrorismo político. Aspetti interni e internazionale, politici e giuridice,* Milano, 1979.

(54) Afirmación que supone una toma de postura política, en el sentido que se expresa en el texto. Con toda probabilidad, la misma no es compartida por los miembros de grupos sociales que apoyan al terrorismo.

la existencia de cauces políticos– y de respeto a los bienes jurídicos lesionados. La ausencia de cauces políticos llevaría a fundamentar el rechazo a la utilización de la violencia sólo en los intereses lesionados por la acción que se valore.

En cualquier caso y aún existiendo cauces formales para la participación política, la existencia de grupos que utilizan la violencia como instrumento para dotar de viabilidad a sus postulados, sugiere necesariamente que estamos ante un síntoma de las limitaciones de nuestros modelos de Estado, que han fracasado frente a los terroristas y frente a los grupos sociales que justifican o apoyan el recurso a la violencia (55).

Pero el problema se agrava cuando es constatable que la política criminal frente al terrorismo ha generado con relativa frecuencia, un endurecimiento de nuestras democracias hacia formas más autoritarias, y una dinámica orientada hacia una política penal de orden público o de seguridad ciudadana, que excede, a veces, los límites estrictos del terrorismo (56). Si-

(55) Punto de particular importancia en la crisis del Estado social (estado asistencial o Welfare state) en el área de los países integrantes del capitalismo central. La crisis en su función legitimadora ha sido ampliamente estudiada, entre otros, por los siguientes autores, Habermas: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío,* Buenos Aires, 1975. A. Wolfe: *The limits of legitima y Political contradictions of contemporary capitalism,* New York/London, 1979. Coffe: *Lo stato nel capitalismo maturo,* Milano, 1977. De Cabo: *Crisis del estado social,* Barcelona, 1986.

(56) Sobre este tema consúltese, Gómez Benítez: *Crítica de la política criminal de orden público,* en Cuadernos de Política criminal (16), 1982, pp. 49 y ss. Ferrajoli/Zolo: *Democracia autoritaria y capitalismo maduro,* Barcelona, 1983. Particularmente interesante es la tesis doctoral, pendiente de publicación de García Méndez: *Autoritarismo, institucionalización y control social,* Saabrücken, 1983. Este trabajo relaciona la crisis de legitimidad existente en el área del capitalismo

tuación que añade argumentos adicionales a aquellos que postulan la justificación de la violencia en la lucha política. La ruptura de este círculo vicioso necesariamente pasa por atacar los factores que en opinión de los terroristas legitiman su actuación. La vía, en primer término, si el problema es político debe por ello ser política.

3. La insuficiencia de nuestros modelos de Estado se refleja no solo en la etiología del terrorismo, sino también en las disfunciones que la respuesta al mismo genera en la totalidad del ordenamiento (57). Así, parece reconocerse que no cabe la respuesta normal frente a cualquier comportamiento socialmente desviado sino que el terrorismo requiere una acción excepcional y especial.

Si tomamos como ejemplo la legislación española, estas disfunciones se reflejan ya a nivel de la propia Constitución, al contemplar esta, en el art. 55.2, la posibilidad de que sean suspendidos una serie de derechos fundamentales para personas determinadas, "en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas" (58). En el ámbito penal se exteriorizan en la agravación de las penas y en la alteración de al-

central y periférico, con particular atención a las bases teórico ideológicas, apuntadas por Luhmann,y a la doctrina de la seguridad nacional.

(57) Con carácter general respecto a nuestra legislación. Vid. Arroyo: *Terrorismo y sistema penal*, cit., pp. 199 y ss.

(58) Sobre el art. 55.2 de la Constitución, Vid. Bobillo: *Constitución y legislación antiterrorista*, Revista de estudios políticos, 1985 (48), pp. 70 y ss. Berdugo: *Garantías en la Constitución ante la suspensión de los derechos individuales*, en Sistema (42), 1981, pp. 57 y ss.

gún principio jurídico esencial, debido al cambio de la orientación político-criminal, reflejado en la ley de 26 de diciembre de 1984 (59). Finalmente, en el ordenamiento procesal quedan plasmadas en la prolongación de la detención preventiva, la exclusión de la libertad condicional y en la sustración de la competencia del juez natural (60).

4. La presencia de estas disfunciones, con independencia de que si político-criminalmente son o no adecuadas, impone desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la necesidad de reforzar sus garantías a través de controles que impidan, en cualquier caso, la utilización desviada de esta legislación. Esto es introducir controles excepcionales a aquel poder que esté excepcionalmente potenciado.

Con carácter general, debe asegurarse la temporalidad de las medidas y la valoración de su necesidad, tanto en su adopción, como en su contenido y aplicación. Esto requiere en el ámbito constitucional hacer efectivo el control que apunta el mencionado art. 55.2 de la Constitución: "con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario"

(59) Con carácter general sobre los aspectos penales de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, véase Lamarca: *Tratamiento jurídico del terrorismo,* Madrid, 1985, pp. 193 a 358 y Arroyo: *Terrorismo y sistema penal,* cit., pp. 182 y ss.

(60) Sobre este tema véase Gimeno Sendra: *Nuevas perspectivas de la nueva legislación procesal penal antiterrorista,* en Documentación jurídica, enero/dic. 1983, pp. 1243 y ss. Muñagorri: *Algunas notas sobre el proceso penal como momento de criminalización y de control social, con comentarios a la reciente normativa española,* en homenaje a H. Kaufmann, Buenos Aires, 1985, pp. 299 y ss. Además puede verse Olarieta: *Audiencia nacional y tribunales de excepción en la jurisdicción penal* (en prensa).

(61). Por su parte, en el derecho procesal se exigirá mantener la máxima escrupulosidad en las garantías de la defensa y, análogamente, en el ordenamiento penal por fórmulas de tipificación que aseguren el carácter excepcional de la respuesta (62).

5. En gran medida las citadas disfunciones están favorecidas por la ausencia de un concepto jurídico de terrorismo. La necesidad del mismo reposa en las consecuencias que pueden derivarse de su inexistencia o de la insuficiencia de su formulación.

En otro trabajo (63) ya me pronuncié sobre el contenido de la definición y su vinculación tanto a aspectos objetivos de la conducta como a la finalidad perseguida por el sujeto. Con ello se busca establecer una relación entre la entidad de las consecuencias jurídicas del acto terrorista y el contenido del mismo. En el ámbito objetivo se considera los medios empleados y los resultados producidos. Así, los actos terroristas deben constituir ataques a bienes jurídicos de especial importancia, por ello capaces de generar terror. Desde el punto de vista subjetivo el haberlos realizado con la finalidad de conmover los fundamentos del Estado Democrático de Derecho. Se defiende, finalmente que los indicados medios deben ser adecuados para alcanzar tal objetivo.

(61) Sobre la problemática que generan estos controles, Vid. Berdugo: *Garantías en la Constitución*, cit., p. 76. Lamarca: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, it., pp. 437 y ss.

(62) El riesgo es evidente en cuerpos legales que se prestan a la utilización de términos particularmente vagos. Sobre empleo de términos indeterminados y principio de legalidad vid. Schünemann: *Nulla poena sine lege?*, Berlin, 1978, pp. 29 y ss.

(63) Berdugo: *Garantías en la Constitución*, cit., p. 73. El concepto es seguido por Arroyo: *Terrorismo y sistema penal*, cit., p. 162.

Solo la reunión de estos requisitos parece dar pie a una política penal de especial severidad, puesto que se lesionan dos bienes jurídicos de particular importancia. Por un lado, bienes jurídicos individuales, como son la vida, la libertad y la salud, por otro, un bien colectivo, la existencia del Estado democrático de derecho.

6. Teniendo presente las exigencias plasmadas en los apartados anteriores. El siguiente paso es valorar desde la perspectiva político-criminal que pretenden inspirar estas reflexiones (dar contenido a un derecho penal preventivo y respetuoso con los derechos fundamentales) el actual contenido de la legislación en materia de terrorismo. Más en concreto, analizarlo desde las exigencias preventivo generales y desde las exigencias preventivo especiales.

7. Como se adelantaba, en el ámbito penal, la política criminal frente al terrorismo ha estado presidida por la idea de agravación de las penas (64). Esta se ha llevado a efecto 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 del derecho penal (65).

(64) Sobre la evolución de la legislación penal española en materia de terrorismo, vid. Lamarca: *Tratamiento jurídico del terrorismo,* cit., pp. 97 y ss. y pp. 158 y ss., respecto a la legislación posterior a la Constitución. También Arroyo: *Terrorismo y sistema penal,* cit., pp. 167 y ss.

(65) Sirva de muestra, referido a la ley de 1984: la equiparación en el castigo del delito frustrado y consumado en el art. 3.1, el delito de terrorismo del artículo 8º, los delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes del art. 9º, y el castigo de la apología en el art. 10º.

En este marco la pregunta a contestar desde las exigencias de prevención general es si en los delitos de terrorismo basta con una respuesta penal adecuada a los bienes lesionados, o se requiere, además, una agravación complementaria que resalte la gravedad de estos comportamientos.

La cuestión por tanto es si este plus agravatorio, que se da en el derecho positivo, es explicable desde la prevención general. Una primera aproximación al tema, y si se considera la etiología del terrorismo, hace más que discutible el sostener que este plus tenga efectos preventivos adicionales al que posee la norma penal ordinaria.

Pero si se acepta este punto de partida quedan abiertos dos caminos a la investigación: ¿cuáles son las exigencias preventivo generales respecto al terrorismo? y ¿cómo se explica la agravación adicional propia de estas figuras?

Respecto a la primera interrogante podía argumentar que si se considera que el potencial efecto de la amenaza penal, sobre los eventuales autores de los delitos es nula, la existencia de respuesta penal y desde luego la mayor gravedad de la misma sólo tendría explicación desde planteamientos retribucionistas.

Pero, aunque llegáramos a la confirmación de la hipótesis inicial, es decir, que la amenaza de la pena sobre los potenciales terroristas carece de efecto, la presencia del derecho penal no tendría que ser explicada desde criterios retribucionistas, en cuanto pese a ello seguirían existiendo exigencias vinculadas a la prevención general. Pues ésta no hay que entenderla como la pretensión de evitar un delito aislado, sino

como vehículo para lograr la interiorización de un entramado de intereses cuya distinta importancia queda patentizada en la diversa intensidad de la amenaza penal. En consecuencia, la prevención general llevaría a que, en cualquier caso, la importancia de los bienes jurídicos tutelados quedara manifestada en la entidad de la amenaza (66).

En esta misma línea, la lesión o puesta en peligro de varios bienes jurídicos, pensable en el ámbito de los delitos terroristas puede explicar la mayor gravedad e intensidad de la pena en estos casos (67). Es decir, desde las perspectivas anteriormente expuestas se podía justificar el primer criterio de agravación previsto en la Ley Orgánica, sin necesidad de acudir al viejo pensamiento retribucionista.

Pero subsiste la segunda de las interrogantes, cómo se explican las restantes agravaciones, el adelantamiento en la intervención del derecho penal, el abandono de categorías jurídicamente acuñadas, la previsión de penas excepcionales, en general todas aquellas que implican algún tipo de disfunción en el ámbito penal. Máxime cuando se sabe que el efecto preventivo general adicional no es demostrable.

La explicación puede obtenerse a través de la vía apuntada por Hassemer (68). Al considerar que

(66) La autolimitación de las exigencias preventivo generales en razón de la entidad del bien jurídico es puesta de relieve ya por Beccaría: *De los delitos y de las penas*, cit., p. 137 o Antón: *La prevención*, cit., p. 92.

(67) Así, Arroyo: *Terrorismo y sistema penal*, p. 185.

(68) Hassemer: *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 94-95: "Las normas y las combinaciones sociales-penales sobre las que recáe serias dudas de su efectividad frente al delito, solo pueden tener el

en estas agravaciones se exterioriza el abandono del paradigma de la prevención y su sustitución por el paradigma de la víctima, con el objetivo de transmitir a la sociedad y a sus potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección social frente al colectivo objeto de los ataques terroristas.

Se cumple por tanto exclusivamente una función simbólica que exterioriza una vez más, el conocido principio de "huída hacia el Derecho Penal". Particularmente negativo en la coyuntura histórica de nuestro país.

Con carácter general la huída hacia el Derecho Penal, cuando se es consciente de su ineficacia preventiva, es nocivo para todo el sistema. Pero en nuestro caso, dado el apoyo social que quiérase o no tiene el terrorismo, el concebir a la política criminal frente al mismo sólo en términos simbólicos es particularmente grave, ya que en lugar de suponer una contribución a la neutralización de las causas del terrorismo amplia, al menos afianza, base social del mismo.

En síntesis, se puede llegar a la siguiente conclusión: las exigencias preventivo generales frente al terrorismo existen y no son superiores a las determinadas por la importancia de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro. Una agravación adicional, explicada desde los intereses de la víctima,no es aconsejable desde la prevención general por ser innecesaria y acarrear efectos negativos.

---

sentido de que el sistema penal demuestre su presencia y capacidad de reacción ante el interés socializado de la víctima, es decir de transmitir la apariencia de efectividad y protección social" (página 95).

8. Desde el plano de la prevención especial, esto es, desde la utilización de la pena para el que haya delinguido no vuelva a hacerlo, la respuesta penal al terrorismo exterioriza, en primer lugar, la crisis del concepto tradicional de la resocialización (69) debida, en este caso, a la naturaleza particular del fenómeno terrorista. En efecto, el terrorista es un individuo integrante de una organización, que persigue la consecución de determinados fines políticos y en posesión de una determinada "ideología". Es, en definitiva, un delincuente por convicción. Además el terrorismo, con frecuencia, goza del apoyo y la simpatía de un sector del medio social en el que se desenvuelve, que a su vez le sirve de soporte.

Estas peculiaridades expresadas tan sintéticamente lo diferencian de manera substancial de la delincuencia común. Así pues, hablar de resocialización, en el caso que nos ocupa, requiere una nueva formulación hasta ahora escasamente tratada.

En resumen, el problema de fondo está en el propio concepto de la resocialización. La misma significa un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad. Como dice Muñoz Conde: "Hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras..." (70).

Si reconocemos la crisis de nuestros Estados de Derecho, las desviaciones autoritarias de nuestras demo-

(69) Recuérdese los puestos supra en nota 44.

(70) Muñoz Conde: *La resocialización del delincuente,* cit., p. 93.

cracias y que el terrorismo es, precisamente, síntoma de esta situación, hablar sin más de resocialización, resulta, como poco, contradictorio. Significa convertir a la misma en una función de dominio y no de autodeterminación.

Así pues, queda abierto un gran tema de debate que implica el contestar una serie de preguntas: ¿La supresión de las causas que posibilitan la aparición del fenómeno terrorista, no supone, a su vez, un cambio en las estructuras sociales y económicas de nuestras sociedades burguesas?. ¿La alternativa, frente al mito burgués de la reeducación, no será la toma de conciencia de clase del delincuente?. Más específicamente, ¿la resocialización del terrorista no pasará por la toma de conciencia de que el empleo de la violencia armada va, en última instancia, contra los intereses de la clase obrera?.

9. El art. 6 de la Ley Antiterrorista establecía "la atenuación de penas en el desistimiento con propósito de reinserción social". Aparte de otros antecedentes en nuestra legislación la norma estaba particularmente influída por la legislación italiana, como medio de abordar al terrorismo (71) y se vincula con el denominado "derecho premial", que introduce en la reacción penal, junto a la relación delito-pena, un tercer elemento que es la conducta posterior del sujeto.

En principio, recompensar al desistimiento, al abandono de la lucha armada, parece plausible desde

(71) Ley 15-XII-1979, nº 625. Los arts. 4 y 5 "en medidas urgenges para la tutela del orden democrático y de la seguridad ciudadana". Por todos ver comentario de Maddalena: *La cinconstanza atenuantti per terroristi pentiti,* Milano, 1984.

la perspectiva de un Derecho Penal preventivamente orientado (72) aunque no así desde planteamientos retribucionistas.

Esta afirmación inicial debe, sin embargo, someterse a revisión con el estudio de los elementos de difusión, que generan alguno de los comportamientos exigidos.

Así, merece una valoración positiva, aunque se discrepe de su formulación y significado la denominada "disociación silenciosa". Las discrepancias se refieren a la llamada autoinculpación, es decir, a la confesión de los hechos. Estos eran los casos del art. 6.1, apartados a y b de la Ley Antiterrorista. Esta institución mantiene una cierta proximidad con otras asentadas en nuestro Derecho, como el arrepentimiento expontáneo del art. 9.9 del Código Penal, o el desistimiento en la tentativa del art. 3 del mismo texto legal.

Por el contrario, merece una valoración completamente negativa la delación que también admitía el ya citado art. 6.2 de la Ley Antiterrorista, al establecer: "Así mismo, podrá acordar la remisión total de la pena cuando la colaboración activa del reo hubiera tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes...".

Sobre este punto existe una crítica generalizada por parte de la doctrina, Resta, Ferrajoli, Arroyo (73), entre otros. Y ello debido tanto a los graves

(72) En este sentido Arroyo: *Terrorismo y sistema penal*, cit., p. 180.

(73) La delación admitida como premio comporta graves riesgos, que sucintamente se enumeran: 1. ruptura del modelo triangular de

problemas jurídicos que plantea, como a la ineficacia de este procedimiento.

En resumen, el acentuar esos elementos premiales distorsiona la relación delito-pena para dar entrada a un tercer elemento, la conducta posterior a los hechos, que puede ser determinante en la fijación de la respuesta penal.

De hecho, los dos años que esta institución ha tenido vigencia en nuestro país han sido una clara exteriorización de su fracaso como medio de lucha frente al terrorismo.

Ahora bien, distintas a esta institución son las medidas de gracia respecto a los condenados por los delitos de terrorismo que no sean de sangre y manifiesten su propósito de renuncia a la lucha armada. Esta institución, de contenido claramente político, se ha mostrado eficaz, aunque pueda ser discutible desde la óptica del principio de igualdad.

---

proceso, e introducción de un modelo desnaturalizado e inquisitivo, (Padovani: *Le soave inquisizione. Observazioni e relievi a propósito delle nuove hipotesi di rivedimente,* Rev. italiana de diritto e procedura penale, 1981, pp. 529 y ss.). 2. El acento colocado en la confesión del culpable pone en entredicho el art. 24.2 de la Constitución española, que sanciona la presunción de inocencia y el derecho al silencio del acusado. (Cuesta Arzamendi: *Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros terroristas,* en Cuademos de política criminal, 1986, p. 583). 3. Favorece las confesiones falsas contra personas inocentes. (Ferrajoli: *Il caso 7 aprile: Lineamenti di un proceso inquisitorio,* en Dei Delitti e delle pene, 1983, pp. 167 y ss.).