

LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO  
ADÁN NIETO MARTÍN

Directores

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO PENAL EUROPEO

## **Autores**

MATÍAS BAILONE  
AMEDEO BARLETTA  
AXEL BLUMENBERG  
EDUARDO DEMETRIO CRESPO  
VICTOR FERRERES COMELLA  
NICOLÁS GARCÍA RIVAS  
CIRO GRANDI  
MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO  
ADÁN NIETO MARTÍN  
MANUEL PORTERO HENARES  
CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE  
MARCO SCOLETTA  
CARLO SOTIS  
JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA  
ANA VALERO HEREDIA

## **Prólogo**

LUIS ARROYO ZAPATERO



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2010



Este libro contiene los resultados del proyecto de investigación SEJ 2007-67919/JURI del Ministerio de Educación y Ciencia, «La armonización del Derecho penal en la UE».

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2010 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Luis María Díez-Picazo y Adán Nieto Martín (Dirs.)]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-470-3518-2

Depósito Legal: NA 3423/2010

*Printed in Spain. Impreso en España*

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 - Pamplona

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA

LUIS DíEZ-PICAZO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

ALFREDO MONTOYA MELGAR

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

# ÍNDICE

PRÓLOGO .....	17
LUIS ARROYO ZAPATERO	

## PARTE I

### FEDERALISMO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PENAL

#### CAPÍTULO 1

##### LA FEDERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: EL CASO AMERICANO

VÍCTOR FERRERES COMELLA

<b>I. Las normas federales como fuente del «ius puniendi» .....</b>	<b>22</b>
1. <i>Las competencias federales como competencias de atribución</i> .....	22
2. <i>La ausencia de colaboración inter-normativa</i> .....	26
3. <i>Los principios de articulación entre normas federales y estatales: supremacía, desplazamiento «preemption», y acumulabilidad</i> .....	28
3.1. Principio de supremacía .....	28
3.2. Principio de desplazamiento «preemption» .....	30
3.3. Principio de acumulabilidad de sanciones federales y estatales .....	32
<b>II. Las normas federales como límites al «ius puniendi» .....</b>	<b>34</b>

#### CAPÍTULO 2

##### LOS DERECHOS PENALES FEDERALES Y EL DERECHO PENAL EUROPEO

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

<b>I. Modelos Federales con Derecho Penal Material y Procesal (total o prácticamente) Unificado y Sistema de Administración de Justicia Federal y/o Local</b> .....	<b>42</b>
1. <i>Alemania</i> .....	42
2. <i>España</i> .....	45
3. <i>Canadá</i> .....	46
<b>II. Estados federales con sistemas de Derecho penal material y procesal descentralizado</b> .....	<b>50</b>
1. <i>Estados Unidos de América</i> .....	50

1.1.	La expansión de los poderes de la Federación pese a regir el principio de poderes limitados .....	50
1.2.	La labor armonizadora del TS y otras formas de influencia de tipo «soft law» .....	56
1.3.	El sistema de justicia penal y la cooperación judicial en EE UU.....	58
2.	<i>México</i> .....	59
<b>III.</b>	<b>Estados Federales que unifican el Derecho Penal Material pero no el Procesal</b> .....	61
1.	<i>Suiza</i> .....	61
2.	<i>Argentina</i> .....	63
<b>IV.</b>	<b>Conclusiones: paralelismos y divergencias con la UE</b> .....	64

## PARTE II

### CONSTRUCCIÓN, EFICACIA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### CAPÍTULO 3

#### ¿CÓMO CONSTRUYEN LOS JUECES EUROPEOS UN DERECHO FUNDAMENTAL O –PONIÉNDONOS EN EL «SOLLEN»– CÓMO DEBERÍAN CONSTRUIRLO?

CARLO SOTIS

<b>I.</b>	<b>Introducción</b> .....	73
<b>II.</b>	<b>Desarrollo</b> .....	75
1.	<i>La búsqueda del grado de difusión de un principio en los Estados miembros: una cuestión marginal</i> .....	75
2.	<i>La geometría variable de los principios. El ejemplo del principio de culpabilidad</i> .....	77
3.	<i>Reconstrucción: las coordenadas esenciales</i> .....	84
<b>III.</b>	<b>Demostración</b> .....	86

#### CAPÍTULO 4

#### LA TUTELA DE LAS GARANTÍAS PENALES TRAS EL TRATADO DE LISBOA

NICOLÁS GARCÍA RIVAS

<b>I.</b>	<b>La consolidación del Espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa</b> .....	92
<b>II.</b>	<b>Instrumentos de reconocimiento mutuo y garantías penales</b> .....	95

<b>III.</b>	<b>Tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: ¿primacía del Derecho comunitario o autonomía de los países miembros?</b> .....	103
1.	<i>La «construcción» de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJ</i> .....	103
2.	<i>La «autonomía constitucional» de los Estados miembros</i> .....	107
3.	<i>La tutela de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa</i> ..	110
<b>IV.</b>	<b>Repercusiones de la «nacionalización» de las garantías penales en el sector de la delincuencia transfronteriza</b> .....	112
<b>V.</b>	<b>Resumen y conclusiones</b> .....	114

## CAPÍTULO 5

**LA EFICACIA VERTICAL Y HORIZONTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL ÁMBITO PENAL**

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

<b>I.</b>	<b>Introducción</b> .....	116
<b>II.</b>	<b>La expresión «Derechos Fundamentales de la Unión Europea» (DFUE)</b> .....	116
1.	<i>Los Derechos Fundamentales «en» la Unión Europea y los Derechos Fundamentales «de» la Unión Europea</i> .....	116
2.	<i>El uso del sintagma «Derechos Fundamentales de la Unión Europea»</i> .....	118
<b>III.</b>	<b>El ámbito penal como ámbito sometido al respeto de los DFUE</b> ..	121
<b>IV.</b>	<b>La eficacia de los DFUE sobre el ámbito penal</b> .....	125
1.	<i>La eficacia vertical</i> .....	125
2.	<i>La eficacia horizontal</i> .....	131
2.1.	<i>La «Drittwirkung» de los DFUE</i> .....	131
2.2.	<i>La necesaria intermediación del poder público estatal</i> ..	138

## CAPÍTULO 6

**MODELOS DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO PENAL EUROPEO**

ADÁN NIETO MARTÍN

<b>I.</b>	<b>Arquitectura judicial y derecho penal europeo</b> .....	149
<b>II.</b>	<b>Modelos de organización y funciones del juez europeo</b> .....	155
<b>III.</b>	<b>El modelo jerárquico</b> .....	158
<b>IV.</b>	<b>El modelo horizontal</b> .....	168

V.	<b>El modelo dialogado o pluralista.....</b>	174
----	--	-----

### PARTE III

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL EUROPEO

### CAPÍTULO 7

#### «NULLUM CRIMEN SINE LEGE» PARLAMENTARIA Y DERECHO PENAL EUROPEO

CIRO GRANDI

I.	<b>Introducción .....</b>	183
II.	<b>El principio de reserva de ley como aspecto histórico de la legalidad penal .....</b>	185
III.	<b>La «ratio» comprendida en el principio «nullum crimen sine lege parlamentaria»: evolución teórica-doctrinaria .....</b>	188
IV.	<b>La crisis de la reserva de ley en el «law-making process» nacional</b>	195
V.	<b>La progresiva erosión de la reserva de ley penal nacional a causa de las fuentes europeas.....</b>	203
VI.	<b>Crisis y transfiguración de la reserva de ley parlamentaria y su inadecuación como estándar de la legalidad europea.....</b>	210
VII.	<b>El alcance del principio de legalidad/reserva de ley en el ordenamiento europeo .....</b>	215
	1. <i>El principio de legalidad penal en la CEDH.....</i>	217
	2. <i>El principio de legalidad penal europea en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.....</i>	219
	3. <i>La legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte de Justicia...</i>	223
VIII.	<b>El coeficiente de democraticidad del sistema de las fuentes europeas de relevancia penal. Las innovaciones introducidas por el Tratado de Lisboa .....</b>	228
	1. <i>El «law-making» europeo antes de Lisboa .....</i>	228
	2. <i>El «law-making» europeo en el Tratado de Lisboa .....</i>	231
IX.	<b>Observaciones de síntesis y conclusiones.....</b>	242

### CAPÍTULO 8

#### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EUROPEO

MARCO SCOLETTA

I.	<b>Las fuentes y el rango del principio de legalidad penal europeo ..</b>	251
II.	<b>La función normativa del principio de legalidad penal europeo...</b>	254

<b>III.</b>	<b>La «ratio liberal» y el contenido sustancial del principio de legalidad penal</b> .....	258
<b>IV.</b>	<b>La «ley» entendida como «derecho» relevante en relación al juicio de legalidad</b> .....	260
	1. <i>La «legal basis» y el problema de la inaplicación de las normas ilegítimas</i> .....	263
	2. <i>Legalidad formal vs. legitimidad sustancial. Los crímenes «según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas»</i> .....	265
<b>V.</b>	<b>Principio de legalidad y determinación de la norma penal</b> .....	268
	1. <i>La «precisión» de la disposición normativa</i> .....	269
	2. <i>La razonable previsibilidad de la interpretación jurisprudencial..</i>	270
<b>VI.</b>	<b>Principio de legalidad y accesibilidad objetiva y subjetiva del tipo penal</b> .....	275
<b>VII.</b>	<b>Irretroactividad «directa» e irretroactividad «indirecta» de la ley penal</b> .....	279
<b>VIII.</b>	<b>El ámbito de aplicación del principio de legalidad y la progresiva extensión de la «materia penal»</b> .....	283
<b>IX.</b>	<b>Principio de legalidad y principio de retroactividad de la ley penal favorable</b> .....	289
	1. <i>El nacimiento del principio de retroactividad «in mitius» en el Ordenamiento penal europeo</i> .....	290
	2. <i>El ámbito de aplicación y los límites del principio de retroactividad favorable</i> .....	293

#### PARTE IV

### PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD

#### CAPÍTULO 9

### ¿PRINCIPIO DE EFECTIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS?: DERECHO PENAL EUROPEO Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

MANUEL PORTERO HENARES

<b>I.</b>	<b>Evolución contemporánea del concepto de bien jurídico</b> .....	305
<b>II.</b>	<b>La relevancia constitucional del bien jurídico</b> .....	310
<b>III.</b>	<b>El Bloque Constitucional de referencia para la relevancia del bien jurídico en el Derecho penal de la Unión Europea</b> .....	314
	1. <i>La idoneidad (capacidad de protección penal)</i> .....	320
	2. <i>Necesidad de la intervención (principio de subsidiariedad o «ultima ratio» y necesidad de pena)</i> .....	321

3. <i>Principio de proporcionalidad en sentido estricto (merecimiento de pena, necesidad de pena y carácter fragmentario del Derecho Penal)</i> .....	322
<b>Bibliografía</b> .....	326

## CAPÍTULO 10

**LA POLÍTICA CRIMINAL EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL:  
¿ES LA DECISIÓN MARCO 2008/913/JAI UN VERDADERO AVANCE?**

CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE

<b>I. Introducción</b> .....	331
<b>II. Análisis del modelo seguido para la lucha contra la discriminación racial y la xenofobia</b> .....	332
1. <i>Nacimiento y evolución de la normativa penal antidiscriminatoria en el Derecho internacional</i> .....	332
1.1. Instrumentos genéricos de Naciones Unidas .....	332
1.2. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial .....	335
2. <i>Nacimiento y evolución de la normativa penal antidiscriminatoria en Europa</i> .....	343
2.1. El papel del Consejo de Europa en la lucha contra el racismo y la xenofobia .....	343
2.2. La actuación de la Unión Europea hasta la Decisión Marco de 2008 .....	347
3. <i>La esperada Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal</i> .....	354
3.1. Fines de la Decisión Marco .....	354
3.2. El alcance de la discriminación racial en la Decisión Marco .....	355
3.3. Conductas prohibidas y régimen sancionador .....	361
3.4. Las posibilidades de excepcionalización en la configuración de los tipos penales .....	370
<b>III. Conclusiones</b> .....	375

## CAPÍTULO 11

**EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA  
UNIÓN EUROPEA?**

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

<b>I. Introducción: valores universales como valores de la Unión</b> .....	377
--	-----

<b>II.</b>	<b>Europeización del Derecho Penal .....</b>	<b>380</b>
<b>III.</b>	<b>Fundamento constitucional del principio de culpabilidad.....</b>	<b>381</b>
	1. <i>La dignidad humana como punto de partida.....</i>	381
	2. <i>El principio de proporcionalidad en sentido amplio como principio constitucional envolvente y la interrelación entre legalidad, proporcionalidad y culpabilidad .....</i>	382
<b>IV.</b>	<b>Dimensiones del principio de culpabilidad.....</b>	<b>384</b>
	1. <i>La dimensión procesal-penal.....</i>	384
	2. <i>La dimensión penal.....</i>	384
<b>V.</b>	<b>Los límites o garantías del principio de culpabilidad y la Jurisprudencia del TEDH .....</b>	<b>386</b>
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>390</b>
<b>VII.</b>	<b>Bibliografía citada.....</b>	<b>390</b>

## PARTE V

## PROCESO JUSTO Y COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

## CAPÍTULO 12

## «NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE» EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EUROPEO

ADÁN NIETO MARTÍN

AXEL BLUMENBERG

<b>I.</b>	<b>El Derecho a no autoinculparse y la obligación de colaborar con la Administración pública.....</b>	<b>397</b>
<b>II.</b>	<b>«Nemo tenetur ipse accusare» en la jurisprudencia europea .....</b>	<b>402</b>
	1. <i>La jurisprudencia del TEDH .....</i>	402
	2. <i>La jurisprudencia del TJCE.....</i>	405
	3. <i>«Nemo tenetur ipse accusare» en la jurisprudencia constitucional alemana y española.....</i>	409
<b>III.</b>	<b>Como cuadrar el círculo: ¿es posible optimizar el derecho a no colaborar y a la vez preservar la eficacia de la inspección? .....</b>	<b>413</b>

## CAPÍTULO 13

## LOS DERECHOS DE LA DEFENSA EN EL DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA EUROPEO

ANA VALERO HEREDIA

<b>I.</b>	<b>Introducción: los derechos de la defensa en la Carta Europea de Derechos Fundamentales y su aplicación al Derecho Sancionador de la Competencia Europeo .....</b>	<b>421</b>
-----------	--	------------

II.	Aplicabilidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al procedimiento sancionador del Derecho de la Competencia ante la Comisión Europea.....	423
III.	Las fases del procedimiento sancionador del Derecho de la Competencia comunitario ante la Comisión Europea.....	426
IV.	El derecho de las empresas a ser informadas de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra ellas en el más breve plazo.....	427
V.	El derecho a ser oído en el procedimiento administrativo comunitario de la competencia.....	428
VI.	El derecho de la empresa afectada a acceder a los documentos contenidos en el expediente de la Comisión recogidos en el curso de la investigación.....	431
VII.	Derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre las empresas y sus defensores.....	437
VIII.	Conclusiones.....	438

#### CAPÍTULO 14

##### EL «LEGAL PRIVILEGE» COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA UE Y SUS LÍMITES: EL CASO DE LA NORMATIVA SOBRE BLANQUEO DE CAPITALES

AMEDEO BARLETTA

I.	Introducción.....	441
II.	Los fundamentos del «legal privilege».....	442
III.	Los límites del privilegio.....	445
IV.	La experiencia norteamericana.....	448
V.	La solución europea.....	450
VI.	Conclusión.....	452

#### CAPÍTULO 15

##### EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA COOPERACIÓN PENAL INTERNACIONAL

ADÁN NIETO MARTÍN

I.	Los derechos fundamentales en la cooperación penal internacional.....	453
II.	Esquema de las situaciones de peligro para los derechos fundamentales en la cooperación judicial.....	456
III.	Del «non inquiry» a «Soering»: modelos de cooperación judicial y derechos fundamentales.....	461

1.	<i>La cooperación judicial como parte del propio «ius puniendi»</i> .....	462
2.	<i>La cooperación judicial como parte de las relaciones internacionales</i> .....	463
3.	<i>Las correcciones a este modelo por el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional</i> .....	467
IV.	<b>Un nuevo modelo de cooperación judicial: el modelo tridimensional o de la persecución penal compartida</b> .....	472
V.	<b>Cláusulas de orden público, frenos de emergencia y respeto a los derechos fundamentales en la cooperación</b> .....	474
VI.	<b>¿Cómo preservar los derechos fundamentales sin renunciar a una prevención y sanción eficaz de comportamientos delictivos?: entregar o juzgar y extradición condicional</b> .....	482

## PARTE VI

## ARMONIZACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

## CAPÍTULO 16

## DEBERES DE MOTIVACIÓN Y DE ARGUMENTACIÓN DEL LEGISLADOR PENAL EUROPEO EN TORNO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

I.	<b>Introducción</b> .....	489
II.	<b>Comisión y Derechos fundamentales</b> .....	492
III.	<b>Parlamento Europeo y Derechos fundamentales</b> .....	509
	1. <i>La labor del PE en el procedimiento por codecisión</i> .....	509
	2. <i>El PE en el procedimiento de consulta</i> .....	514
IV.	<b>Consejo y Derechos fundamentales</b> .....	517
V.	<b>Comité de las Regiones, Comité Económico y Social y Derechos fundamentales</b> .....	520
VI.	<b>El procedimiento de emergencia como mecanismo clave para la salvaguardia de los Derechos fundamentales en sede legislativa</b> ...	525
VII.	<b>Conclusiones</b> .....	526

## CAPÍTULO 17

## EL ANTITERRORISMO COMO PARADIGMA DE DESALIENTO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

MATÍAS BAILONE

I.	<b>Introducción: fortaleciendo al Dr. Jekyll</b> .....	529
II.	<b>Los Derechos Fundamentales y el desaliento</b> .....	530

<b>III.</b>	<b>«The chilling effect» .....</b>	<b>531</b>
<b>IV.</b>	<b>La cuestión del terrorismo .....</b>	<b>535</b>
<b>V.</b>	<b>El antiterrorismo como desalentador.....</b>	<b>539</b>
<b>VI.</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>545</b>

## CAPÍTULO 17

# EL ANTITERRORISMO COMO PARADIGMA DE DESALIENTO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

MATÍAS BAILONE(\*)  
*Universidad de Morón*  
*Buenos Aires*

*A la persistencia de Louk Hulsman.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: FORTALECIENDO AL DR. JEKYLL. II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DESALIENTO. III. «THE CHILLING EFFECT». IV. LA CUESTIÓN DEL TERRORISMO. V. EL ANTITERRORISMO COMO DESALENTADOR. VI. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN: FORTALECIENDO AL DR. JEKYLL

Los discursos tradicionales del Derecho penal han transitado largos derroteros para poder postular una teoría de la pena que los justificara y les limitara el ámbito epistemológico. Así, cada teoría de la pena que producía el saber penal respondía a una motivación política de la que luego sospechosamente se alejaba –con mayor o menor fortuna y discreción (alienación política del teórico)–. Desde el pensamiento crítico –dentro y fuera de las llamadas ciencias penales– se comenzó a cuestionar la supuesta científicidad e incontaminación ideológica de los discursos tradicionales sobre la pena, a la par que se distinguían dentro de los fines de la pena, aquellos que cumplían la función de proclamas político-criminales y aquellos que efectivamente producía la pena (fines manifiestos y latentes) (1415).

Dentro del universo crítico, las líneas que siguen intentarán una deslegitimación del antiterrorismo desde la postura de la teoría agnóstica de la pena del Prof. Eugenio Raúl ZAFFARONI. El jurista argentino entiende que el poder punitivo del Estado no es un *ius puniendi*, a la manera de un derecho subjetivo del Estado a punir (1416), como lo prueban «los

(\*) Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [mbailone@csjn.gov.ar](mailto:mbailone@csjn.gov.ar)

(1415) Siguiendo a Alessandro BARATTA ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Bs As, 1989.

(1416) «El neto predominio de límites formales confirma que no existe ningún derecho penal subjetivo (o *ius puniendi* del sujeto estado), sino que se trata de la contención de un poder. Los derechos subjetivos se limitan materialmente y las dudas doctrinarias se generan alrededor de estas fronteras de contenido y alcance: es lo que sucede cuando se discute acerca del derecho a la vida, al honor, a la información, a la propiedad, etc. Nunca se procede respecto de los derechos subjetivos

formidables esfuerzos realizados en el campo del derecho procesal, constitucional e internacional para rodearlo de limitaciones externas y formales, lo que no se asemeja en nada a la regulación de un derecho subjetivo sino que constituye un enorme arsenal normativo destinado a la contención de un poder: lejos de regular un supuesto *ius puniendi*, se trata de contener una *potentia puniendi*» (1417). Siguiendo esta lógica, el Derecho penal es el discurso o saber de los juristas que pretende contener y limitar aquel poder punitivo, que por su propia naturaleza de estado absoluto y policial tiende a desbordar los muros que le impone el Estado de Derecho. Por eso es necesario fortalecer el saber de las agencias jurídicas, o dicho de otra manera, fortalecer al Dr. Jekyll del jánico personaje de Stevenson.

En esta dicotomía irresoluble entre poder punitivo y derecho penal, hay que plantear un saber de contención que no cometa el error del saber crítico del iluminismo, que limitaba la *potentia puniendi* pero al mismo tiempo la legitimaba con sus teorías positivas de la pena. Ante el fracaso ostensible de todas estas teorías con respecto a sus fines manifiestos, sólo cabe postular una teoría negativa o agnóstica, que tome a la pena y al sistema punitivo como un dato de la realidad al que se busca contener, de la misma forma que el derecho internacional humanitario considera a la guerra. Así, es posible «construir el concepto teniendo en cuenta que la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes» (1418), es decir, que la pena es un mero ejercicio de poder (1419).

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DESALIENTO

Entendiendo a los derechos fundamentales –según la concepción ferrajoliana– como *la ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia, se les reconoce a los mismos una genealogía de luchas sociales y conquistas populares que ganaron un ámbito de libertad y de igualdad más justo. El derecho a la vida como derecho frente a la ley del más fuerte físicamente; el derecho a la inmunidad y libertad frente al arbitrio del más fuerte políticamente; y los derechos

---

dejando indefinido su contenido y limitando su ejercicio a través de la forma, sino que se procede del modo exactamente inverso. Siendo éste el modo de limitar derechos, pocas dudas pueden haber acerca de que el otro es el modo de limitar el poder. De allí que sea posible afirmar que no existe un *jus puniendi*, sino una *potentia puniendi* que es necesario contener para que no cancele todos los derechos». ZAFFARONI, E. R.-ALAGIA, A.-SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Ediar, Buenos Aires, pg. 136.

(1417) ZAFFARONI, E. R.-ALAGIA, A.-SLOKAR, A., *op. cit.*, pg. 44.

(1418) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, pg. 45.

(1419) Cfr. BAILONE, Matías: «El liberalismo penal: cómo procurar buenos precursores» en *Revista del Instituto Peruano de Investigaciones Criminológicas*, [http://www.ipic.org.pe/doc/revista/ene07/liberalismo\\_precursores.pdf](http://www.ipic.org.pe/doc/revista/ene07/liberalismo_precursores.pdf).

sociales que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte económica y productivamente(1420). Tales derechos fundamentales necesitan de un ambiente de libertad política y de participación activa de la ciudadanía para hacerlos efectivos y cada vez más amplios. Y en un ambiente de mayor libertad política tendrán menos crecimiento los llamados «delitos terroristas», tal como lo expresó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe de la visita *ad hoc* a la Argentina dictatorial: «la lucha contra el terrorismo requiere de una sociedad libre y democrática, en la que los canales de participación se encuentren abiertos, y el pleno respeto a las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario»(1421).

Los derechos fundamentales pueden vulnerarse en forma indirecta a través de la creación de un desaliento a ejercerlos. Este desaliento generalmente es producto de ciertas políticas públicas que convierten en demasiado oneroso el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, y que el Estado está obligado a alentar y promover. Muchas veces el desaliento es un efecto provocado por un conjunto indeterminado de factores, que incluyen los miedos normales de la gente a su propio desconocimiento jurídico, al error judicial, a la condena social de determinadas conductas y al mayor o menor compromiso ciudadano de cada uno. Pero el desaliento que aquí nos interesa es aquel que produce el sistema penal antiterrorista tanto como consecuencia de una irresponsablemente amplia criminalización primaria, como de una peligrosamente descontrolada criminalización secundaria. La mayoría de las políticas criminales antiterroristas, además de cumplir una función simbólica y de biopolítica, responden a un paradigma de desaliento de la participación ciudadana.

### III. «THE CHILLING EFFECT»

El efecto de desaliento («*chilling effect*») sobre el ejercicio de derechos constitucionales, es un concepto de la jurisprudencia norteamericana, importado en diversas ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En 1963 hizo su aparición en una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos(1422), y desde ese momento siempre ha estado relacionado con casos comprendidos en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y el impacto restrictivo que produce una sanción penal(1423).

(1420) FERRAJOLI, LUIGI, «Sobre los derechos fundamentales», en *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pg. 42.

(1421) Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Argentina, 1980.

(1422) Corte Suprema de Estados Unidos: Gibson v. Florida Legislative Investigation Comm., 372 US 539 (1963). En: <http://supreme.justia.com/us/372/539/case.html>.

(1423) SCHAUER, Frederick: «Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect», *Boston Law Review*, vol. 58, 1978, pgs. 693 y ss.

Si bien toda prohibición produce un desaliento al libre actuar, la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió al «*chilling effect*» como un recurso «para declarar inconstitucionales normas que sancionaban conductas que pueden desalentar al conjunto de los ciudadanos del ejercicio de sus derechos ante el temor a ser sancionados por infringir una norma cuyo alcance resulta impreciso, ya sea por su excesiva amplitud (*overbreadth*) o por la vaguedad (*vagueness*) con que aparece definido»(1424).

La más antigua doctrina sobre el tema señala que el efecto de desaliento se produce cuando los individuos dispuestos a realizar actividades amparadas por la primera enmienda son disuadidos de hacerlo, como consecuencia no deseada de diversas normas legales(1425). Cuando esas normas estatales buscan directamente desalentar o criminalizar el ejercicio de derechos políticos, ya no podríamos recurrir a la doctrina del *chilling effect*, sino a la invalidez constitucional de esas restricciones.

«La verdadera esencia del efecto desaliento (*chilling effect*) es un acto de disuasión (*deterrence*)»(1426), es decir que una conducta ha sido desalentada cuando se ha disuadido a su posible ejecutor. Schauer afirma que en el derecho la razón de la disuasión es el miedo al castigo(1427), es decir, toma prestado del derecho penal el perimido discurso de la prevención general negativa. La teoría utilitarista de la prevención general negativa, iniciada por Feubach y Romagnosi, pretende generalizar un no comprobado efecto de desaliento para cometer delitos, producido por la pena(1428).

A pesar de que abdicamos de entronizar en el altar de los fines de

(1424) CUERDA ARNAU, María Luisa, «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *iustel.com, RGDP*, núm. 8, noviembre 2007, pg. 18.

(1425) SCHAUER, F. ob. cit., pg. 693.

(1426) Corte Suprema de Estados Unidos: *Freedman v. Maryland*, 380 US 51 (1965). Ver sentencia completa en: <http://supreme.justia.com/us/380/51/case.html>.

(1427) SCHAUER, F. ob. cit., pg. 689.

(1428) «Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios. La antropología básica es la misma de la lógica de mercado, e incluso se la ha racionalizado expresamente, aplicando el modelo económico al estudio del delito, presuponiendo que los delincuentes son sujetos racionales que maximizan la utilidad esperada de sus conductas por sobre sus costos. Las únicas experiencias de efecto disuasivo del poder punitivo que se pueden verificar son los estados de terror, con penas crueles e indiscriminadas.(...) Es verdad que, eventualmente, sobre todo en casos de delitos de menor gravedad, la criminalización primaria puede tener un efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto, extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave, donde es de muy excepcional comprobación empírica y ni siquiera el mismo protagonista puede afirmarla con certeza. El éxito de la teoría deviene de su pretendida comprobación por introspección en infracciones leves o patrimoniales, pero ese procedimiento no es metodológicamente correcto, pues quien procede por introspección no puede afirmar, desde su status social y ético, si el efecto disuasivo lo tiene la pena o la estigmatización social por el hecho mismo». ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, pg. 58.

la pena la prevención general negativa, por no ser metodológicamente posible la generalización de un efecto individual, además de no ser éticamente aceptable utilizar la libertad del ser humano como proclama política, para el caso en estudio no podemos negar que la pena tiene efectos sobre la determinación a actuar de ciertos sujetos. Si está en juego el ejercicio constitucionalmente protegido de derechos fundamentales, las alarmas del Estado de Derecho deben saltar ante el mínimo peligro, y el hecho de que el mensaje que envía el Estado sea contradictorio (criminaliza conductas cercanas al ejercicio legal de derechos que el propio sistema debería fomentar) obliga al mismo a no dejar la más mínima duda sobre la promoción de ejercicio de derechos constitucionales. Las reticencias que tenemos contra el uso de la pena con la finalidad manifiesta de atemorizar y contradeterminar la comisión de delitos, por restringirse derechos fundamentales en aras de un silogismo absurdo, no pueden invalidar la intención de asegurar un ámbito propicio para el ejercicio de derechos fundamentales.

Dijimos que el efecto de desaliento ha sido desarrollado por la doctrina especialmente en lo referido a los derechos políticos(1429). La libertad de expresión es un valor afirmativo que la sociedad necesita, al igual que la participación política, y cuyas ausencias resienten el desarrollo de la misma. El daño social se produce cuando las libertades garantizadas constitucionalmente no se ejercitan, ya que se da por supuesto que el intercambio libre de información, las abiertas críticas al gobierno y al poder económico concentrado y la búsqueda de la verdad son valores positivos en sí mismos(1430). Las libertades de expresión y de información (libertades comunicativas) mantienen en buena salud a la democracia, desde que permiten a la comunidad tener la materia prima necesaria para tomar las decisiones políticas más óptimas(1431).

«El legislador [debe] respetar el amplio espacio (*breathing space*) que precisa la libertad de expresión y, en consecuencia, buscar una alternativa menos restrictiva (*Less Restrictive Alternative Doctrine*)»(1432) de regulación

(1429) «Cuando uno habla de efecto desaliento, generalmente la Primera Enmienda es lo que viene en mente» SCHAUER, F. pg. 692. SCHAUER comenta que los teóricos de la libertad de expresión suelen dividirse en dos campos: aquellos que afirman que el derecho a la libertad de expresión es el valor afirmativo por antonomasia, y aquellos que dicen que sólo la negación de este derecho por parte del Estado es lo que nos debe preocupar. (Cfr. SCHAUER, *op. cit.*, pg. 691, nota 35.)

(1430) SCHAUER, *op. cit.*, pg. 693. Los valores que la sociedad protege a través de la libertad de expresión pueden ser agrupados en cuatro grandes categorías: 1) la satisfacción individual de los sujetos, 2) la obtención de la verdad, 3) la participación de los miembros de la sociedad en los procesos decisorios, y 4) el mantenimiento del balance entre cambio y estabilidad en la sociedad. Cfr. EMERSON, Thomas, «Toward a General Theory of the First Amendment», *72 Yale L. J.*, 877, 887-91 (1963).

(1431) Vid. BARENDT, E., *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2005. Jurisprudencialmente: Estados Unidos, *New York v. Sullivan*, 376 US 254 (1964); Alemania, *Lüth Urteil*, BverfGE 7, 198; CECH, *Asunto Lingens contra Austria*, STEDH 8 de julio de 1986; España, STC, 6/1981.

(1432) CUERDA ARNAU, María Luisa, *op. cit.*, pg. 19.

de esos derechos fundamentales. Para ello es necesario asentar una zona de seguridad, o de sobreprotección estratégica del ejercicio de las libertades políticas que reconocen los textos constitucionales.

Desde el Derecho Constitucional se pretende enmarcar la temática dentro de la óptica de la «dimensión institucional de los derechos fundamentales»(1433), «cuando la conducta lícita que puede ser desalentada es una conducta en ejercicio de un derecho fundamental, desde la óptica constitucional se plantea sin duda un grave problema, pues los poderes públicos no pueden desanimar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que se encuentran por el contrario obligados a promoverlo»(1434).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha usado la expresión «desaliento» para referirse a los efectos de ciertas políticas públicas(1435). En el caso «Castells» se le dijo al Estado español que el sistema punitivo es el último recurso y debe ser extremadamente moderado para no perjudicar la crítica política(1436). En el asunto «Incal contra Turquía» (1998) se habló también de la violación del principio de proporcionalidad y de criminalización de la disidencia política(1437). Pero muy recientemente el mismo Tribunal de Estrasburgo ha omitido cualquier referencia al desaliento en el caso «Leroy c. Francia» (2 de octubre de 2008), donde un humorista gráfico había sido condenado por un tribunal francés por «glorificación» del terrorismo al haber hecho

(1433) Siguiendo a Peter HÄBERLE ver DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado "chilling effect" o "efecto desaliento"», en *Revista de Estudios Políticos del CEPC*, núm. 122, 2003,

(1434) MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», citado por DE DOMINGO PÉREZ, Tomás, *op. cit.*, pg. 153.

(1435) «Hay que evitar que los ciudadanos se desanimen por el temor de sanciones penales o de otra naturaleza, y desistan de opinar sobre tales problemas» (Asunto Barford, TEDH, sentencia de 22 de febrero de 1989, parágrafo 29).

(1436) «El señor Castells, en el artículo litigioso, presentaba una larga lista de asesinatos y atentados perpetrados en el País Vasco y denunciaba la impunidad, calificada por él como "insultante", de la que disfrutaban sus autores. Denunciaba la pasividad de las autoridades, que, en su opinión, no hacían nada para descubrirlos, a diferencia de otros supuestos en que se habían mostrado muy activas. Interpretando esto último en el sentido de connivencia con los culpables, atribuyó la responsabilidad de "estas acciones" al Gobierno y a los partidarios del mismo. Sin duda, se trataba de graves acusaciones. Pero, al expresarlas, el demandante no hacía otra cosa que ejercer legítimamente su derecho de libertad de opinión y de expresión. Este derecho ha sido violado en el caso enjuiciado en la medida en que el señor Castells fue procesado y condenado por haber escrito y publicado los que pensaba en relación a una cuestión de interés público: en una "sociedad democrática" no es admisible que se pueda sancionar por esto». Voto particular concordante del Juez De Meyer, TEDH, «Castells vs. España», 23 de abril de 1992.

(1437) «El TEDH entendió que el legítimo propósito de tutelar el orden público, no autorizaba, sin embargo a adoptar una medida que calificó de desproporcionada por vulnerar el derecho a la libertad de expresión, especialmente reforzada cuando nos hallamos en el ámbito de la crítica política». CUERDA ARNAU, M. Luisa, *op. cit.*, pg. 20.

un dibujo irrespetuoso de las torres gemelas neoyorquinas. Mientras el dibujante pretendía retratar un evento de la realidad con la mirada ácida de los caricaturistas, al mismo tiempo que expresaba su ideología antiamericanista a través de una imagen satírica(1438), el TEDH no entendió que con la condena se haya vulnerado el artículo 10 de la CEDH, y alegó que como la caricatura se había publicado en el País Vasco, esto llevaba implícito un peligro grave por ser una «zona políticamente sensible».

#### IV. LA CUESTIÓN DEL TERRORISMO

El terrorismo es una vieja etiqueta con la que se suelen cerrar las discusiones profundas y las críticas institucionales; frente al fantasma del terrorismo no cabe ninguna argumentación posible, sólo la clausura del pensamiento. La mayoría de los Estados que en el pasado usufructuaron la imagen del terrorismo insurgente, ahora se encuentran muy cómodos con los rótulos que el nuevo antiterrorismo reparte a unos y otros(1439). Países como Colombia y China(1440), que aún hoy mantienen la dialéctica canalla que en los setenta instalaron los sangrientos terrorismos de

(1438) «El formato de las caricaturas y las sátiras ayudan a la gente a ver el evento desde otro ángulo, desde otra perspectiva. A veces los caricaturistas son provocativos, con una dosis de humor negro. Y a veces son irrespetuosos con las víctimas, minorías y con los gobiernos. ¿Pero acaso no es eso lo que una caricatura es? El propio TEDH en otra reciente decisión ha declarado que las sátiras deben ser consideradas "una forma de expresión artística y comentario social que, exagerando y distorsionando la realidad, es intencionalmente provocativa". El mensaje de la caricatura de Leroy estaba enfocado en la destrucción de los símbolos del imperialismo norteamericano, y no en la glorificación del terrorismo». VOORHOOF, Dirk, «European Court of Human Rights: where is the chilling effect?» Ghent University, Bélgica, en: [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/confantiterrorism/ECHR\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/confantiterrorism/ECHR_en.pdf).

(1439) «Para algunos Estados que en el pasado rutinariamente abusaron de los derechos humanos, el antiterrorismo es simplemente la novísima excusa detrás de la cual se pueden esconder». Informe «Assessing Damage, Urging Action» del Panel de Juristas Eminentes, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2009, pg. 17.

(1440) China negoció con Estados Unidos la represión y el encarcelamiento en Guantánamo de varios uigures que eran perseguidos políticos del gobierno chino. Cfr. NORBERG, Naomi, «A harmonized approach to combating international terrorism? Roadwork ahead» en DELMAS Marty-PIETH-SIEBER, *Les chemins de L'Harmonization Pénale*, SLC, Paris, 2008, pg. 214. Ver también: BERNSTEIN, Richard, «Washington Has a Uighur Problem, Too», *New York Times*, 16 de junio de 2009, <http://www.nytimes.com/2009/07/16/us/16iht-letter.html>.

En Colombia la Comisión Internacional de Juristas ha reconocido la grave situación de derechos humanos y persistente impunidad agenciada como política gubernamental por parte de las autoridades colombianas, además de los reiterados ataques a la independencia del Poder Judicial. La Comisión Colombiana de Juristas denunció ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas diversas ejecuciones extrajudiciales que produce el ejército colombiano y las fuerzas paramilitares con innegables vínculos al Poder Ejecutivo. Cfr. Informe de la Comisión Colombiana de Juristas en [http://www.coljuristas.org/archivos/1Intervencion\\_punto\\_4FINAL.pdf](http://www.coljuristas.org/archivos/1Intervencion_punto_4FINAL.pdf). En 2008 el Tribunal Permanente de los Pueblos condenó al estado colombiano y a varias empresas multinacionales por crímenes de lesa humanidad, por el saqueo de los recursos naturales y la participación en el conflicto armado.

estado del cono sur, son algunos de los países más colaboracionistas con el nuevo antiterrorismo global(1441).

El reciente informe del Panel de Juristas Eminentes de la Comisión Internacional de Juristas sobre el antiterrorismo en el mundo (*«Assessing Damage, Urging Action»*) remarca la necesidad de aprender las lecciones del pasado. El hecho de que en muchos países la lucha antiterrorista haya degenerado en terrorismo de estado, a través de legislaciones de emergencia y de estados de sitio, nos alertan de los peligros del presente.

El antiterrorismo, como la expresión más burda del estado de policía, tiende siempre a minar las bases del estado de derecho. Cualquier elemento de contención que se le interponga lo supera a través del recurso a la emergencia, a la que define como la situación excepcional que hará mantener en pie a todo el sistema, cuando en realidad es un elemento extraño que termina por implosionar todo el ordenamiento legal ordinario(1442). «La perenne emergencia» –como la definió sabiamente Sergio MOCCIA– se instala en nuestros códigos penales y nunca los abandona. Cada vez que las agencias políticas incorporan normas excepcionales al sistema punitivo, el derecho penal pierde capacidad de acción y reacción. Una de las excusas menos originales para instaurar el imperio de la emergencia ha sido desde siempre el terrorismo.

Cualquier legislación de emergencia se construye sobre los prejuicios más bajos e infundados de una sociedad, en ellos encuentra su tierra de promisión. Sobre base tan innoble sólo puede construirse una normativa oportunista y simbólica, que sólo busca el rigorismo represivo y la caída de todas las garantías posibles. Todas las improvisaciones que propone la «cultura de la emergencia» son la exacta contracara de las técnicas legislativas inspiradas en criterios de una política criminal eficiente y racional. Abarcar fenómenos tan complejos como los ataques masivos e indiscriminados acudiendo sólo al derecho penal significa «no reconocer la complejidad del fenómeno, reduciéndolo a una cuestión sólo de orden público»(1443). Y el nuevo antiterrorismo con su paradigma bélico de respuesta, sólo escapa del derecho penal para evitar los últimos muros de contención que le quedaban.

El Panel de Juristas Eminentes remarcó la necesidad de que cual-

(1441) De triste memoria es el pedido del presidente Uribe para que Estados Unidos iniciara en Colombia una guerra contra el terrorismo como en Irak, sin menoscabar que se viene llevando a cabo desde hace años algo más silencioso y terrorífico con la participación del ejército norteamericano.

(1442) «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 esta, produce habituación y dependencia y quizá también, del mismo modo, su muerte». BERGALLI, Roberto, «Introducción» a SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Emergencia y crisis del estado social*, PPU, Barcelona, 1988, pg. VIII.

(1443) MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizione Scientifiche Italiane, 2ª edición, Nápoles, 1997, pg. 54.

quier emergencia deje intocables al sistema internacional de derechos humanos y al de derecho internacional humanitario, ya que ambos complejos normativos fueron creados en épocas convulsivas para afrontar las crisis, y nunca podrán ser vistos como un lujo de las democracias(1444).

En España la emergencia paradójicamente logró status constitucional. La Constitución española contiene la consagración de la suspensión –mediante posterior Ley orgánica– de ciertos derechos fundamentales para personas determinadas, con la excusa de combatir el llamado «terrorismo» (artículo 55.2). Lo que ARROYO llamó «estado de excepción permanente *intuitu personae*, que legitima las excepcionales leyes procesales» reductoras –por no decir negadoras– de derechos fundamentales, no es ni suspensión –ya que no es temporalmente acotada–, ni individual –ya que la norma tiene como destinatario a una generalidad(1445)–. Las violaciones más graves de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal se han producido al amparo de este ignominioso artículo del texto constitucional, que ha instaurado por primera vez en un Estado europeo la «ordinarización» de un derecho de emergencia.

La legislación antiterrorista de la mayoría de nuestros países responde a estereotipos creados por las agencias policiales, como de hecho sucede con todo el derecho penal ordinario(1446). Pero en los delitos de terrorismo el estereotipo se conjuga con los enemigos que una sociedad ya tiene introyectados e individualizados políticamente. El efecto criminalizador sobre las minorías portadoras del estereotipo negativo ha producido en la actualidad que renazca la islamofobia(1447) o que cier-

(1444) Informe «Assessing Damage, Urging Action», *op. cit.*, pg. 18.

(1445) ARROYO ZAPATERO, LUIS, «Terrorismo y Sistema Penal», en AA VV, *Reforma Política y Derecho*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pg. 158.

(1446) «... la respuesta política que se concreta en legislación es siempre una reacción frente a la demanda que llega cargada con el estereotipo negativo, o sea, con una cierta imagen del criminal masivo que se separa de la realidad en diferente medida. Es natural que una legislación que nace condicionada de esta manera, tienda de preferencia a satisfacer el reclamo público y, por ende, a captar al estereotipo que opera en la comunicación y en el imaginario colectivo y de las agencias policiales. La experiencia criminológica enseña que los estereotipos orientan la acción policial, dando lugar a una selectividad criminalizante ampliamente conocida en el campo de la delincuencia común. La transferencia de esta característica a la investigación de delitos no convencionales, como son los atentados masivos e indiscriminados, constituye un serio obstáculo para su eficacia, pues por lo general encaminan las investigaciones hacia objetivos falsos. Dado que la selección criminalizante en el delito se produce en buena medida por estereotipo, en los delitos no convencionales se sigue el mismo camino, o sea, que no es verdad que no haya estereotipos, sino que éstos son el principal obstáculo para su prevención eficaz. El resultado de este fenómeno es preocupante, porque desvía la acción policial de la prevención efectiva de esos crímenes, al privilegiar la selección por estereotipo que, por lo general, va a dar con personas no vinculadas a ellos». ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Observaciones generales sobre los mecanismos de desplazamiento lesivos de derechos humanos*, inédito.

(1447) Ciertas declaraciones públicas son catalogadas como «glorificación del terrorismo» si el emisor es un miembro de la comunidad islámica o como una simple opinión política si es expresada por un europeo. Así sucedió en Gran Bretaña cuando Sheykh Yusuf al-Qaradawi fue arrestado por decir que entendía porqué

tos colectivos con reclamos de reforma institucional, soberanía o autodeterminación como la «izquierda abertzale» (1448) sean segregados del debate político.

Una de las principales batallas que hay que dar contra el antiterrorismo, es la misma que desde hace varias décadas se da entre el abolicionismo radical y el derecho penal: la delimitación conceptual. Mientras el abolicionismo niega una realidad ontológica y homogeneizante de lo que las agencias políticas llaman «delitos», nosotros debemos atacar la idea de que una pluralidad de eventos violentos y conflictivos sean caratulados y simplificados como «terrorismo». Ante el fracaso político y jurídico de conceptualizar al terrorismo (1449), debemos evitar la etiqueta fácil y la nomenclación prejurídica. ZAFFARONI nos dice que «la inviabilidad de la perspectiva formal obliga a ensayar una perspectiva realista, desde la cual la dificultad formal muestra que el terrorismo no es un concepto sino un problema» (1450).

Tratando al «terrorismo» como una cuestión o problema, sólo nos queda definirlo como lo que realmente es: un ataque masivo e indiscriminado contra la vida y la integridad física de las personas (1451). Teniendo

---

un palestino oprimido se convertía en «hombre-bomba», y no le pasó lo mismo a la esposa de Tony Blair al decir algo parecido.

(1448) «Que la existencia legal de una *izquierda abertzale* (patriótica vasca) que no "condene" públicamente la violencia armada de ETA no sólo no comporta un apoyo a este tipo de lucha y la consiguiente tentativa de prolongarla en el tiempo sino que, por el contrario, es necesaria (esta izquierda) para la solución del conflicto político, y, con ello, para el cese de ese tipo de lucha (que es una tragedia muy dolorosa), y el deseado advenimiento de la paz, siendo, como digo, la existencia legal de esta fuerza política nada menos que una *conditio sine qua non* de ese feliz advenimiento. Por lo demás, el patriotismo vasco es una idea legítima aunque, hoy por hoy, y aquí está una clave del conflicto, no sea legal, hecho en el que se basa y se explica la violencia que padecemos». Sastre, Alfonso: «Carta abierta a los magistrados españoles» de octubre de 2009, <http://eltaburete.wordpress.com/2009/10/15/de-alfonso-sastre-carta-abierta-a-los-magistrados-espanoles/>.

La Sala especial de la Ley de Partidos Políticos del Tribunal Supremo español, al tratar la ilegalización de ANV en 2008, habló de dos conceptos de «izquierda abertzale»: «con el concepto de Izquierda Abertzale se alude en el País Vasco a toda izquierda nacionalista, pero cuando ETA utiliza aquella expresión, lo hace refiriéndose a aquella parte de la izquierda abertzale que colabora con sus objetivos». STS-ANV de 22 de septiembre de 2008.

(1449) Desde 1936 hasta 1980 se han adoptado 109 definiciones convencionales sobre el terrorismo. Naciones Unidas tiene 13 convenios especiales sobre el terrorismo, y a pesar que en 1997 comenzó el derrotero del famoso Convenio General de Terrorismo de las Naciones Unidas, dicho texto todavía está lejos de ver la luz, y a pesar de que lo haga, será subsidiario de todos aquellos convenios, que no perderán vigencia.

(1450) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *op. cit.*

(1451) «Ante la producción de ataques masivos e indiscriminados contra la vida o la integridad física de las personas, desde siempre considerados delitos de máxima gravedad y conminados con las más graves penas en todo el mundo, los legisladores nacionales sancionan leyes que los incriminan nuevamente o los dan por penados, pero con motivo de esos crímenes y con el fin manifiesto de combatirlos y prevenirlos, convierten en delito otras conductas que son diferentes en cada país y, además, establecen excepciones a las garantías penales y, sobre todo, procesales penales y limitan otras libertades individuales, o sea, que acotan los derechos humanos de la llamada primera generación». ZAFFARONI, E. R., *op. cit.*

en cuenta que si incorporamos al concepto la noción de finalidad, que es lo que siempre hizo la legislación española, corremos el riesgo de criminalizar la contienda política y la disidencia no convencional, que es lo que sucede en la España constitucional.

Todo el gran arco de violencia política y disidencia social que ha pretendido ser abarcado y rotulado con el mote de «terrorismo» a lo largo de los años, no han sido más que conflictos que las agencias políticas «resuelven» por la vía fácil: el sistema punitivo. La violencia anti-institucional o del oprimido siempre ha sido catalogada como grave delincuencia organizada(1452). El hecho que desde el 2001 el llamado «terrorismo de matriz islámica» sea políticamente algo difuso y esté motivado religiosamente, no desplaza la raíz del problema, que sigue siendo la respuesta unívoca que el poder le da a estos fenómenos.

Todo esfuerzo del saber penal y de las agencias jurídicas debe ser de contención, teniendo muy presente que el peligro en ciernes de toda legislación antiterrorista desbordada es la mutación en terrorismo de estado. «Desde las medidas racionales de prevención –que nadie discutiría seriamente– es fácil el desplazamiento hacia el quiebre de la regla del Estado de Derecho, y a su vez, de ésta, al crimen de estado. Ningún crimen de estado se comete sin ensayar un discurso justificante, y el riesgo en tiempos del terrorismo es que la prevención de crímenes de destrucción masiva e indiscriminada, si bien fuera de toda duda es imprescindible, pase rápidamente a ser la nueva justificación putativa del crimen de estado»(1453).

## V. EL ANTITERRORISMO COMO DESALENTADOR

Una legislación antiterrorista irresponsable es peligrosa por dos motivos: porque distrae e impide la verdadera prevención de ataques de destrucción masiva, y porque restringe el ejercicio de derechos fundamentales, cuando no es a través de supresiones o limitaciones directas de los mismos, lo es a través del desaliento a la participación ciudadana que se logra concomitantemente.

En Chile, además de la persistencia de la Constitución Política del dictador Pinochet, la legislación antiterrorista que viene de esa misma época, tiene un destinatario prefijado: las protestas no institucionales del pueblo mapuche. A los pueblos originarios de la Araucanía, que provocan incendios rituales de acuerdo a su tradición milenaria y que protestan contra la usurpación de territorios comunales, le es aplicada la legislación contra el terrorismo y su correlativa relajación de garantías procesales, a la vez que son víctimas propiciatorias de la más iracunda violencia poli-

(1452) Se recomienda ampliar en: RUGGIERO, Vincenzo, *La violencia política*, Laterza, Roma, 2008.

(1453) ZAFFARONI, E. R. *op. cit.*

cial(1454). En la mayoría de las democracias occidentales las normas anti-terroristas sirven para perseguir las manifestaciones antiglobalización y antisistema, o para aplastar los movimientos nacionalistas pro-autodeterminación (País Vasco, Irak, etc.).

Dijimos que el efecto de desaliento a ejercitar los propios derechos constitucionales se produce tanto por la tipificación, como por la aplicación de los tipos a los casos concretos. El hecho de que existan tipos penales tan abiertos, vagos e indeterminados, aumenta exponencialmente el efecto criminalizante de las agencias policiales, cuyo poder arbitrario es habilitado por el legislador, en una ilegal transferencia de poder legisferante al ámbito ejecutivo. La doble tipificación de delitos que ya estaban comprendidos en las viejas normativas señala que el camino de la emergencia es siempre simbólico y poco serio.

En España las normas penales antiterroristas vienen del franquismo, y sólo cambia el órgano judicial que conocerá de estos delitos: del ignominioso Tribunal de Orden Público y la jurisdicción militar a la Audiencia Nacional. Además de carecer de una definición expresa de terrorismo, el Código español de 1995 no define lo que son bandas armadas u organizaciones terroristas, lo que afecta gravemente el principio de legalidad, ni tampoco se precisa lo que el legislador pretende comprender al hablar de «paz pública». A pesar que el concepto histórico de terrorismo en España estuvo vinculado a dos grandes elementos estructurales, la organización y la finalidad terrorista, la incorporación del tipo de terrorismo individual o no organizado (art. 577)(1455) pretende abarcar conductas disidentes que antes eran meros delitos de desórdenes públicos(1456).

(1454) «La represión que ejerce el Estado en el conflicto mapuche es selectiva. Se dirige solo a las resistencias que se han organizado al margen de las vías institucionales, tendiendo a neutralizarlas o suprimirlas, no a todo el pueblo mapuche, por lo que en mi opinión es incorrecto –desde la objetividad– hablar de criminalización de las demandas mapuche y es más correcto hablar de "criminalización de las resistencias" al biopoder. Y esta criminalización se ejerce usando y abusando de las prerrogativas que entrega la legislación, tanto común, como especial. Concretamente el control penal que se ha ejercido sobre el conflicto, particularmente desde la transición democrática, ha ido paulatinamente deslizándose por la pendiente del autoritarismo». VILLEGAS DÍAZ, Myrna, «El mapuche como enemigo en el Derecho (Penal), consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo», en *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net).

(1455) Donde se contempla la actuación de alguien que no pertenece, ni participa, ni colabora con bandas armadas u organizaciones terroristas, pero que realiza acciones típicas con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, o *la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional*. En la Exposición de Motivos, el legislador planteaba la creación de este tipo penal para alcanzar al terrorismo urbano desvinculado de las bandas armadas, pero que comparte los «fines» de las mismas. El Grupo de Estudios de Política Criminal propone la supresión del artículo 577, principalmente por la ausencia del elemento organizativo que es esencial para la calificación de un hecho como terrorista. Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal: «Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo», Valencia, 2008.

(1456) CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008, pg. 258.

El elemento teleológico requerido por la legislación española para agravar delitos como terroristas no deja menos dudas. La finalidad de subvertir el orden constitucional es fundamentalmente política y se corre el riesgo grave de punir la crítica institucional no convencional. La otra finalidad alternativa, la de alterar gravemente la paz pública, lleva implícito el riesgo de la confusión con los delitos comunes de desórdenes públicos. La indeterminación sobre lo que es la «paz pública» lleva a otro gran choque con el principio de legalidad, y a confundir los objetivos del actuar con las consecuencias del mismo. Así, mientras sólo se pretenda violentar el orden constitucional, la comisión de delitos graves produce casi inexorablemente la etérea «alteración de la paz pública»(1457).

La finalidad de subvertir el orden constitucional planteó problemas a nivel jurisprudencial cuando se juzgaron los ilícitos cometidos por miembros de fuerzas de seguridad del Estado en su lucha contra el terrorismo etarra(1458). Allí se negó la existencia del terrorismo de Estado, al pretender que las acciones ilegales de las fuerzas del orden no podían caracterizarse de contrarias al orden constitucional ya que pretendían defenderlo de los ataques terroristas. Así quedaba claro que lo que no se podía atacar era la Constitución de 1978 como un baluarte del *status quo* político de la «Transición», pero que los principios fundamentales del Estado de Derecho no tenían la misma protección(1459).

Otro de los problemas graves de la legislación antiterrorista española es el artículo 576 donde se castiga la colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista. El sujeto activo aquí es ajeno a la organización delictiva y realiza conductas de «cooperación» sin un plan concreto. El tipo penal es peligrosamente abierto y abarca conductas en principio irrelevantes, o que serían actos preparatorios o de encubrimiento impunes. Pero apelando a este artículo se pretende sancionar cualquier género de actos de favorecimiento en los que exista dificultad probatoria. El mismo artículo plantea el problema de que las finalidades o actividades de una organización sean definidas *in totum* como terroristas, y de esta manera ilegalizar conductas no sólo impunes sino legalmente protegidas.

(1457) CAPITA REMEZAL, Mario, *op. cit.*, pg. 6.

(1458) «... la actividad delictiva de Amedo y Domínguez no debe entenderse, declara la sentencia, como un delito de asociación terrorista sino de mera asociación ilícita común por cuanto la finalidad perseguida por dichos funcionarios no es la de oponerse al sistema constitucional sino, antes al contrario, "defender la estabilidad" del mismo aunque ello se realice "por medios jurídicamente reprochables"». LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, fascículo II, tomo XLVI, mayo-agosto de 1993, pg. 535.

(1459) «La única defensa que se puede hacer del Estado de Derecho es desde la legalidad, respetando la propia Constitución que prohíbe métodos al margen del ordenamiento jurídico. Subvertir el orden constitucional es alterar o destruir por medios delictivos la aplicación de la Constitución y el funcionamiento de las instituciones del Estado, especialmente de los derechos y libertades de los ciudadanos». CAPITA REMEZAL, *op. cit.*, pg. 246.

No menos preocupante es el artículo 578 de «exaltación» del terrorismo (reformado por la LO 7/2000) que criminaliza la disidencia política y la crítica institucional (vulneración a la libertad ideológica art. 16.1 CE) al punir la apología de la apología del terrorismo, y al conferir a las víctimas de los delitos terroristas un *status* superior y desigual al de las demás víctimas, puniendo en forma específica lo que no es más que una injuria o un delito contra la integridad moral.

Es por la aplicación de la figura de colaboración con banda armada (aunque en su redacción preconstitucional) lo que llevó al Tribunal Constitucional a hablar de efecto de desaliento. Lo hizo al resolver el amparo presentado por la Mesa Nacional de Herri Batasuna, que había sido condenada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a la pena de siete años de prisión, una multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo, como autores de un delito de colaboración con banda armada. Dicha colaboración consistió en el reenvío a los medios de comunicación de una cinta de vídeo donde la organización ETA comunicaba los términos del cese de la violencia armada, para que fuera emitido en los espacios públicos que le correspondían al partido político Batasuna.

La sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional habló del desaliento que la desproporción de la reacción punitiva produce sobre ciertos derechos fundamentales(1460), y así se integraba este efecto a la estructura argumental del principio de proporcionalidad(1461). Aunque la doctrina mayoritaria española(1462) postula que el desaliento siempre es un problema de legalidad y nunca de proporcionalidad, que en la tipificación vaga o falta de taxatividad se encuentran las causas del desaliento, lo cierto es que –como enseña CUERDA ARNAU– puede producirse en ambos momentos del sistema punitivo. Las reacciones desproporcionadas en sede judicial requieren que un ulterior análisis de prohibición de exceso tenga en cuenta el posible desaliento. CUERDA ARNAU acierta al remarcar que «la doctrina del desaliento no persigue atajar problemas de legalidad (...) El mandato de indeterminación no precisa recurrir a argumentos como el desánimo para salir airoso ante una eventual vulneración. La utilidad que reporta la doctrina que se comenta es, según creo, la de operar como exigencia adicional de justificación frente a tipos que, pese a su relativa indeterminación, superan el filtro de la legalidad»(1463).

(1460) Derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la Constitución) y a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE).

(1461) CUERDA ARNAU, María Luisa, *op. cit.*, pg. 18; CUERDA RIEZU, Antonio, «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo de los dirigentes de Herri Batasuna», en Díez RIPOLLES, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, 2002, pg. 254.

(1462) José Luis Díez RIPOLLES, Gloria LOPERA MESA, entre otros.

(1463) CUERDA ARNAU, M. Luisa, *op. cit.*, pg. 26.

En el marco de la lucha antiterrorista española uno de los puntos más discutidos es la política de ilegalización de partidos. Son muchos los comentarios que podemos hacer al respecto, sobre la posibilidad de proscribir de la contienda electoral y del debate público a colectivos enteros de individuos. La Comisión de Venecia del Consejo de Europa ha remarcado los peligros de este tipo de políticas en países como Turquía y España.

En 2009 el Tribunal Supremo español anuló las candidaturas a las elecciones al Parlamento Europeo del partido «Iniciativa Internacionalista – Solidaridad entre los Pueblos» (II-SP), al amparo de las demandas incidentales de ejecución de la sentencia del TS de marzo de 2003 de ilegalización de los partidos HB, EH y Batasuna, por considerarse a la lista impugnada una sucesión de estos últimos(1464).

Las demandas presentadas por el Ministerio del Interior y el Ministerio Público Fiscal argumentaban la continuación fraudulenta del entramado Batasuna en «los claros mensajes de identificación con la liberación de Euskal Herria» o en la negativa a admitir preguntas en las ruedas de prensa de II-SP sobre la violencia terrorista. También remarcaban la vinculación de los cabezas de lista, promotores y hasta simpatizantes y eventuales votantes con los partidos ilegalizados (Alfonso Sastre, Doris Benegas, Ángeles Maestro, entre otros), sólo por haber firmado algún documento político a favor de los presos etarras o haber participado en manifestaciones independentistas de la llamada «Izquierda Abertzale». Se llegó a mencionar la calidad de testigo en un caso seguido ante la Audiencia Nacional en 1998 de una candidata, lo cual se transforma en una amenaza a quienes testifiquen en procesos relacionados con el terrorismo.

El auto del TS aplicó analógicamente un artículo de la ley electoral que restringe el derecho a acceder a los cargos públicos y todo con un nivel probatorio más que exiguo. La lista electoral anulada recurrió en amparo al Tribunal Constitucional, y éste lo tramitó como amparo electoral. Por primera vez, y por unanimidad, el TC contradecía una sentencia de la sala 61 (de la Ley Orgánica del Poder Judicial) del TS. Al conceder el amparo a la lista de II-SP, el TS consideró vulnerados los siguientes derechos constitucionales: derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a la libertad ideológica y el principio de igualdad.

Lo central del amparo recayó en las pruebas aportadas por los demandantes y aceptadas por el TS. La mera acumulación de datos que no

---

(1464) Como análisis detallado de los autos del TS y del TC recomiendo: VIRGALA FORURIA, Eduardo, «La admisión de Iniciativa Internacionalista a las elecciones europeas de 2009: el Tribunal Constitucional corrige acertadamente la decisión del Tribunal Supremo» en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 87, diciembre de 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, pg. 315. Allí afirma el autor que «la fórmula de encajar en un incidente de ejecución de sentencia la impugnación de candidaturas no es admisible» pg. 319.

tengan entidad probatoria de la sucesión de un partido ilegalizado, no permite al conjunto de ellos constituir una prueba. El TC atacó la escasa relevancia de los actos indicados por el TS, ya que son «sólo acreditativos en principio de una inclinación ideológica que en absoluto puede merecer censura en nuestro régimen constitucional democrático, por más que eventualmente pueda ser compartida por quienes pretendan hacerla valer por medio de la violencia, circunstancia ésta que no ha quedado probada concurra en los promotores y dirigentes de la coalición demandante de amparo»(1465). El endeble material probatorio en que se había basado el auto del TS, no hizo necesario que el TC analizara la ausencia de condena de la violencia terrorista por parte de II-SP, que en muchos casos sirve como contraindicio de sucesión de partidos ilegalizados, y así fallara a favor de los recurrentes, al considerar que tal pobreza probatoria «no puede justificar el sacrificio de derechos fundamentales de participación política en términos de igualdad y de libre defensa y de promoción de la propia ideología».

El TS también remarcaba la «identificación» de la lista de II-SP con los firmantes de los avales de las candidaturas, algo sobre lo que la agrupación carece de control, y según el TC sería «plantear una impropia responsabilidad jurídica por la sola adhesión de terceros». De igual manera el TC rechazó «la idea de que la movilización del voto que habría correspondido a las formaciones ilegalizadas sea una finalidad objetable».

El TC recordaba en la sentencia que la Constitución no requiere el concepto de «democracia militante», y que «no cabe excluir ideología alguna, ni por su contenido o fundamentos, ni por los medios de los que eventualmente quieran valerse quienes la defiendan», salvo que éstos sean violentos.

En este amparo el TC no necesita recurrir al «efecto desaliento» debido a que el análisis del auto de TS se agota principalmente en el patético y tragicómico nivel probatorio acreditado. Tampoco lo dice respecto de la cuestión formal, ya que el Constitucional no entra en las materias planteadas por los amparistas, como por ejemplo los plazos y la inviabilidad de anular candidaturas a través del procedimiento de ejecución de sentencias. Pero está por demás demostrado el amedrentamiento que produce el sistema judicial con respecto a los ciudadanos que comulgan con las ideologías de los partidos ilegalizados, aunque no lo hagan por medios violentos. Además, las opiniones públicas de autoridades gubernamentales, que no hacen más que confirmar una política de proscripción del nacionalismo separatista(1466).

---

(1465) STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 13.

(1466) El Ministro del Interior del gobierno español de Rodríguez Zapatero, Alfredo Pérez Rubalcaba, fue el principal propulsor de la anulación de la lista de Iniciativa Internacionalista, llegando a afirmar que ni aunque condenen la violencia etarra iban a poder ser «legalizados». <http://www.publico.es/espana/225798/iniciativa/internacionalista/querellara/rubalcaba/caamano>.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de estos desordenados pensamientos hemos tratado de señalar los peligros de un antiterrorismo desbordado, de una política criminal ineficiente y de las políticas públicas que tienden a criminalizar la disidencia política profunda.

ZAFFARONI y PAREDES CASTAÑÓN vienen recordando a Carl SCHMITT, que en su «Teoría del partisano» ha delineado el perfil del terrorista en nuestras sociedades: «el partisano, según SCHMITT, es aquel sujeto político que asume la enemistad política como una enemistad absoluta, puesto que pretende destruir el espacio político constituyente realmente existente y sustituirlo por otro diferente... A diferencia de la mera organización criminal... el partisano sigue buscando su legitimidad en el ámbito de lo político»(1467). Esta es la radiografía del lugar que ocupa el terrorista en el esquema social, y el hecho de negar esta realidad es uno de los «malos comienzos» de cualquier política criminal que pretenda hacerle frente.

El antiterrorismo, como antítesis y síntesis de la violencia política, reproducida hasta el infinito, provoca el retraimiento de la participación ciudadana en la «cosa pública». Una criminalización primaria que repose solamente en el reclamo securitario y que evoque emergencias para poder desprenderse de los controles del Estado de Derecho, sumado al alto nivel selectivizante de la criminalización secundaria y a la transferencia de poder a las agencias ejecutivas, obviamente producen un alarmante efecto de desaliento sobre la vida política comunitaria. En muchos casos, especialmente allí donde el terrorismo es endilgado a luchas políticas agónicas, al independentismo o a la crítica institucional basamental, el desaliento no es un efecto secundario no deseado, sino un paradigma profesado por las propias fuerzas ejecutivas: se busca directamente producir la no participación política de colectivos enteros.

Desde la perspectiva agnóstica de la pena, que enunciamos en el primer apartado, reconocemos que la pena es un hecho de poder, por ello es que siempre se la limita con cuestiones formales(1468). También lleva a ello la supuesta «imposibilidad de precisar datos ópticos prejurídicos para los conflictos que son objeto de criminalización primaria»(1469), que en los temas en cuestión es fundamental introyectarlos. SCHAUER decía que los tribunales deben tener presente la conducta humana en su totalidad, y que no pueden ignorar la psicología y la sociología para poder aprehender a la misma, especialmente en casos colindantes con la libertad de expresión(1470).

(1467) PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. «El terrorista ante el Derecho Penal: por una política criminal intercultural» en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2009, pg. 149.

(1468) Remitimos a la segunda nota de pie de página del presente texto.

(1469) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, ob. cit., pg. 135.

(1470) SCHAUER, ob. cit., pg. 730.

En muchos casos es necesario buscar límites materiales, cuando a pesar que el poder punitivo no traspase los límites formales, la habilitación de ese poder redundará en un «fortalecimiento tan enorme del estado de policía, que hace necesario que se le imponga un principio limitador... La complementación de la misma con fronteras de contenido (o materiales) es ensayable asumiendo el dato de realidad de las características estructurales del ejercicio del poder punitivo» (1471).

Esos datos de la realidad son principalmente los efectos que produce la pena, en especial sobre ciertos y determinados conjuntos de situaciones problemáticas. En ese esquema es donde debe introducirse el principio limitador material de prohibición del efecto de desaliento. ZAFFARONI afirma que «los principios limitadores no sólo son inacabados en su realización sino también abiertos en su enunciación. Estos principios no pueden enumerarse taxativamente, pues nuevos conflictos, violaciones y emergencias se dan todos los días. No cabe la taxatividad frente a un poder proteico y en parte oculto. Por tanto, toda realización de estos principios es transitoria y perfectible, y toda enunciación de los mismos es provisional; marcan un momento a partir del cual hay que avanzar» (1472).

La mirada germinal durante la criminalización primaria (principio de legalidad) y la ulterior durante la criminalización secundaria (principio de proporcionalidad), deben impedir que la actuación del poder punitivo aumente en sentido inverso al ejercicio de la ciudadanía y la política, porque de lo contrario deberíamos sepultar al derecho y la razón con epitafios clausewitzianos.

---

(1471) ZAFFARONI-ALAGIA-SOLKAR, ob. cit., pg. 136.

(1472) ZAFFARONI-ALAGIA-SOLKAR, *idem*.