

# CONSTITUCION Y LEGISLACION ANTITERRORISTA

Por FRANCISCO J. BOBILLO

## SUMARIO

I. Introducción.—II. Supuestos históricos: a) Liberalismo y garantía de los derechos y libertades. b) Los derechos fundamentales como límite del poder y la limitación de esos derechos.—III. Supuestos jurídicos: a) Principios garantistas en la Constitución española de 1978. b) La normativa contra el terrorismo: 1. Precisión de un concepto. 2. El objeto de análisis. 3. LOE 11/1980. 4. LOE 2/1981. 5. LOE 8/1984.—IV. Supuestos políticos: a) Ineficacia de la legislación. b) Debilitamiento de la democracia. c) Política y Derecho.

## I. INTRODUCCION

La publicación de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, «contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución», constituye, por el momento, la última disposición legislativa limitadora del ejercicio de determinadas libertades y derechos fundamentales reconocidos en la norma básica del ordenamiento jurídico-político español. Dicha Ley Orgánica, presentada como refundición de un disperso conjunto de normas de diversa índole y naturaleza, en parte anteriores al propio texto constitucional, se muestra claramente contradictoria con diversos preceptos constitucionales y, desde luego, con los principios básicos que deben inspirar al legislador, enlazando, por el contrario, con tradiciones legislativas anteriores al Estado democrático.

El objetivo del presente estudio consiste en analizar las limitaciones efectivas en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, así como presentar una reflexión acerca de la vinculación entre la

LO 8/1984 y otras disposiciones que le han servido de precedente, con una tendencia legislativa y un comportamiento político que puede traducirse en lo que Loewenstein califica como «la erosión del sentimiento constitucional» referido a la democracia española, y que afecta, en suma, al propio contenido de la Constitución.

Para efectuar dicho análisis, apoyado en la realidad sociopolítica y la actual legislación española, parece conveniente considerar, en primer lugar, algunos de los supuestos históricos que permiten interpretar mejor la vigencia y el alcance de determinados principios ideológicos. Más que un afán de historicismo, se trata de que, dada la equivocidad de buena parte de los conceptos más destacados de la ciencia política, así como las diferentes acepciones de los mismos empleados en los propios textos legales, referirse, aunque sea brevemente, al proceso histórico que ha dado sentido y concreción a tales conceptos resulta, en este sentido, no sólo una tarea ineludible, sino también algo de lo poco que cabe hacer en aras a clarificar tales conceptos.

Estas referencias teóricas, relativas en buena medida al influjo de los principios liberal y democrático en el desarrollo del constitucionalismo, y a la particular positivación de supuestos iusnaturalistas, servirán, pues, para mostrar, como dice el profesor De Vega (refiriéndose a la defensa de la Constitución), algunas de «las incitaciones históricas y políticas que condicionan, explican y, a la postre, ennoblecen, la conceptualización jurídica y su propio desarrollo constitucional» (1).

La fijación de los conceptos y su concreción en el ordenamiento legal a que nos referimos, constituye, en segundo lugar, la referencia específica del análisis. La «legislación antiterrorista» española, antes y después de la promulgación del texto constitucional, ha ido completándose con una serie de normas cuya relación con el límite efectivo en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales ha despertado la atención de los analistas.

Es indudable que la propia existencia y vigencia de la Constitución, al configurar y servir de marco a un sistema jurídico y político radicalmente diferente y aún opuesto al que existía con anterioridad, significa un corte profundo con la legislación anterior (2) que dificulta, si no imposibilita,

---

(1) P. DE VEGA: «Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: Algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español», en *Revista de Política Comparada*, núms. 10/11, 1984, págs. 395-426.

(2) En contra de esta opinión, véase, entre otros, G. MARTÍNEZ-FRESNEDA: *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona, 1982, págs. 37-71, y J. M. BANDRÉS: «Las situaciones de violencia como realidad política», en *Terrorismo y sociedad democrática*, Madrid, 1982, págs. 61 y sigs.

un tratamiento metodológico similar al estudio de las normativas pre y post-constitucionales relativas a la represión del terrorismo.

No basta, en este sentido, señalar las coincidencias en los derechos afectados por las limitaciones, ni tampoco, como en ocasiones se ha hecho, mencionar la ocasional similitud entre la legislación franquista y la democrática (3). Al extraer y aislar dichas normas de los sistemas políticos de quienes derivan y con quienes entroncan, el análisis pierde coherencia y cae de lleno en el error. Es indudable, y sería ocioso negarlo, que en la estructura económica española no se han producido cambios tan radicales como los que han tenido lugar en la legalidad a partir de diciembre de 1978 (4). Tales mutaciones económicas, si bien no tan profundas, son, en todo caso, bastante anteriores a esa fecha y pueden también contribuir a interpretar, desde supuestos materialistas no muy refinados, el proceso constitucional español como una adaptación del marco legal a las nuevas modalidades del sistema económico. No vamos a detenernos ahora en esta cuestión. Baste con indicar que ni el mantenimiento de la estructura económica esencial, ni tampoco el hecho de que buena parte de los puestos intermedios y superiores dedicados a funciones represivas continúen siendo ocupados por las mismas personas que lo hacían en el régimen anterior, son argumentos suficientes para mantener la similitud entre la «legislación antiterrorista» del franquismo y la de la democracia.

Entender que la continuidad económico-estructural, institucional y personal, permite afirmar una simétrica continuidad legislativa, aunque sea solamente en el aspecto objeto de este estudio, es una pretensión mecanicista que ignora la función global del derecho en las sociedades políticas, desprecia la autonomía de la política (reduciendo política y derecho a sus funciones legitimadoras y represivas) y, en suma, simplifica excesivamente un supuesto de origen materialista mucho más complejo.

Por la evidente incorrección de tal criterio argumental no merece la pena insistir en lo equivocado de ese planteamiento y de ahí que, salvo menciones circunstanciales, siempre precisas y limitadas, el *corpus* legal que aquí se va a analizar sea el producido después de la Constitución, con especial insistencia en la LO 8/1984, de 26 de diciembre.

El trasfondo político de dicha legislación —que constituye el tercer nivel de análisis— permite, por último, complementar los criterios indicados con los enfoques histórico y jurídico y obtener, así, una interpretación en la que

(3) *Ibidem*, así como J. M. BANDRÉS: «Veinte años de leyes y jurisdicciones especiales», en V. PÉREZ MARIÑO (comp.): *Justicia y delito*, Madrid, 1982, págs. 39 y sigs..

(4) Cfr. el número monográfico *Diez años de política económica española*, ICE, 617/618, 1985.

intervienen aspectos cuyo reflejo no aparece con claridad en los textos legales, pero que han influido decisivamente en los mismos. Determinar la relación entre el nivel en donde tienen lugar los enfrentamientos políticos y la respuesta estatal a los mismos, en lo que respecta a un aspecto de la legislación represiva de la actualidad española, ha de servir para integrar esta normativa legal en la reflexión acerca del sistema político y su coyuntura, y dejar de considerarla como una actividad aislada del mismo.

## II. SUPUESTOS HISTORICOS

### a) *Liberalismo y garantía de los derechos y libertades*

El deseo de los individuos de limitar el poder, de protegerse contra sus posibles abusos y arbitrariedades, constituye, como es sabido, uno de los principios esenciales de la ideología liberal (libertad *negativa*, libertad *frente a*) que aparecerá reflejado en los textos clásicos del moderno constitucionalismo. Evitar la discrecionalidad, preveyendo una serie de límites jurídicos institucionalizados, forma parte de la concepción liberal del mundo, de su creencia en el ser humano y en su capacidad racional, así como también de la necesidad burguesa de cálculo y anticipación, de preferencia por lo previsible frente a lo incierto. La doctrina del Estado de Derecho que plasma, en el plano jurídico-político, esa concepción liberal burguesa, recoge, alterándola, una muy antigua tradición, recibida desde los estoicos a través del iusnaturalismo y el contractualismo y expresada, con posterioridad, racionalmente, mediante reglas abstractas y generales. Estado de Derecho, dice Morodo, es «la institucionalización de la legalidad». Pero «los sistemas de legalidad —añade— son resultado de previos sistemas ideológicos. El Derecho es la encarnadura de una ideología» (5).

Los límites a la soberanía, una vez que la misma ha quedado claramente establecida y su limitación no es amenaza de una posible desintegración, van a configurar buena parte de la argumentación liberal inicial en favor de la tutela de los derechos y libertades fundamentales. Es indudable que el principio democrático, de esencial igualdad humana, con accidentado desarrollo desde las contraposiciones medievales de *Rex* y *Regnum* hasta el moderno constitucionalismo, no será aplicado consecuentemente por el liberalismo a pesar de constituir uno de los ingredientes fundamentales del mismo.

(5) R. MORODO: «Fundamentos ideológicos de la Constitución, la legalidad y la legitimidad», cito por la edición de E. TIerno y R. MORODO: *Estudios de pensamiento político*, Madrid, 1976, págs. 174-176.

En la fórmula del constitucionalismo, indica F. Neumann en un brillante y conocido estudio, intervienen primordialmente tres elementos: el Derecho natural, optimista y revolucionario, que afirma al ser humano como una criatura racional; el propio racionalismo y la filosofía mecanicista (naturaleza y razón constituyen los dogmas ilustrados por excelencia), es decir, la creencia en reglas racionales y abstractas que estipulan relaciones calculables y predecibles entre los Estados; y, por último, la ley común que inspira la tradición. La cristalización adoptada por ese compuesto, en diferentes culturas políticas, producirá los tres modelos más elaborados: el *Rechtsstaat* alemán, cuidada construcción legal en donde la previsión y generalidad alcanzan su más elevada expresión; la doctrina inglesa del *common law*, en donde la soberanía del Parlamento, combinada con la tradición, asegura la protección de los ciudadanos, y, por último, la supremacía judicial norteamericana que permite la revisión judicial de los actos legislativos como garantía del orden constitucional frente a posibles atentados a los derechos (6).

El principio democrático de igualdad, el derecho para todos y, en general, el derecho natural revolucionario, influirán en el derecho positivo legitimando la fuerza obligatoria de éste. «El Derecho Natural —dirá Weber— es por ello la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico revolucionariamente creado. La invocación al Derecho Natural ha sido siempre la forma en que las clases que se rebelaban contra el orden existente prestaban legitimidad a su anhelo de creación jurídica cuando no se apoyaban sobre la tradición o sobre normas religiosas positivas» (7).

En el movimiento liberal, no obstante, decaen las doctrinas iusnaturalistas para ser sustituidas por teorías contractualistas y democráticas. Pero el establecimiento y configuración de un sistema de garantías del ciudadano frente al poder, al generalizarse el influjo del derecho positivo, debe parte no poco importante a ese espíritu burgués que busca un seguro para su vida y para sus negocios. El propio concepto de libertad conocerá también esa alteración. Y así, a partir de Montesquieu, la noción de libertad como principio comenzará a ser sustituida por la noción de libertad como consecuencia: la consecuencia de organizar adecuadamente el Estado (8). La obligada

(6) F. NEUMANN: «Tipos de Derecho Natural», en *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1968, pág. 92.

(7) M. WEBER: *Economía y sociedad*, t. I, México, 1974, pág. 640. Véase también, A. E. PÉREZ LUÑO: «El proceso de positivación de los derechos fundamentales», en VV.AA.: *Los Derechos Humanos*, Sevilla, 1979, págs. 247 y sigs., y «Estado de Derecho y derechos fundamentales», *ibidem*, págs. 131 y sigs. N. BOBBIO: *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965, pág. 72.

(8) E. TIerno: «Prólogo» a MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes* (traducción de M. Blázquez y P. de Vega), Madrid, 1972.

referencia al famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano muestra bien a las claras la importancia que el pensamiento liberal atribuye al aseguramiento de las garantías de los derechos y libertades: sin dichas garantías, y sin ese mecanismo limitador de la separación de poderes, una sociedad será lo que sea, pero carece de Constitución.

El constitucionalismo liberal, expresión del auge y la confianza en sí misma de la burguesía europea, en su deseo de limitación del poder monárquico va a poner extraordinario énfasis en la defensa de la doctrina garantista —como expresa bien a las claras la obra de Constant (9)— configurando, de este modo, la inicial formulación del Estado de Derecho. El catálogo clásico de las libertades civiles —resume Loewenstein— «significó el marco ideal dentro del cual una clase dominante consciente de sí misma, social e intelectualmente homogénea, pudo montar una estructura social en su propio beneficio. Siendo, en sí mismo, sólo el resultado de una situación de intereses determinada y condicionada temporalmente, el catálogo de los derechos individuales exigió su validez universal como decálogo de un buen orden social» (10).

La burguesía, acostumbrada a la previsión y el cálculo en su actividad cotidiana, al riesgo conocido, valora la importancia del *ius certum* y del derecho escrito frente a las normas consuetudinarias o la discrecionalidad. En la hipótesis de comportamiento futuro sobre la que se basa el derecho, es preciso prever también, desde luego, la inadecuada utilización de las libertades. La Declaración francesa, al establecer los límites en el uso de las libertades que afirma, muestra claramente la consciencia de la burguesía revolucionaria con respecto a la eventual amenaza que tal catálogo podía llegar a significar para sus intereses.

La evolución que, a lo largo del siglo XIX, sufrirá la inicial fórmula garantista con la aparición del proletariado organizado políticamente, alterando sustancialmente su propia configuración, es una muestra más de las múltiples modificaciones de todo el sistema liberal. La Constitución, así, comenzará a ser presentada como terreno común en el que las clases enfrentadas resuelven sus conflictos. El enfrentamiento se sitúa ya en el Parlamento, en donde el debate entre iguales y el contraste de opiniones de un sector particularmente ilustrado, pero de reducida representatividad, se ve alterado y sustituido por la llegada a su seno de antagonismos sociales de dificultosa conciliación.

El proceso seguido, sobradamente estudiado por la teoría constitucional

---

(9) B. CONSTANT: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1968.

(10) K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1979, pág. 395.

y el pensamiento jurídico-político (11), pone de manifiesto tanto los intentos de asegurar el inestable equilibrio entre intereses contrapuestos, como, en su última etapa, la progresiva atención a necesidades colectivas y a reducir las desigualdades manteniendo la protección clásica de los derechos individuales. El intervencionismo estatal propio del capitalismo avanzado, tardío, desarrollado o como queramos llamarle, configurado como Estado social de Derecho, pretende asegurar la justicia social y la realidad efectiva de los principios igualitarios manteniendo el orden económico basado en la propiedad privada. En las Constituciones de posguerra, de modo particular en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20) y en la Constitución italiana (arts. 2.º y 3.º), quedará reflejada esta nueva tendencia, como aparece, asimismo (manteniendo también el principio garantista) en la actual Constitución española (artículo 9.º, 2).

b) *Los derechos fundamentales como límite del poder  
y la limitación de esos derechos*

Desde los inicios de la justificación teórica del Estado se pueden apreciar, al propio tiempo, los intentos por delimitar esa soberanía que acaba de otorgársele. Tanto los abiertos defensores del Estado como Hobbes o Spinoza (12), como quienes asumen la defensa del individuo al modo de Locke (13), hacen figurar en sus teorías la tensión entre libertad individual y seguridad estatal que aparece reiteradamente en toda reflexión política moderna. Locke, abanderado del derecho y de la ley, admite también, no obstante, la posibilidad del soberano de actuar al margen de esa última cuando la propia existencia del Estado aparezca amenazada. Los defensores del Estado expondrán las limitaciones del poder y los defensores de la libertad indicarán los límites de su ejercicio (14).

El supuesto de que todo derecho implica sus correspondientes deberes toma cuerpo y se extiende en el ámbito de la reflexión teórica llegando hasta el moderno constitucionalismo. La propia noción formalista de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos no está ausente de esa impregnación escolástica. Los derechos serán, desde luego, exigibles por los

---

(11) Véase, entre otros, C. J. FRIEDERICH: *Gobierno constitucional y democracia*, Madrid, 1975, y M. GARCÍA PELAYO: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1984.

(12) T. HOBBS: *Leviathan*, Madrid, 1979, y B. SPINOZA: *Tratado teológico-político. Tratado político*, Madrid, 1966.

(13) L. LOCKE: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1966, y C. HILL: *El siglo de la revolución*, Madrid, 1972.

(14) C. B. MACPHERSON: *La democracia liberal y su época*, Madrid, 1982.

ciudadanos en tanto están estatuidos por la ley, pero ésta puede, naturalmente, establecer límites al ejercicio de los mismos. Esta noción, una de cuyas expresiones contemporáneas más notorias y acusadas en el constitucionalismo democrático, es la que aparece reflejada en el artículo 2.º de la Ley Fundamental de Bonn («Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o a la ley moral»), contribuye a introducir en los textos constitucionales supuestos y previsiones que permiten al Estado suspender o limitar temporal o personalmente las garantías tradicionales de los derechos y libertades (15).

Los argumentos empleados para justificar esa limitación van desde las referencias al bien común, la protección del propio orden democrático supuestamente amenazado, la salvaguarda de valores superiores, hasta la propia característica excepcional y extraordinaria de tales medidas. Tales alegaciones, no obstante, son contempladas con inquietud, «por ser un camino que puede conducir a la desaparición de las libertades y a la instalación de un Estado autoritario o totalitario» (16), como indicaba hace unos años el profesor Peces-Barba, uno de los juristas españoles que han dedicado mayor atención al estudio de los derechos humanos.

Es, precisamente, esa inquietud la que conduce a que, a pesar de su reconocimiento en los textos y en la doctrina constitucional, las limitaciones de los derechos fundamentales encuentren también su límite. Esa frontera de los límites pretende salvaguardar la esencia de los derechos y libertades, así como regular con bastante rigidez el ejercicio de las potestades limitativas o suspensorias. Reserva de ley, que coarta las facultades legislativas del ejecutivo, exigencia de una Ley Orgánica, control de constitucionalidad, recurso de amparo, etc., son, de este modo, institutos establecidos por las propias cartas constitucionales como reforzamiento del sistema garantista y contraprestación de las facultades limitativas.

Frente a la pretensión iusnaturalista plasmada en las iniciales declaraciones y que la realidad estatal y su racionalización se encargó pronto de desmontar, el Estado de Derecho va paulatinamente reconociendo la eventual necesidad de la limitación o suspensión extraordinaria de las garantías. La previsión de tal eventualidad queda regulada y su uso sometido también a previsiones normadas. En el positivismo más consecuente el Estado no encuentra límite a su acción en tanto ésta se exprese mediante la adecuada formalización jurídica. El individuo dispone de la certeza que le proporciona

(15) G. MORELLI: *La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno*, Milán, 1966, págs. 151 y sigs.

(16) G. PECES-BARBA: *Derechos fundamentales*, Madrid, 1976, págs. 33 y sigs.



el previo conocimiento de la posible acción del Estado. Respetando la forma legal, el Estado puede actuar sobre los derechos.

Cuando el Estado liberal comienza a sentirse amenazado, tales previsiones se multiplican en los textos constitucionales. No está justificada aquí la doctrina general del abuso del derecho. El límite del abuso de los derechos fundamentales «es jurídica y políticamente imposible, innecesario y contrario a la esencia y naturaleza que define estos derechos, y su reconocimiento viola la finalidad y las garantías que tiene que reunir todo límite para no convertirse en limitación» (17). Aquellas previsiones, son, desde luego, supuestos excepcionales, estatuidas desde el objetivo de lograr la continuidad del Estado y del sistema democrático, pero «al acentuarse considerablemente en nuestro tiempo el conflicto entre la libertad individual y la seguridad estatal» (18), la libertad individual acaba por ver mermado su ámbito en favor de la seguridad del Estado.

Las cláusulas limitadoras del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas presentes en el moderno constitucionalismo recogen, pues, toda una tradición anterior, que tiene un precedente destacado en la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (arts. 4.º y 5.º) (19), y que fueron sumamente desarrolladas durante el período de entreguerras. En la actualidad, la Ley Fundamental de Bonn constituye, en este sentido, el ejemplo paradigmático en donde el conflicto aludido adquiere mayor tensión, y el artículo 19 de dicha Ley ha sido, desde su promulgación, objeto de continuas referencias, polémicas y controversias.

Lo que Friederich denomina «la razón de Estado constitucional» es algo —dice— «fastidioso en todas las democracias constitucionales debido al desafío que a las mismas plantean los movimientos totalitarios» (20). Dado que la protección y elaboración de los derechos humanos —añade— «constituye la médula del orden constitucional, su mismísima razón de existencia, cada infracción a tales derechos debería justificarse estableciendo claramente los actos concretos que constituyan un caso peligroso» (21). Las posibles limitaciones, consideradas por dicho autor como «conflictos de principio» entre los puntos de vista de diferentes grupos sociales que llevan a insertar en el texto constitucional dos cláusulas o fórmulas contradictorias

(17) C. GÓMEZ TORRES: «El abuso de los derechos fundamentales», en VV.AA.: *Derechos humanos, ob. cit.*, págs. 327 y sigs., y A. ROVIRA: *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, 1983.

(18) K. LOEWENSTEIN: *Ob. cit.*

(19) G. JELLINEK y E. BOUTMY: *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Madrid, 1984.

(20) C. J. FRIEDERICH: *Ob. cit.*, págs. 327-328.

(21) *Ibidem.*

y mutuamente excluyentes, pueden ser contempladas en la actualidad desde una perspectiva metodológica muy diferente.

Así por ejemplo, un sector de la doctrina italiana (que cuenta con seguidores en nuestro país) (22), ha desarrollado (a partir de los años sesenta y setenta, cuando la violencia política tuvo mayor intensidad en Italia) un discurso teórico en donde se presta mayor atención a las condiciones sociales en que tienen lugar tanto la elaboración y aprobación de las leyes como su posterior aplicación, negando la pretendida neutralidad judicial e intentando establecer la vinculación de la magistratura con un determinado modelo de orden socioeconómico y político. La función del juez, ante un antagonismo social que se presenta como conflicto jurídico, deja de ser la que le había asignado Montesquieu para pasar a interpretar la ley de acuerdo con su conocimiento jurídico-técnico, pero, también, con su participación en la realidad histórica y en su conformación.

Las cláusulas contradictorias de la Constitución —debidas, en muchos casos, al inicial consenso establecido en la elaboración y aprobación— que se resuelven, a menudo, en leyes de desarrollo constitucional influidas por la contingencia, posibilitan una administración de la justicia que actúa sobre el propio orden constitucional. Sin detenernos ahora en aspectos tales como el uso alternativo del derecho o la función judicial en una sociedad moderna, el hecho es que, a partir de ese discurso teórico, resulta ya indefendible la neutralidad judicial y su nula influencia en las cambiantes modalidades del orden político (23).

Los frecuentes conflictos entre las competencias judiciales y policiales, la presión sobre la judicatura solicitando el endurecimiento de las penas y responsabilizándola del incremento de la delincuencia, son manifestaciones de un conflicto estructural más hondo sobre el que se asienta el propio orden económico capitalista y la concreción en cada momento histórico del binomio autoridad-libertad que está en el origen del Estado moderno (24).

---

(22) Los trabajos de L. BASSO, L. COLLETTI, P. BARCELLONA, A. PIZZORUSSO, N. MATTEUCCI, A. NEGRI, L. FERRAJOLI, G. AMATO, R. GUASTINI, G. GIZZI, A. ZINGALI, V. ACCATTATIS, S. SESESE, G. SCARPARI, U. CERRONI, G. COLTURRI, etc., forman parte de la tendencia indicada. Una breve selección puede verse, en castellano, en *Política y justicia en el Estado capitalista* (edición de P. Andrés Ibáñez), Barcelona, 1978. También en P. BARCELLONA y G. COLTURRI: *El Estado y los juristas*, Barcelona, 1976, y L. COLLETTI y otros: *Para una democracia socialista*, Barcelona, 1976. Pueden consultarse, asimismo, las revistas *Problemi del Socialismo*, *Democrazia e Diritto*, *Rinascita*, etc.

(23) D. SIMÓN: *La independencia del juez*, Barcelona, 1985.

(24) M. GARCÍA PELAYO: «Auctoritas», en *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1983, págs. 135-180.

## III. SUPUESTOS JURIDICOS

a) *Principios garantistas en la Constitución española*

Una buena parte de las anteriores reflexiones, desarrolladas a lo largo del movimiento constitucional, alcanzan su máximo nivel, en el plano teórico, con la elaboración conceptual del Estado de Derecho. La libertad, a partir del siglo XIX, aparece formulada en los textos legales tanto en cuanto límite que el poder no puede traspasar, como en cuanto posibilidad que permite resistir a la actuación del poder que ha decidido violar esos límites (25).

El garantismo, que conoce su etapa culminante cuando la burguesía comienza a instalarse en el poder decidida a no abandonarlo, sufrirá profundas modificaciones cuando ese poder se sienta amenazado. Es decir, con la crisis del Estado liberal y su evolución, dentro del marco democrático, hacia el nuevo modelo conocido como Estado social. «La fase del constitucionalismo que se abría tras la contienda mundial —indica García Herrera en un valioso estudio— inauguraba un planteamiento diverso en el que el Estado y el individuo desempeñaban nuevos papeles en el seno de una dinámica original no exenta de tensiones. Por una parte, el individuo gozaba de una tutela redoblada que pretendía inmunizarle de los acosos legislativos, una vez decaída la visión mitológica de la bondad intrínseca de la ley. Por otra parte, el poder, en base al pacto político del Estado social, era beligerante en su confrontación con la sociedad, a la que debía conformar según unos postulados de redistribución de la riqueza que mantuviera las prestaciones del sistema...» (26).

El garantismo decimonónico aparece, pues, alterado, desplazándose desde la protección individual hacia la obligación estatal de intervención y modificación de la sociedad, pero manteniéndose una esfera de actuación privada que el poder debe respetar. «La transformación del Estado liberal de Derecho clásico en Estado social de Derecho, hace que el constitucionalismo moderno deje de ser sólo un instrumento protector del individuo frente al poder. Junto al elemento y la función garantizadora aparecen el elemento y la función transformadora de las Constituciones» (27). La interpenetración Estado-Sociedad, la denominada por Habermas como progresiva sociali-

(25) B. CONSTANT: *Curso de política constitucional*, Madrid, 1968, pág. 96.

(26) M. A. GARCÍA HERRERA: «Justicia y seguridad ciudadana», en V. PÉREZ MARIÑO (comp.): *Justicia y delito*, Madrid, 1981, pág. 96.

(27) P. DE VEGA: «Prólogo» a C. SCHMITT: *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983, pág. 23.

zación del Estado y correlativa estatificación de la sociedad, no implica el abandono de la protección de ciertos derechos individuales, pero faculta al Estado para actuar sobre ellos cara a conseguir objetivos presentados como superiores (28).

La Constitución española de 1978, que recoge esa corriente del constitucionalismo de posguerra (29), expresa claramente la doble tendencia enunciada en el párrafo anterior, que se concreta simbólicamente en los artículos 53 y 9.º, pero cuyo reflejo aparece también en otros preceptos del articulado. El establecimiento de derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, la protección y garantía de los mismos, la sujeción del Estado a la forma jurídica imponiendo el principio de legalidad, son características destacadas del ordenamiento vigente que han sido frecuentemente señaladas por los especialistas (30). No parece, pues, preciso insistir más en el carácter garantista de nuestra norma básica ni tampoco en la concreción del principio de legalidad que —como indicaba tempranamente el profesor De Cabo, al analizar el proyecto constitucional— «parece quizá de lo más destacable y positivo de la Constitución española» (31). Aunque, en el mismo estudio, al destacar la supremacía del Parlamento, dicho profesor presentaba ya sus reservas frente a la «mitificación parlamentaria» y a la posibilidad de que, desde el propio Parlamento, «pudiera ser corrompido el propio sistema del Estado de Derecho tan reforzado en el texto original» (32). Será, precisamente, esa sospecha, la que parece haber tomado cuerpo cuando se analiza tanto la legislación antiterrorista como otras normas legales de signo represivo que han sido elaboradas y aprobadas a partir de la promulgación de la Constitución.

Un fenómeno parecido, ocurrido en otros Estados, permite que hoy se disponga de valiosos estudios acerca del significado que esa degeneración del inicial espíritu constitucional ha tenido en regímenes políticos democráticos afectados por crisis tanto económicas como políticas e institucionales. Tales estudios han sido, en ocasiones, contemplados en relación con aquellos otros

(28) J. HABERMAS: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, 1982, págs. 172 y sigs., y J. KAMMLER: «El Estado social», en ABENDROTH y LENK: *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, 1971, pág. 97. También M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pág. 25.

(29) C. OLLERO: *El Derecho constitucional de la posguerra*, Barcelona, 1949.

(30) Es criterio mantenido con unanimidad por todos los comentaristas.

(31) C. DE CABO: «Estado y Estado de Derecho en el capitalismo dominante. Aspectos significativos del planteamiento constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, pág. 117.

(32) *Ibidem*, págs. 108-110.

que, desde una perspectiva marxista renovada, proporcionan un nuevo planteamiento del problema de las relaciones entre economía y política en los Estados democráticos de capitalismo desarrollado (33). De lo que se trata, en suma, es de vincular la aparición de una legislación autoritaria y represiva de las libertades (que se afirma con las posibilidades constitucionales de actuación estatal sobre la sociedad) con las propias necesidades de legitimación del capitalismo tardío, incapaz de satisfacer las crecientes exigencias sociales.

El nivel de desarrollo de la economía española no permite, sin embargo, hablar de «capitalismo tardío» sin caer en el sarcasmo. A unas estructuras de producción y distribución arcaicas y necesitadas de renovación en múltiples sectores, se une un alto grado de dependencia de otros sistemas más avanzados que no es presumible se altere en las próximas décadas. A pesar de todo ello, una serie de elementos, tanto políticos como económicos, derivados en parte de la necesaria modernización y de la mencionada inadecuación estructural, han influido, sin duda, en la aparición de contradicciones entre el inicial espíritu garantista de la Constitución y el paulatino abandono del mismo en la legislación antiterrorista que comentamos a continuación. En la contraposición libertad-seguridad, eje del principio garantista, el énfasis se ha desviado desde el primero al segundo de los términos a medida que se desvanecía el primigenio sentimiento constitucional. La seguridad, contemplada en la Constitución (arts. 104.1 y 149.1.29), no figura, sin embargo, entre los valores superiores reconocidos en el artículo 1.1, y cuando es mencionada en otros preceptos se refiere más bien a las condiciones de paz que delimitan el marco de convivencia. Pese a ello, la producción legislativa que exalta el orden público y la seguridad estatal como bienes supremos, al hacer apología de la autoridad, altera el planteamiento constitucional hasta hacerlo irreconocible. El incremento de poderes del aparato policial, que se corresponde con la mayor inseguridad jurídica y menor garantía de las libertades, constituye, así, un riesgo nada desdeñable para el propio desarrollo de la democracia. Lo que ahora aparece como tendencia creciente en la legislación antiterrorista, puede acentuarse y generalizarse «cuando se den ciertas condiciones que el poder juzgue intolerables» (34).

El análisis de la legislación antiterrorista viene en apoyo de lo antedicho y pone de manifiesto con claridad la tendencia señalada. Las leyes que aquí son objeto de estudio han tenido ya una aplicación que facilita la vulnera-

(33) Algunos trabajos de POULANTZAS, MILIBAND, BOCCARA, PREUSS, OFFE, O'CONNOR, COUGH, ROCANVALO, etc., han contribuido a la renovación de la teoría del Estado desde la metodología señalada, determinando un objeto de estudio más preciso.

(34) M. A. GARCÍA HERRERA: *Art. cit.*, pág. 115.

ción de derechos y libertades fundamentales, que posibilita la existencia de torturas y malos tratos a los detenidos y, en suma, que permite actuaciones discrecionales del poder. Las garantías constitucionales, recibidas con alborozo y celebradas por los comentaristas, han podido, de este modo, ser burladas, sin que, por el momento, el Tribunal Constitucional, celoso defensor de los derechos individuales (35), haya podido sentenciar si las leyes comentadas son o no inconstitucionales. Ante la ausencia de esa autorizada opinión, ofrecemos una interpretación tendente tanto a señalar las contradicciones de esa legislación con diversos preceptos constitucionales, como a reclamar la primacía de la Constitución y su efectivo respeto por el Parlamento y el Gobierno. Sin mitificar la legalidad democrático-burguesa (ni ninguna otra, por supuesto), ni cuestionar el modelo económico-político de donde deriva, exigir el cumplimiento del mandato constitucional por los poderes públicos, puede configurar una acción política fortalecedora de los valores superiores en que se asienta la convivencia liberal-democrática. A la opresión económica, propia del capitalismo, no conviene añadir la opresión política, pues la suma de ambas era, precisamente, lo que caracterizaba el régimen anterior a la Constitución.

#### b) *La normativa contra el terrorismo*

1. Al mencionar la expresión «legislación antiterrorista» estamos refiriéndonos a un conjunto de normas que constituyen la parte principal de la respuesta legislativa del Estado al fenómeno de la violencia política. En ese conjunto figuran, de forma destacada, aquellas Leyes orgánicas, leyes ordinarias y Decretos-leyes que de manera manifiesta, en su propio título o en su articulado, hacen referencia a esa cuestión. Podría alegarse —con no poco fundamento— que la respuesta legislativa del Estado a que aludíamos, figura también en otra serie de normas y disposiciones que, sin hacer mención explícita en su texto a su carácter «antiterrorista», constituyen, no obstante, medidas adoptadas y utilizadas a tal fin. Modificaciones del Código Penal, normativas penitenciarias, etc., figuran, en este sentido, entre las normas que re-

---

(35) P. CRUZ VILLALÓN: «Dos años de jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983, págs. 7-42, y L. AGUIAR: «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, págs. 17-30. Los derechos fundamentales —dice el TC— «constituyen el fundamento mismo del orden jurídico-político del Estado en su conjunto...», son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica» (Sentencia del TC de 14 de julio de 1981, BOE 13 de agosto de 1981).

gulan la actuación de diferentes instituciones del Estado que tienen relación con comportamientos delictivos y que, como puede apreciarse sin dificultad, han sido aplicadas circunstancial, primordial o exclusivamente a delitos de terrorismo.

Sin embargo, pese a lo antedicho, ese conjunto legal no ha sido considerado dentro del objeto de análisis aquí emprendido por una razón, obvia a nuestro juicio: su carácter genérico (y no me refiero al principio de generalidad propio de toda ley), es decir, su no especificidad en lo relativo al terrorismo. Es cierto que la progresiva dificultad en distinguir determinados tipos delictivos para establecer una vinculación, que algunos presentan como patológica, de los mismos con una finalidad política, enturbia el proceso de selección. Y también que la legislación, además de privar de legitimidad al terrorismo al negarse a admitir su carácter político (36), aprovecha la falta de distinción entre delitos comunes y políticos para poder actuar con mayor rigor frente a la delincuencia común (37). Los actos terroristas, privados de su carácter político, aparecen, desnudos, como meros actos criminales. El Estado, al despolitizar el terrorismo, lo deslegitima al tiempo que lo criminaliza. Y por eso el terrorismo busca apoyo internacional, de ese «tercero interesado» de que hablaban ya Rolf Schroers o Carl Schmitt (38), pues con él se consigue tanto una ayuda material como un reconocimiento político, es decir, una suerte de legitimación.

2. Tenemos, pues, como objeto de estudio, la legislación antiterrorista postconstitucional y, de modo particular, teniendo en cuenta los artículos 81 y 86 de la Constitución, las Leyes orgánicas relacionadas con este tema, dada la obligatoriedad de regular mediante Ley orgánica aquellas materias que afecten a los derechos y libertades recogidos en el título I. Y lo primero que cabe preguntarse es qué puede entenderse por «terrorismo» a la luz de tal legislación. Una y otra vez esta expresión aparece en los textos legales —figurando, como se sabe, incluso en la propia Constitución (arts. 13.3 y 55.2)— sin que exista una definición que precise su contenido (39). Del conjunto de

---

(36) Tal como establece el artículo 13.3 de la Constitución.

(37) La relación y eventual complicidad entre ambos tipos de delincuencia es un hecho reciente en algunos países como Italia, si bien en el caso español no existen datos precisos al respecto. Por otra parte, algunos sectores políticos más radicales comienzan a considerar la tradicionalmente denominada delincuencia común como una atípica forma de oposición al Estado.

(38) C. SCHMITT: *Teoría del partisano*, Madrid, 1966, pág. 105.

(39) El enfrentamiento a la violencia política ha dado lugar a una progresiva ideologización del lenguaje que llega a los textos legales. «Normalmente las expresiones jurídico-políticas nacen con una determinada carga ideológica de expresión y valora-

tales leyes, así como de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, puede, desde luego, inducirse el sentido con que este vocablo es empleado. Parece, no obstante, más oportuno, considerar el artículo 13 de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, para ilustrarnos al respecto.

Indica, textualmente, dicho precepto que «en el artículo primero del Real Decreto-Ley tres mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, la expresión 'delitos de terrorismo' se sustituirá por 'delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados'» (40). Este último párrafo es el que da contenido a la definición: una serie de actos delictivos, al ser cometidos por «personas integradas en grupos organizados y armados», sustituyen en un texto legal lo que antes se denominaba «delitos de terrorismo». Tal sustitución, en este sentido, equivale, pues, a una definición por analogía.

Puede apreciarse en ella, en primer lugar, la nula referencia a la finalidad de los actos. No importa que los mismos se cometan con objetivos bien diferentes. Y, en segundo lugar, que la expresión «grupos organizados y armados» no indica si tal organización ha de ser permanente o puramente coyuntural para la comisión del delito, ni tampoco el tipo de armas necesarias. La jurisprudencia, como hemos indicado, contribuye a precisar mejor estas leves ambigüedades, dejando escaso lugar a las dudas interpretativas.

Tenemos, pues, definido lo que se entiende por terrorismo, o mejor por delitos de terrorismo, si bien la relación de dichos delitos ha aumentado sustancialmente desde aquella fecha, como luego se verá. En ese incremento, la definición termina por alcanzar la pura y simple tautología: son delitos de terrorismo, los cometidos por terroristas. En efecto, la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, al indicar el ámbito de la misma, finaliza indicando que también es de aplicación a «cualesquiera otro delito realizado por las citadas personas cuando la comisión de los mismos contribuya a la actividad terrorista o rebelde». Delitos terroristas son, pues, todos aquellos que sean cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionados con actividades terroristas.

---

ción de la realidad —dice Morodo—, y sólo después de algún tiempo pueden adquirir cierta neutralidad», R. MORODO: «Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional», en E. TIerno y R. MORODO: *Estudios...*, *ob. cit.*, pág. 195 (nota). Para una ampliación del concepto, J. EBILE: *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid, 1985.

(40) BOE 12 de enero de 1979, pág. 751.



La primera norma legal referida al terrorismo aprobada después de la Constitución incidía ya en la citada tautología (41). Con respecto a esta norma, primera que aquí vamos a considerar en relación con el texto constitucional, surgen ya fundadas dudas acerca de su inconstitucionalidad, aunque ella nunca llegó a ser establecida por el Tribunal Constitucional. Los partidos de izquierda, opuestos a la convalidación de este Decreto, así lo indicaron en su día, en algunos casos con durísimas expresiones. El profesor Peces-Barba, portavoz del grupo parlamentario socialista en aquellas fechas, decía que «estamos ante un supuesto evidente de arbitrariedad legal» ... «el Decreto-ley es anticonstitucional» ... «infringe claramente los límites del art. 86»...

Había transcurrido menos de un mes desde la entrada en vigor de la Constitución y comenzaba a vaciarse de contenido preceptos fundamentales de la misma, en lugar de considerarla como norma de aplicación inmediata (42) y a interpretar que los derechos que la Constitución reconoce y garantiza son de vigencia, asimismo, inmediata y derogatorios de toda norma anterior opuesta a ella, como tempranamente defendió el profesor Rubio Llorente (43) y dictaminó luego el Tribunal Constitucional (44).

El carácter inconstitucional de este Decreto-ley puede afirmarse sin mayor discusión, sin necesidad de entrar en su contenido, si tenemos en cuenta que la Constitución, en su artículo 86.1 (en relación con el art. 81), excluye expresamente de las materias regulables por Decreto-ley, entre otras, aquellas que afecten «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I». Basta con leer dicho título y el citado Decreto para comprobar la intromisión de este último en un ámbito que la Constitución le impide. Señala, oportunamente, el profesor Gimbernat (quien indica también el carácter inconstitucional de este Decreto-ley) que «nadie sabía esto mejor que el propio Gobierno, quien, posteriormente, ha dado el carácter de Ley orgánica a todas las normas de carácter penal» (45).

(41) Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, art. 3.º, 1, BOE 1 de febrero de 1979, pág. 2636.

(42) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en PRE-DIERI-GARCÍA DE ENTERRÍA (eds.): *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1981, pág. 135.

(43) F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I., Madrid, 1979.

(44) El carácter derogatorio de la Constitución respecto a normas anteriores quedó determinado en las Sentencias del TC de 2 de febrero de 1981, 8 de junio de 1981, etc.. Se estableció, asimismo, la «eficacia en cierta medida retroactiva» (Sentencia del TC de 31 de marzo de 1981).

(45) E. GIMBERNAT: «Constitución y Derecho penal», en «La Constitución española de 1978. Un análisis comparado», suplemento al núm. 7 de la *Revista de Política Comparada*, Madrid, 1982, pág. 95.

Esta disposición, por lo demás, actualiza la tipificación de las figuras delictivas de la apología y la colaboración, dificulta el procedimiento limitando las facultades judiciales y, lo que resulta más llamativo, tanto por su novedad como por su escasa pertinencia e intromisión del ejecutivo en ámbitos privados, introduce una obligación consistente en que «todas las personas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase estarán obligados a facilitar a los servicios de seguridad ciudadana los datos de identificación de los contratantes y del local, en los casos y la forma que determine el Ministerio del Interior» (46), estableciendo sanciones al incumplimiento de dicho precepto.

Sin insistir más en este Decreto-ley, de acuerdo con el criterio establecido al delimitar el objeto de análisis, la legislación antiterrorista que aquí vamos a considerar de modo específico, viene constituida por las tres normas siguientes:

a) Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución.

b) Ley Orgánica 2/1981, de 1 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar.

c) Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución.

Dichas normas podrían, en todo caso, complementarse, a mayor abundamiento, con otras referencias a la normativa penitenciaria (47), al proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y a las sucesivas modificaciones del Código Penal (48). No nos referiremos tampoco a la Ley 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio, aunque artículos como los 13, 32, etc., podrían ser tenidos en cuenta (49).

3. Considerando, pues, la primera de las Leyes orgánicas citadas, merece la pena destacar los siguientes aspectos. En primer lugar dicha norma es presentada como desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, si bien dicho

---

(46) Art. 8.º

(47) En este sentido varios de los artículos compilados por V. PÉREZ MARIÑO: *Justicia y delito*, Madrid, 1981.

(48) M. GÓMEZ DE LIAÑO y otros: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1983, y M. COBO DEL ROSAL (dir.): *Comentarios a la legislación penal. La Reforma del Código Penal de 1983* (coordinado por M. Bajo), Madrid, 1985.

(49) F. FERNÁNDEZ SEGADO: «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

artículo no obliga a desarrollo alguno (50) y solamente permite o posibilita la suspensión de determinados preceptos constitucionales «con la necesaria intervención judicial». La Ley, por tanto, está haciendo uso de una posibilidad excepcional en lugar de desarrollar un precepto constitucional. Pero ocurre, además, que esta Ley orgánica, que en su artículo 2.º indica los derechos cuya suspensión prevé de acuerdo con el artículo 55.2 de la Constitución, está refiriéndose ya en su artículo 6.º («La instrucción, conocimiento y fallo de las respectivas causas corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional») a otro derecho que se ve afectado: el derecho al juez ordinario que reconoce el artículo 24.2, así como a la presunción de inocencia.

Destaca, en segundo lugar, el hecho de que la necesaria intervención judicial, tal como queda establecida por esta Ley, no significa en ningún caso que haya de ser previa. Es cierto que tal extremo no figura como un mandato constitucional expreso. Pero no lo es menos que decisiones tan importantes como la prolongación del plazo de detención gubernativa, la incomunicación del detenido, el registro domiciliario y la observación postal o telefónica, al ser adoptadas inicialmente por la autoridad gubernativa y, solamente *a posteriori*, cuando ya han producido sus efectos, confirmadas o revocadas por el juez, afectan decididamente al espíritu constitucional.

Estos dos aspectos señalados divergen, a nuestro juicio, tanto del espíritu constitucional como de los valores superiores en los que la Constitución se inspira, bordeando, por tanto, los supuestos de inconstitucionalidad. La Ley, por lo demás, no deroga expresamente ninguna normativa antiterrorista anterior, aunque todas ellas son de rango inferior y, por tanto, acaso sea innecesario.

Contemplada esta primera utilización legal de la facultad constitucional que permite el artículo 55.2, es preciso referirse al contenido mismo de dicho artículo. No es fácil hallar precedentes en el Derecho constitucional comparado moderno de un precepto como el que aquí comentamos (51), a pesar de que, ocasionalmente, hayan querido encontrarse remotos precedentes legitimadores en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn (52). Un sector mayoritario de la doctrina precisa, a mi juicio con mayor acierto, la

(50) Así lo destaca P. CRUZ VILLALÓN: «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI y ENTERRÍA (comps.): *Ob. cit.*, pág. 679.

(51) Las situaciones de excepción restrictivas de los derechos fundamentales pueden verse, entre otros, en F. FERNÁNDEZ SEGADO: *El Estado de excepción*, Madrid, 1976.

(52) VARIOS AUTORES: *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, págs. 146-147. GÓMEZ REINO: «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, t. I (comp. T. R. Fernández), Madrid, 1978, pág. 65. F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 606.

sustancial diferencia entre ambos preceptos (53), tanto por las distintas naturaleza y finalidad de los preceptos alemán y español, como, asimismo, por el diferente órgano encargado de limitar el ejercicio de los derechos constitucionales a que nos referimos. En el caso alemán es el Tribunal Constitucional quien determina la pérdida del ejercicio de los derechos afectados, mientras que, en el caso español, es el Parlamento, a través de una Ley orgánica, quien decide la suspensión que es aplicada por el Gobierno.

Al margen de esa levísima referencia en el Derecho comparado, el hecho concreto es que el artículo 55.2 posibilita que, en una situación de normalidad (54), los derechos reconocidos en los artículos 17.2, 18.2 y 3 pueden ser suspendidos para las personas consideradas por la policía como sospechosas de actividades relacionadas con el terrorismo. El que baste una simple sospecha para que un individuo se vea privado de derechos esenciales, ha motivado que dicho precepto pueda ser considerado como inconstitucional, con las consecuencias que de tal afirmación se derivan (55).

Si el artículo 55.2 de la Constitución está en abierta contradicción con el espíritu que informa a los artículos 15 y 24 —razona el profesor Gimbernat— dado el mayor rango de estos últimos, determinado, sobre todo, por la reforzada exigencia para su reforma (la más rígida que prevé la Constitución), dicha contradicción debe ser resuelta en favor de los dos últimos artículos citados. El artículo 55.2 y, por tanto, las Leyes orgánicas que en él se apoyan, pueden afectar decisivamente a las garantías de unos derechos inviolables como son los de que nadie será sometido a tortura (artículo 15), ni obligado a declarar contra sí mismo (art. 24). Y si tales garantías se mantienen, no se ve muy claro el sentido de prolongar hasta diez días el plazo de detención preventiva (56). La eventual inconstitucionalidad del artículo 55.2 es algo, no obstante, que apenas ha sido tenido en cuenta por los estudiosos y, desde luego, para nada ha pesado en el ánimo de los legisladores que han continuado sistemáticamente haciendo uso de las posibilidades del mismo, como veremos a continuación.

---

(53) J. DE ESTEBAN y L. LÓPEZ GUERRA: *El régimen constitucional español*, t. I, Barcelona, 1980, pág. 232, etc.

(54) P. CRUZ VILLALÓN: *El Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, 1980. Del mismo autor, «La protección extraordinaria del Estado», en PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit.* J. BERDUGO: «Los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Política Comparada*, núm. 5, 1981, pág. 100.

(55) E. GIMBERNAT: *Art. cit.*, pág. 96. P. DE VEGA: *La reforma constitucional*, Madrid, 1985, pág. 168, cita este precepto como un caso de quebrantamiento («ruptura autorizada») de la Constitución.

(56) F. SAVATER y G. MARTÍNEZ-FRESNEDA: *Teoría y presencia de la tortura en España*, Barcelona, 1982, pág. 85.

4. La Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, denominada coloquialmente de «defensa de la Constitución», e incluso de «defensa de la democracia», por haber sido elaborada y aprobada bajo el influjo de los hechos del frustrado intento de golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, al modificar determinados artículos del Código Penal y del de Justicia Militar, afecta sustancialmente al tratamiento legislativo del terrorismo, pues vincula la reforma de los citados Códigos con la LO 11/1980 que hemos comentado con anterioridad a estas líneas.

En el texto de esta Ley podemos, asimismo, encontrar, de forma incluso más llamativa, aspectos que vulneran la Constitución. Así, por ejemplo, al disponer que «a petición del Ministerio Fiscal, el juez ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito» (entendiendo por tales «las instalaciones, maquinarias y enseres» del medio de difusión con que presuntamente se haya cometido apología del delito). Este precepto, que *obliga* al juez a adoptar una resolución de suma gravedad, y que afecta a la libertad de expresión reconocida y protegida constitucionalmente, significa, además, algo mucho más grave: dado que el Ministerio Fiscal está subordinado jerárquicamente al Ministro de Justicia y, por tanto, al propio Gobierno, el poder ejecutivo puede proceder con bastante libertad al secuestro de un medio de comunicación, hecho que, aunque sea durante un breve plazo, tiene consecuencias difícilmente reparables.

Con tal precepto se está burlando el artículo 20.1 y 5 de la Constitución que garantiza la libertad de expresión e indica que el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, sólo podrá acordarse en virtud de resolución judicial. Y se burla porque, en el caso que comentamos, esa resolución judicial habría, en puridad, que calificarla como una resolución del Ministerio Fiscal, al ser una «petición» (así la califica la Ley) que el juez se ve imposibilitado de rechazar. Además, considerar instrumentos del delito todas las instalaciones, maquinarias y enseres constituye un abuso que a nadie se le oculta y que, en lugar de proteger la libertad de expresión, está dirigida a amenazarla y amordazarla, conculcando los principios a que responde la institución del comiso y vinculándolo con el artículo 16 de la Ley de Seguridad del Estado de 1941 (57).

La Ley Orgánica 2/1981, además de elevar sustancialmente las penas, al incorporar el artículo 174 bis c) al Código Penal, introduce en un texto legal la figura del «arrepentido», favoreciendo la delación y la colaboración con las FFAA con la rebaja en dos grados de la pena. Los calificativos morales

---

(57) E. GIMBERNAT: *Art. cit.*, pág. 91.

que tal precepto merece y, en general, la consideración ética y criminológica de la delación (58), no constituyen la base mejor para la extensión e implantación de los valores superiores en que la Constitución se inspira, tal como figuran en el preámbulo y en el artículo 1.º de la misma.

5. Con respecto a la última de las normas citadas, la LO 8/1984, de 26 de diciembre, las consideraciones que pueden hacerse, reiterando argumentos expuestos con anterioridad, responden a dos tipos de enfoques, jurídico y político, respectivamente, que han de combinarse para poder emitir un juicio global.

En relación con el primero de los criterios apuntados, merece la pena señalar, con carácter previo, la novedad de promulgar, en una misma Ley, la introducción de nuevos tipos delictivos y nuevas medidas punitivas y, al propio tiempo, volver a utilizar la posibilidad suspensiva que permite el artículo 55.2 de la Constitución. Una y otra parte de la Ley van dirigidas a una misma finalidad: intentar proporcionar medidas legales a los medios policiales y judiciales para la persecución del terrorismo, y, por otra parte, endurecer las penas para atemorizar a los potenciales delincuentes.

Las sospechas de inconstitucionalidad que hemos formulado con respecto a anteriores normas similares se ven acrecentadas en este caso. Así, la posibilidad de incomunicación durante diez días, la imposición de un defensor de oficio y la competencia de unos órganos jurisdiccionales como los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional (59), con ser medidas conocidas, pueden afectar sustantivamente a los artículos 17.3 (derechos de los detenidos), 17.4 (*habeas corpus*) y 24 (tutela judicial de los derechos) de la Constitución. Ninguno de estos preceptos figura, como es sabido, entre los autorizados para su suspensión por el artículo 55.2 de la Constitución y de ahí las primeras sospechas de abuso legal de la norma que comentamos.

Por otra parte, la posibilidad establecida en esta Ley orgánica de proceder al registro domiciliario sin intervención previa de un juez (art. 16) y de efectuar observaciones postales, telegráficas o telefónicas por orden gubernativa (art. 17), otorga unos poderes excepcionales a los cuerpos y fuerzas de seguridad, cuyo eventual uso inadecuado solamente será conocido por el juez una vez que las consecuencias de dicha acción hayan tenido lugar. Es cierto que la Ley prevé que el Gobierno informe a las Cámaras cada tres

---

(58) La infamia de incitar a la delación y la inconveniencia de autorizar la traición «detestable aún entre los malvados», eran ya condenadas por C. BECCARIA: *De los delitos y las penas*, Madrid, 1968, pág. 99.

(59) V. PÉREZ MARIÑO: «Antecedentes y papel de la Audiencia Nacional», en *Justicia y delito*, ob. cit., págs. 217-230.

meses del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de la misma. Sin embargo, ese tipo de control parlamentario se ha mostrado tardío, insuficiente y, en suma, carente de real eficacia controladora. Se establece, asimismo, la previsión con respecto a la utilización injustificada o abusiva de las facultades que la ley otorga, pero dada la existencia del especial fuero con que cuentan los miembros policiales y la necesidad de ser juzgados por la Audiencia Nacional (el mismo tribunal precisamente que juzga los delitos de terrorismo), las posibilidades de control son también escasas e inadecuadas.

Las mayores sospechas de inconstitucionalidad son, a mi juicio, las que se derivan de la contradicción existente entre diversos preceptos de dicha Ley y derechos reconocidos por la Constitución, que son considerados como inviolables y que, además, constituyen pilares básicos del ordenamiento democrático liberal. Por ejemplo, la contradicción existente entre el artículo 5.º de la Ley (declaración de ilicitud y disolución de asociaciones) y el artículo 22 de la Constitución, que reconoce el derecho de asociación. A pesar de que la Ley, en su citado artículo 5.º, indica que la disolución o clausura de las asociaciones será acordada por el Tribunal que juzgue a los miembros de aquéllas implicados en delitos de terrorismo, la mención de que «el Tribunal sentenciador acordará» parece privar a éste de la facultad de decidir por sí mismo. El acuerdo, no es adoptado, por tanto, por el Tribunal, ya que éste se limita a incluir en la sentencia un precepto que figura en la Ley. Es, por tanto, la propia Ley quien, de hecho, está acordando la ilicitud de una asociación y declarando su disolución o clausura. Y tal determinación es contraria al artículo 22.4 de la Constitución, ya que el Tribunal no es contemplado en la Ley 8/1984 más que como un instrumento que proporciona la necesaria apariencia de legalidad a una medida que aquél no ha adoptado libremente.

El artículo 21 de la Ley (clausura de medios de difusión) afecta sustantivamente a los derechos reconocidos por el artículo 20 de la Constitución relativos a la libertad de expresión (60). La importancia de la libertad de expresión, reconocida desde los principios del Estado liberal como uno de los derechos esenciales del individuo y una de las características que singularizan a la democracia como sistema de convivencia, defendida elocuentemente por Milton y, en general, considerada como uno de los principales instrumentos para limitar los abusos del poder, aparece aquí conculcada de modo flagrante, contradiciendo no sólo el principio histórico, sino la letra misma del texto constitucional vigente.

---

(60) La libertad de expresión, como garantía y fundamento de una opinión pública libre, es considerada esencial para el principio de legitimación democrática (Sentencias del TC de 16 de marzo de 1981 y 31 de marzo de 1982).

Basta la simple admisión de una querrela para que, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, el juez ordene el cierre de un medio de difusión, pudiendo ocupar sus instalaciones, enseres y maquinarias. Sin esperar a una sentencia firme, se adopta una decisión que puede ser gravísima para los titulares del medio y afecta, desde luego, al principio de libertad de expresión y, en suma, a la libre formación de opinión por parte de los ciudadanos. La vigencia de esta norma constituye una clara amenaza a todos los profesionales de la información que han de preocuparse, a la hora de publicar sus comentarios o informaciones, por la posible desaparición del medio en que trabajan. Clausurar un medio de comunicación y proceder a la ocupación de sus instalaciones constituye una medida de tal gravedad, que basta con determinar la posibilidad de hacerlo para que la libertad de expresión se vea mermada de inmediato. No es posible expresarse en libertad bajo una amenaza de esa naturaleza. El principio constitucional queda así burlado y conculcado, por un artículo de esta Ley que contradice toda una tradición democrática.

Por último, el artículo 22 de la LO 8/1984 (suspensión de cargos públicos, sin que medie sentencia), parece vulnerar el artículo 23 de la Constitución que garantiza el derecho a participar en los asuntos públicos. Dicho derecho establece los requisitos legales que las normas determinarán para el acceso a los cargos públicos, pero en ningún caso menciona la posibilidad de suspensión una vez que se ha accedido a los mismos. En cualquier caso, parece normal la exigencia de una sentencia previa, en donde aparezca probada la culpabilidad del acusado, para poder proceder a suspenderle en el ejercicio de la función o cargo público que ostente, sobre todo si dicho cargo es de tipo electivo. La Ley, no obstante, establece que basta con que el auto de procesamiento sea firme para que el encausado quede automáticamente suspendido, sin hacer mención alguna de la posibilidad de una sentencia posterior favorable al encausado, ni prever, por tanto, la reposición en su cargo y la posibilidad de reparación del daño cometido.

Además de esas fundadas sospechas de posible inconstitucionalidad, la Ley Orgánica 8/1984, al determinar la extraterritorialidad de las normas penales y referirse a las «condenas por delitos de igual entidad» (art. 2.º) está estableciendo un criterio analógico cuyo uso en ningún modo aparece reflejado en la Constitución. La equiparación entre delito frustrado y delito consumado, que figura en el artículo 3.º de esta Ley, así como las técnicas de incriminación y elevadas penas establecidas, no parecen tampoco respetar y adecuarse al espíritu que inspiró la redacción de la Constitución ni a los principios que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, propugna la misma.



A pesar de la dudosa constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/1984, el hecho concreto es que la mayoría absoluta requerida para su aprobación fue obtenida fácilmente con los votos de los dos grupos parlamentarios mayoritarios. Y así pudo ser sancionada, promulgada y publicada, entrando en vigor el día 4 de enero del año actual. La oposición, que ha hecho uso reiterado del recurso previo de inconstitucionalidad, no pareció encontrar motivos para ello en la Ley que aquí comentamos. Y el grupo parlamentario socialista, muchos de cuyos miembros se opusieron en su día a la aprobación de normativas del mismo signo, pero menos graves que la actual, votó unánimemente a favor de esta Ley.

Las posibilidades de que el Tribunal Constitucional establezca la inconstitucionalidad de la misma, de acuerdo con los argumentos expuestos con anterioridad, han ido disminuyendo a medida que transcurría el plazo para poder presentar recurso quienes están legitimados para ello. Ni el Presidente del Gobierno, ni cincuenta diputados o cincuenta senadores, ni el Defensor del Pueblo han hecho uso de su capacidad de presentar recursos de inconstitucionalidad. Y los órganos ejecutivos, o, en su caso, las asambleas de las Comunidades Autónomas, pese a haber hecho uso de su capacidad, en los casos de Cataluña y el País Vasco, acaso no cuenten con suficiente legitimación si tenemos en cuenta la propia jurisprudencia específica del Tribunal Constitucional. En efecto, dicho Tribunal, por mayoría, desestimó un recurso de inconstitucionalidad contra la anterior Ley antiterrorista (LO 11/1980), por entender que el recurrente, en este caso el Parlamento vasco, carecía de legitimación para presentarlo de acuerdo con el artículo 32.3 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (61).

En el supuesto de que ocurra otro tanto con los recursos de inconstitucionalidad presentados ahora por catalanes y vascos, las posibilidades de

(61) Sentencia del TC de 14 de julio de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad 25/1981 planteado por el Parlamento vasco frente a la LO 11/1980, de 1 de diciembre. Esta sentencia va acompañada de un importante voto particular suscrito por cuatro magistrados que admitían la legitimación del recurrente, al interpretar de modo diferente al de la mayoría del Tribunal el artículo 32.2 de la LOTC. Véase, en este sentido, el comentario de P. CRUZ VILLALÓN: «Dos años de jurisprudencia constitucional española», en *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983, págs. 19-20. Esta sentencia, además, indica que «la limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia sólo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, de una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos y, de otra, ponen en peligro el ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático» (BOE 13 de agosto de 1981). Tal párrafo, como puede comprenderse, coincide en buena medida con los argumentos que los diferentes gobiernos han venido esgrimiendo en favor de la legislación represiva.

que el Tribunal Constitucional juzgue la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/1984, han quedado reducidas a dos supuestos:

a) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o Tribunales (art. 29.1, b, de la LOTC).

b) La iniciativa parcial de que dispone el propio Tribunal Constitucional, al estimar un recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.2 de la LOTC).

Sin embargo, en lo que respecta al primero de los supuestos citados, no es previsible que los órganos jurisdiccionales competentes en la aplicación de la legislación citada, puedan promover la cuestión de inconstitucionalidad con respecto a unas normas que vienen aplicando sin resistencia alguna (62). Y, en lo que respecta al segundo de los supuestos, las exigencias procesales contenidas en el título III de la LOTC no permiten tampoco albergar demasiadas esperanzas, al menos en un breve plazo.

#### IV. SUPUESTOS POLITICOS

##### a) *Ineficacia de la legislación*

Además de señalar, como hemos hecho, aquellos aspectos señaladamente contradictorios con la Constitución, con respecto a esta Ley cabe formular, asimismo, una serie de observaciones de índole primordialmente política. Tales consideraciones parten de un supuesto que afecta a la propia naturaleza y función del derecho y, resumido, puede ser presentado del siguiente modo: el ordenamiento jurídico, más allá de la pretensión positivista, no es nunca un todo acabado y coherente. Sus contradicciones internas reflejan, en muchos casos, las propias diferencias existentes entre los distintos momentos históricos en que las leyes han sido elaboradas. Montesquieu señalaba ya cómo las leyes no deben separarse de las circunstancias en que se hicieron (63). No se trata, por tanto, de determinar la presunta incapacidad técnica de los legisladores para producir sistemas normativos carentes de contradicciones. Sino que, éstas dependen, por el contrario, tanto de la propia historia del movimiento democrático y de su consagración en principios normativos que alteraron la original homogeneidad y consistencia del ordenamiento burgués, como, además, «de la dialéctica política que se desarrolla en el país y se refleja en el terreno legislativo» (64).

(62) V. PÉREZ MARIÑO: *Art. cit.*

(63) MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, cap. XIV, libro XXIX.

(64) L. FERRAJOLI: «Posición institucional y función de la magistratura en el sis-

Solamente teniendo en cuenta este supuesto puede comprenderse con claridad la existencia de la *Ley Orgánica 8/1984 y su aprobación por un Parlamento* en donde el Partido Socialista tiene mayoría absoluta en ambas Cámaras. La persistencia del fenómeno terrorista en España, su constante amenaza hacia individuos e instituciones de suma representatividad simbólica, han conducido a que el Gobierno, abandonando una posición mantenida por el Partido a que pertenecen los miembros de aquél, se haya convertido en abanderado de medidas antes repudiables. Nadie mejor que quien cuenta con una alta legitimidad popular para adoptar medidas claramente antipopulares, aunque a veces no sean sentidas como tales. Medidas que, desnudas de aspectos morales, tampoco logran esa inmoral justificación del éxito que constituye la clave de la razón de Estado y de la filosofía nietzscheana.

A pesar de la ineficacia de esta legislación para combatir los hechos que se indica han provocado su existencia (ineficacia que se comprueba con sólo comprobar la continua producción legislativa antiterrorista, la perpetuación de su excepcionalidad y la permanente escalada represiva), el poder ha conseguido imponer en la opinión pública una visión policial del terrorismo configurada sobre dos argumentos simplificadores y demagógicos. Por una parte se admite su carácter político, calificándolo de anticonstitucional (por independentista y violento) y de amenazador para el propio sistema democrático. Por otra parte, se niega su carácter político, reduciéndolo a simples actuaciones criminales sin objetivo comunitario alguno. Pero los delincuentes—dice A. de Miguel— «no pretenden que se alteren las leyes, no 'reivindican' públicamente sus actos, no desean publicidad, no llevan constancia de su trabajo y conexiones» (65).

Esa simplificadora interpretación de un fenómeno que al ser manifestación de la ideología nacionalista es de suma complejidad y hondas raíces, al reducirlo de tal modo que acaba por ser incomprensible, al etiquetarlo como patológico, genera esa inadecuada respuesta legislativa que apenas es cuestionada por las fuerzas políticas mayoritarias. Una interpretación puramente policial da lugar a una respuesta, asimismo, policial (66).

---

tema político italiano», en P. ANDRÉS IBÁÑEZ (comp.): *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, 1968, pág. 106.

(65) A. DE MIGUEL: «Terrorismo y medios de comunicación: Una sociología imposible», en *Terrorismo y sociedad democrática*, ob. cit., pág. 134. Cfr. también los artículos de P. WILKISON: «Las leyes de la guerra y el terrorismo», y R. S. GERSTEIN: «¿Tienen derechos los terroristas?», ambos en D. G. RAPOPORT (ed.): *La moral del terrorismo*, Madrid, 1985, págs. 115-137 y 94-114, respectivamente.

(66) Para una interpretación más amplia, pueden verse con provecho: Y. ALEXANDER y S. M. FINGER (eds.): *Terrorism: Interdisciplinary Perspectives*, Nueva York, 1977.

El hecho de que, en un determinado momento, pueda disminuir la actividad de las organizaciones políticas armadas más conocidas, no puede, en ningún caso, alegarse en favor de la eficacia de la legislación que comentamos. En primer lugar, porque la sucesión cronológica de dos hechos no autoriza a establecer por sí sola una relación causal entre ambos. Y, en segundo lugar, porque los propios estudiosos del terrorismo, de modo particular del independentismo armado vasco, atribuyen causas muy diferentes a la eventual disminución de su actividad. Entre dichas causas pueden ser citadas desde la repercusión de cambios sociales difusos (como puede ser la depreciación de la dimensión heroica entre la juventud), hasta aspectos más concretos y tangibles: la crisis económica, la desmovilización sindical y política y el incremento de la inseguridad laboral; el encauzamiento reivindicativo de signo radical por cauces no violentos; la disminución de los errores policiales y de la represión indiscriminada que exagera a sectores de la población; el cansancio de los dirigentes ante la lucha prolongada y el factor cronológico, de envejecimiento, de los mismos; la pérdida de legitimidad y las escisiones a medida que los atentados se extendían hacia personas no relacionadas directamente con actividades policiales... A todo ello habría que añadir aspectos de otra índole, pero, asimismo, importantes, como son la mayor colaboración internacional (información, confinamientos, deportaciones, extradiciones); las medidas de reinserción para quienes abandonen las armas, etc. Nada de ello, como puede verse, tiene relación con la producción legislativa limitadora de los derechos y libertades fundamentales.

#### b) *Debilitamiento de la democracia*

La «legislación antiterrorista» es, pues, además de contraria a la Constitución, ineficaz en su finalidad proclamada, pero logra, no obstante, otros objetivos no tan manifiestos. Al reducir los ámbitos de libertad, al suprimir garantías y soslayar derechos, al burlar el propio contenido constitucional, está configurándose como un claro impedimento a la manifestación de demandas sociales no necesariamente violentas. Es preciso tener en cuenta que el conjunto de medidas legales que hemos comentado, han sido aprobadas en una etapa en la cual la respuesta popular al poder y a unas relaciones económicas deterioradas ha disminuido sensiblemente. Se indica que, con el establecimiento de estas normas represivas, se trata de preservar el Estado democrático y, por tanto, de favorecer a los sectores populares más

---

P. WILKINSON: *Terrorismo político*, Madrid, 1966. W. LAQUEUR: *Terrorismo*, Madrid, 1981. R. CLUTTERBUCK: *Guerrilleros y terroristas*, México, 1981.

interesados en el mantenimiento del mismo. Pero se oculta que, robusteciendo el poder y sus aparatos represivos, debilitando las respuestas populares sean o no violentas, se afecta a la esencia misma de la democracia.

A través de esta legislación se proporciona al aparato policial medios extraordinarios a costa de los derechos y libertades de los ciudadanos. No es suficiente con indicar que esos ciudadanos han sido calificados previamente como «terroristas», pues basta una simple sospecha policial, una denuncia infundada, para que tal legislación pueda entrar en funcionamiento con consecuencias difícilmente subsanables, a pesar de los controles establecidos. Los frecuentes «errores policiales», los abusos y arbitrariedades cometidos, permiten afirmar que la legislación aludida no proporciona seguridad jurídica a los ciudadanos.

La Constitución fue elaborada y promulgada con el deseo de superar el autoritarismo anterior. Merced al consenso, que posibilitó su aprobación, se estableció un sistema de garantías considerado generalmente como satisfactorio (67). Sin embargo, las imprecisiones, matices y concesiones debidos al propio consenso, al ser reelaborados y utilizados posteriormente (68), bajo la preocupación gubernativa y parlamentaria (que se trasmite y contagia a los ciudadanos) por la seguridad estatal, el orden público y la violencia política, han ido recortando los niveles de democracia y libertad. Cuando el temor se vuelve paranoia, los límites al ejercicio de los derechos se transforman en supresión de garantías y desaparición de los derechos.

A pesar de la mayor «distancia ideológica» entre Gobierno y oposición en la actual legislatura con respecto a la existente en las anteriores, el hecho de que la LO 8/1984 haya obtenido muchos más votos en el Parlamento que el resto de las leyes que aquí hemos comentado, únicamente es explicable desde una coincidencia entre sectores opuestos que, cuando menos, resulta sorprendente en un aspecto legislativo que restringe las libertades. Pero un gobierno socialista, con un apoyo popular sin precedentes y una larga tradición en la defensa de las libertades, no puede partir de los mismos supuestos ni adoptar las mismas soluciones que los representantes de sectores clara-

(67) Véase nota 30.

(68) Uno de los ponentes del proyecto de constitución al indicar, refiriéndose al consenso, los «camino que no llevan a ninguna parte», menciona, en primer lugar, la «sustitución de una norma constitucional autosuficiente por una norma de segundo grado, un mandato que manda mandar en el futuro». A su juicio, la remisión al legislador futuro «contribuye notablemente a la confusión en todo el ordenamiento jurídico», insistiendo en que «la Constitución se devalúa y disuelve en la discrecionalidad del legislador ordinario, que puede darle no sólo un contenido muy diferente, sino privarla de todo valor». Cfr. M. HERRERO R. DE MIÑÓN: «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, págs. 84-85.

mente opuestos a los intereses representados por el socialismo democrático.

Ser partidarios a ultranza de un «Estado fuerte», que basa su fortaleza en la extensión y poderío de sus fuerzas policiales, creer que el orden está permanentemente amenazado por la subversión, no es, desde luego, la mejor vía para alcanzar los objetivos a que dice aspirar el partido actualmente en el Gobierno. La Ley Orgánica 8/1984 constituye un retroceso democrático con respecto al nivel establecido en la Constitución y contradice varios de sus preceptos. Es, en resumen, la expresión de una clase política que afectada psicológicamente por un fenómeno ilegal y violento, minoritario, pero persistente, que constituye un reto al sistema democrático y deja un copioso saldo de muertos, no duda en emplear unas medidas legislativas sin calibrar el significado que las mismas pueden tener: imponer la política sobre el derecho. Hace ya casi doscientos años, indicaba el moralista Kant que «si no hay libertad ni ley moral fundada en la libertad, si todo lo que ocurre es un simple mecanismo natural, entonces la política —arte de utilizar ese mecanismo como medio de gobernar a los hombres— es la única sabiduría práctica y el concepto del derecho es un pensamiento vano. Pero si se cree que es absolutamente necesario unir el concepto del derecho a la política y hasta elevarlo a la altura de condición limitativa de la política, entonces hay que admitir que existe una armonía posible entre ambas esferas. Ahora bien, yo concibo un político moral, es decir, uno que considere los principios de la prudencia política como compatibles con la moral. Pero no concibo un moralista político, es decir, uno que se forje una moral *ad hoc*, una moral favorable a las conveniencias del hombre de Estado» (69).

Si la política prevalece sobre el derecho y aún contra el derecho, aparecen los rasgos tiránicos del poder. Conciliar autoridad y libertad, orden y justicia, política y derecho, en un delicado equilibrio perpetuamente amenazado y siempre recompuesto, es la tarea de todo gobernante que sea, como Kant quería, un «político moral». En España, a pesar de las garantías que la Constitución establece, la legislación antiterrorista ha desequilibrado la balanza. Y ello ha ocurrido porque se ha concebido a la democracia más como un logro a preservar que como una meta a conseguir. Más como un medio de seleccionar élites gobernantes, manteniendo inalterada la estructura de dominación política y económica, que como un orden de convivencia y un procedimiento de avanzar hacia un sistema más justo y más libre. Un modelo en el cual —como indicaba B. Crick— decir la verdad acerca del funcionamiento del sistema no pone en peligro el sistema mismo (70).

(69) I. KANT: *La paz perpetua*, Madrid, 1982, págs. 136-137.

(70) B. CRICK: *In defence of Politics*, Londres, 1962.