

EN TORNO A LA IDEA DE DELITO POLÍTICO. (Notas para una ontología de los actos contrarios a Derecho)

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Catedrático de Filosofía del Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Noción de acto contrario al Derecho. 2. Elementos del acto contrario a Derecho. 3. Naturaleza y forma de los actos contrarios al Derecho.– II. POLÍTICA Y DERECHO PENAL. 1. Carácter polisémico del enunciado “criminalidad política”. 2. Ideología y criminalidad: Delincuencia atávica y delincuencia evolutiva.– III. SOBRE LA IDEA DE DELITO POLÍTICO. 1. Aproximación a la noción tradicional de delito político. 2. Teoría jurídica y delito político (Teorías objetiva, subjetiva y mixta).– IV. HACIA UNA TEORÍA DEL DELITO POLÍTICO DESDE LOS SUPUESTOS DE LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO. (Un ensayo de ontología jurídica). 1. Supuestos para la determinación del delito político: Distinción entre acto ilícito material y acto ilícito formal. 2. Consecuencias en orden a la determinación de la criminalidad del obrar humano: crímenes de Estado, crímenes contra el Estado y delitos políticos en sentido propio. 3. Caracterización del delito político: A. Noción y elementos ; B. Naturaleza y fundamentación; C. Resultados.

I. INTRODUCCIÓN.

1. NOCIÓN DE ACTO CONTRARIO AL DERECHO.

El Derecho constituye una realidad compleja y plural que implica las dimensiones de la legitimidad, la positividad (legalidad) y la eficacia.

La infracción jurídica o acto contrario al Derecho –que supone el incumplimiento de un deber jurídico– afecta de modo diferente a esas dimensiones. La *legitimidad* y la *positividad* (legalidad) acusan el impacto de la infracción, en cuanto acto contrario a la validez del Derecho, pero dicha validez no resulta anulada por ese fenómeno. La validez del Derecho –validez filosófica (legitimidad) y validez dogmática (positividad)– es independiente, en principio, del hecho de que el Derecho sea obedecido o conculcado. La infracción jurídica afecta de forma más efectiva a la eficacia del Derecho. En mayor o menor medida, según los casos, el acto contrario al Derecho supone, al menos de forma puntual, la negación de la

eficacia del Derecho, toda vez que la infracción jurídica implica un desajuste o contradicción entre el Derecho como sistema normativo (*deber ser*) y el obrar humano (*ser*).

La infracción jurídica, en cuanto acto de negación del Derecho, constituye, en un plano puramente empírico, un fenómeno habitual de la vida jurídica. Desde el punto de vista ontológico el acto contrario al Derecho se configura como una categoría central, fundamental, del mundo jurídico. El Derecho, en cuanto sistema normativo, no puede concebirse ni explicarse en la plenitud de su significado sin tener en cuenta la posibilidad de su infracción, consecuencia lógica del reconocimiento y la afirmación de la libertad humana. Por ello nada tiene de extraño que en el sistema de Hegel, por ejemplo, el Derecho –en cuanto momento del “espíritu objetivo” en donde se manifiesta y afirma la voluntad libre del hombre– aparezca articulado en la tríada constituida por la propiedad (*Eigentum*), el contrato (*Vertrag*) y el ilícito o injusto (*Unrecht*). Éste, que implica, en cuanto violación del Derecho, la invasión arbitraria de la esfera de las libertades de los demás, puede manifestarse, según Hegel, como injusticia de buena fe, (*Unbefangenes Unrecht*), como fraude (*Betrug*) y como violencia y delito (*Zwang und Verbrechen*).¹

En general, el acto contrario al Derecho supone, como ya se ha indicado, el incumplimiento del deber jurídico de obediencia al Derecho. En ello consiste desde el punto de vista ontológico su núcleo esencial. En este sentido, desde los supuestos del orden ético del obrar humano que implica libertad, el acto contrario al Derecho o infracción jurídica puede caracterizarse como un comportamiento exterior, antijurídico (contrario al Derecho), voluntario y generalmente sancionable.

2. ELEMENTOS DEL ACTO CONTRARIO AL DERECHO.

La infracción jurídica o acto contrario al Derecho es una realidad compleja compuesta por elementos de significación objetiva y subjetiva.

A. ELEMENTO OBJETIVO.

Dicho elemento está a su vez integrado por los siguientes componentes:

a) El *comportamiento externo* que puede tener una *significación positiva* (realización de una conducta prohibida por el Derecho) o *negativa* (omisión de un acto exigido por el Derecho).

1 HEGEL, G.W.F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Vorwort von E. Gaus. “Sämtliche Werke”. T. VII. 4ª. Aufl. der Jubiläumsausgabe Friedrich Frommann Verlag. Stuttgart-Bad Canstatt, 1964. Parte I. Parágrafos 82 a 103. En la adición (Zusatz) al parágrafo 90 se lee: “La auténtica injusticia es el delito, en el cual no se respeta el Derecho ni en sí mismo ni como se me parece a mí, con lo que se lesionan ambos lados, el objetivo y el subjetivo”. pág. 147.

En relación con el comportamiento externo puede distinguirse, desde esta perspectiva, entre *infracciones de resultado* e *infracciones de simple actividad*. Las primeras son aquellas en las que el comportamiento produce un resultado en el mundo exterior, existiendo una relación causal entre acción y resultado (homicidio, lesiones, robo,...). Las infracciones de simple actividad son aquellas que, más allá de la mera actividad, no producen un resultado exterior (infracción de norma de tráfico, falso testimonio ante un tribunal,...).

b) La *antijuricidad* que, en cuanto cualidad esencial de la infracción jurídica, implica contradicción entre el “deber ser” en que consiste el Derecho y el “ser” de la conducta humana que lo conculca.

Desde el punto de vista de la Dogmática jurídico-penal, y en relación con el delito –que es una especie de infracción jurídica–, se ha distinguido entre antijuricidad formal y antijuricidad material. La *antijuricidad formal* tiene una significación puramente lógica y consiste en la mera contradicción entre el acto humano y lo dispuesto por la norma jurídica. La *antijuricidad material o sustancial* implica ya la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Derecho.² Con esto la antijuricidad adquiere una dimensión axiológica, valorativa, de carácter material que se pone claramente de manifiesto en la fórmula utilizada por Bettiol de “*nullum crimen sine iniuria*”.³

Desde la perspectiva propia de la Filosofía del Derecho (Ontología jurídica) la distinción entre antijuricidad formal y material entraña una gran virtualidad, como luego veremos, a la hora de distinguir las diferentes especies de actos contrarios al Derecho en función de que violen la positividad (legalidad) y la legitimidad en cuanto dimensiones constitutivas del Derecho o sólo vulneren una de esas dimensiones.

c) La *sancionabilidad* del acto contrario al Derecho significa que la infracción jurídica, de ordinario, posibilita la aplicación de una *sanción* (entendida genéricamente como consecuencia jurídica desfavorable, como privación de bien) al autor de la misma.

B. ELEMENTO SUBJETIVO.

El elemento de naturaleza subjetiva del acto contrario al Derecho es el constituido por la *voluntariedad* del comportamiento externo. Significa ello que el

2 Vid. ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*. 2ª ed. anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino. Ed. Akal, Madrid, 1986, pág. 203; JESCHECK, H.-H. *Tratado de Derecho Penal* (Parte general), trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, vol. I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981, págs. 315 y ss.

3 *Diritto penale*. Vol. I, Palermo, 1945, pág. 181; vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, T. I, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, págs. 165 a 167.

acto externo, antijurídico y generalmente sancionable, es contenido (ha sido querido) de la voluntad del sujeto que lo realiza.

La voluntariedad del acto es determinante de la *culpabilidad* de quien lo realiza. Un sujeto es culpable de una acción si ella ha sido querida por él y le es imputable.

La culpabilidad es ordinariamente supuesto fundante de la *responsabilidad jurídica*, que es condición necesaria para la aplicación de la sanción.

3. NATURALEZA Y FORMA DE LOS ACTOS CONTRARIOS AL DERECHO.

A. NATURALEZA.

Indicaba Aristóteles que lo justo político (*politikon dikaion*), lo que en la comunidad política es conocido y vivido como justo, se divide en natural y legal. Justo natural (*physikon dikaion*) es, según Aristóteles, “lo que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no, y justo legal (*nomikon dikaion*) aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo”. Y añade Aristóteles: “Las cosas que no son justas por naturaleza sino por convenio humano no son las mismas en todas partes, puesto que no lo son tampoco los regímenes políticos, si bien sólo uno es por naturaleza el mejor en todas partes”.⁴

Del texto de Aristóteles se deduce que la injusticia o ilicitud de un comportamiento puede tener una doble fundamentación, natural o positiva (legal o convencional). Así tenemos que:

– De un lado, existen *actos ilícitos por naturaleza* porque el contenido es intrínsecamente injusto, malo (*mala per se*) y por ello resultan prohibidos por la ley (*prohibita quia mala*). A este género de actos pertenecen, por ejemplo, el homicidio, el robo, la difamación, etc.

– De otro lado hay *actos ilícitos* no por naturaleza sino *por determinación de la ley o por convención humana*. Se trata de actos cuyo contenido desde el punto de vista ético-jurídico son indiferentes o incluso buenos pero que el legislador o las partes de un convenio pueden prohibir y sancionar en atención a diversas razones y circunstancias. En este supuesto se trata de actos que son ilícitos porque están prohibidos por ley o convención (*mala quia prohibita*).

El reconocimiento de esta doble especie de actos ilícitos es propia del *pensamiento iusnaturalista* que encuentra el fundamento de la ilicitud, en un caso, en lo justo natural (*ius naturale, ius gentium*) y, en el otro caso, en lo justo legal (*ius civile*) que atiende a razones de mera conveniencia u oportunidad social, política, económica, etc.

⁴ *Ética a Nicómaco*, Lib. V. cap. 7. 1135a.

Para el *positivismo jurídico* no hay más actos ilícitos que los que el Derecho positivo prohíbe. El acto ilícito es siempre una conducta *mala quia prohibita*. El positivismo jurídico hace de la voluntad humana el fundamento último de lo que se manda y de lo que se prohíbe (Voluntarismo).

La concepción positivista del acto ilícito ha encontrado una de sus formulaciones más extravagantes en la obra de H. Kelsen. Este autor, desarrollando con rigor lógico los supuestos formalistas de su pensamiento, tensa, fuerza y tuerce las categorías fundamentales del pensamiento jurídico llegando, en algunos casos, a construcciones verdaderamente surrealistas. Esto es lo que acontece con su concepción del acto ilícito en el cual no se ve una negación (violación) del Derecho sino la conducta contra la cual se dirige la sanción del Derecho haciendo posible así la perfecta realización del mismo.⁵ Para Kelsen el acto ilícito es la condición del Derecho, y no su negación. Dice Kelsen: “La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por tanto –como lo supone la jurisprudencia tradicional–, en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia”.⁶

B. FORMA

En virtud de la naturaleza y de la estructura plural y compleja del Derecho (*legitimidad, positividad y eficacia*), desde un punto de vista ontológico los actos contrarios al mismo adoptan no una única forma sino una pluralidad de formas en función de las dimensiones constitutivas del Derecho (*legitimidad, positividad y eficacia*) que se vean afectadas.

Todo acto contrario al Derecho supone, en principio, una negación de la eficacia, del cumplimiento y realización del Derecho que puede verse confirmado si el Derecho no consigue reaccionar adecuadamente e imponerse mediante la coacción.

Aparte de la general afectación a la eficacia del Derecho la infracción jurídica puede vulnerar de modo simultáneo o alternativo la legitimidad y la positividad (legalidad) del mismo. En virtud de ello tenemos no un solo tipo de acto contrario al Derecho sino una pluralidad de los mismos.

5 En este sentido escribe Kelsen: “Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no ‘viola’ el Derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al Derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del Derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del Derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción”. *Teoría pura del Derecho* (Introducción a la Ciencia del Derecho), trad. esp. de M. Nilve de la ed. francesa de 1953, 30ª ed. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964, pág. 88. Véanse las págs. 87 a 89.

6 *Teoría pura del Derecho*, trad. esp. de la 2ª ed. alemana de R. J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pág. 126, véanse las págs. 125 y ss.

Desde el plano propio de la Teoría fundamental del Derecho (*ontología jurídica formal*) un planteamiento unitario y sistemático del fenómeno de la infracción jurídica nos permite distinguir los siguientes tipos y especies de la misma:

a) *Actos que violan el Derecho en cuanto sistema de legalidad y de legitimidad.* Dentro de este género encontramos las siguientes especies: 1º.– El acto ilícito civil; 2º.– El acto ilícito penal (delito común); 3º.– El acto arbitrario (ilegal) e injusto.

b) *Actos que violan el Derecho en cuanto sistema de legalidad pero no en cuanto sistema de legitimidad.* Este tipo de acto contrario al Derecho comprende a su vez las siguientes especies: 1º.– El acto meramente ilegal; 2º.– El acto ilegal pero legítimo por razón de su materia o contenido. Aquí es donde encontraría su acomodo sistemático más riguroso el denominado (*delito político*); 3º.– El acto arbitrario (ilegal) y materialmente justo.

c) *Actos que violan el Derecho en cuanto sistema de legitimidad pero no en cuanto sistema de legalidad.* Se comprenden aquí determinados supuestos de criminalidad común que gozan de la cobertura legal del Estado. Tal es el supuesto de los denominados crímenes de Estado o terrorismo de Estado.

d) *Actos que violan el Derecho en cuanto sistema de legitimidad y de legalidad pero que poseen la apariencia formal de la legalidad.* A este género pertenecen como especies del mismo: 1º.– El fraude de ley; 2º.– El abuso de Derecho; 3º.– La desviación de poder.

II. POLÍTICA Y DERECHO PENAL.

I. CARÁCTER POLISÉMICO DEL ENUNCIADO “CRIMINALIDAD POLÍTICA”.

La expresión o sintagma criminalidad política no hace referencia a una única especie de actividad criminosa sino a distintas formas de la misma que conviene distinguir con claridad, tanto por la diferente significación de las conductas desde el punto de vista ético-material, como por las específicas consecuencias jurídicas que deben atribuírsele. Como especies de la criminalidad política cabe destacar:

a) Las actuaciones delictivas (*mala per se*: asesinatos, torturas, secuestros,...) que para el cumplimiento de determinados fines realiza el Estado sirviéndose de sus órganos y agentes (policía, ejército, administración de justicia, servicios de inteligencia, etc.). En este sentido se habla de *crímenes de Estado, de violencia y criminalidad institucional y de terrorismo de Estado*.⁷ A este género de

⁷ Sobre la idea de crimen de Estado véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El asesinato de Matteotti y el delito político*, en “Crónica del crimen”, Ed. Historia Nueva, Madrid, 1929, págs. 241 y ss., 245 y ss.; *Tratado de Derecho penal*, T. III, (El delito), 3ª ed. actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1965, págs. 184 y ss. 215 y ss.; RUIZ FUNES, M. *Evolución del Delito político*, Ed. Hermes, México, 1944, págs. 192, 324 y ss., 337 y ss.; LOPEZ-REY

criminalidad pertenecen como tipos específicos los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de genocidio.⁸

b) Las conductas que atentan contra la seguridad, la organización, estructura y el funcionamiento institucional del Estado. Se trata de lo que con toda propiedad debe denominarse *crímenes o delitos contra el Estado*.

c) Los comportamientos que por su naturaleza son lícitos, legítimos (*bona per se*: el ejercicio de determinados derechos y libertades, por ejemplo) pero que el poder, por “razones políticas”, los tipifica como delictivos prohibiéndolos y castigándolos (*mala quia prohibita*). En este supuesto estamos ante lo que ha de entenderse por *delito político* en sentido propio o estricto.⁹

2. IDEOLOGÍA Y CRIMINALIDAD.

La idea de delincuencia política en sus formulaciones clásicas aparece vinculada y, en gran medida, fundamentada en la noción de “progreso”. Esta idea emerge en el pensamiento moderno como una categoría secularizada (que desplaza la fe en la providencia) ligada al nacimiento de la ciencia moderna y a la lucha por la libertad política y religiosa. Las raíces más próximas de la idea de progreso se encuentran en la filosofía de la ilustración, y su estudio y desarrollo, tratando de descubrir y formular sus leyes esenciales, fue, fundamentalmente, tarea del idealismo alemán y del positivismo filosófico francés.¹⁰

En los siglos XIX y XX la idea de progreso se convirtió en el paradigma o modelo en función del cual, como advierte J. Bury, se indicará “el juicio bueno o malo que atribuimos a una determinada civilización según sea o no progresiva. Los ideales de libertad y de democracia, que poseen su propia, antigua e independiente

ARROJO, M. *Criminalidad y abuso de poder*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, en especial págs. 59 y ss.; GARZÓN VALDÉS, E. *El terrorismo de Estado*, (El problema de su legitimación e ilegitimidad), en “Derecho, Ética y Política”, Introducción de M. Atienza, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en especial págs. 843 a 856, donde el autor realiza un estudio analítico y exhaustivo de la noción de terrorismo de Estado. Especial interés tiene al respecto el trabajo de Dirk Blasius en el que estudia la criminalidad política en Alemania con especial referencia a la Administración de Justicia. BLASIUS, D. *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland*, (1880-1980), (Eine Studie zu Jutiz und Staatsverbrechen). Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1983.

8 Respecto de la criminalidad de Estado en la Alemania nacionalsocialista véase: BLASIUS, D. op.cit., en especial págs. 115 y ss.; KLUG, U. *La incitación a la guerra de agresión* (Un nuevo tipo delictivo del código penal de la República Federal de Alemania), en “Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho”, trad. esp. de J.M. Seña, revisión de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Ed. Alfa, Barcelona, 1989 en especial págs. 129 y ss. y 147; *Valoración jurídica de la criminalidad nazi en la jurisprudencia de la corte federal de justicia*, en op.cit. en especial págs. 152 a 157 y 164 a 168; ANGERMUND, R. *Deutsche Richterschaft 1919-1945* (Kriesenerfahrung, Illusion, politische Rechtsprechung). Fisher Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main, 1991, en especial págs. 104 y ss. 133 y ss, 158 y ss. 201 y ss.

9 Vid. BLASIUS, D. op.cit. págs. 11, 14 y ss., 18 y ss.

10 Vid. BURY, J. *La idea de progreso*, trad. esp. E. Díaz y J. Rodríguez Aramberri, Alianza Editorial, Madrid, 1971, en especial las págs. 134 y ss, 185 y ss. 215 y ss, 251 y ss. 261 y ss, 281 y ss; NISBET, R. *Historia de la idea de progreso*, trad. esp. de E. Hegewicz, Ed. Gedisa, Barcelona, 1981, en especial págs. 243 y ss, 254 y ss, 332 y ss.

validez, adquieren –observa J. Bury– un nuevo vigor cuando se relacionan con el idea del progreso. La conjunción de *libertad y progreso* y de *democracia y progreso*, surge así a cada momento”,¹¹ configurándose como tópicos centrales de las ideologías liberal y socialista. La idea de progreso entendida de este modo inspira y se constituye en el eje de progresión de toda una filosofía de la historia según la cual la humanidad, de acuerdo con la ley universal del progreso, marcha hacia una comunidad de pueblos libres (sin tiranos ni sacerdotes) regidos y guiados sólo por la luz de la razón.

Desde los supuestos de esa filosofía de la historia se puede distinguir y separar, de un lado, los factores (*fuerzas reaccionarias*) que tratan de frenar, bloquear y desviar el sentido natural del devenir histórico que se identifica con las ideas de progreso y triunfo de la libertad y, de otro lado, los elementos (*fuerzas progresistas*) que, fieles a la ley del progreso, impulsan y contribuyen a la victoria de la democracia y la libertad.

Sobre estos principios el penalista italiano Enrico Ferri¹² pudo establecer la distinción entre delincuencia atávica y delincuencia evolutiva a partir de la cual se ha construido y fundamentado, por una parte de la doctrina, la diferencia entre delito común y delito político. La clave de la distinción entre delincuencia atávica y evolutiva reside en lo siguiente:

– *La delincuencia atávica* (criminalidad común) es la constituida por los comportamientos en los que se pone de manifiesto los instintos primarios, egoístas y antisociales del hombre que aún no ha logrado liberarse de su originario salvajismo (estado de naturaleza) mediante la educación y la cultura. La criminalidad atávica, impulsada por el egoísmo y la insolidaridad, ataca la libertad y los derechos del hombre (homicidio, secuestro, robo, etc.) impidiendo el progreso de la sociedad. La delincuencia atávica, subraya Jiménez de Asúa, supone “pasos dados hacia atrás en la marcha del progreso”.¹³

– *La delincuencia evolutiva* (dentro de la cual estaría el delito político según el pensamiento liberal) es aquella que movida por sentimientos de altruismo y solidaridad trata, de acuerdo con la ley histórica del progreso, de impulsar el triunfo de la libertad y de los derechos del hombre, luchando contra las estructuras sociales y políticas que impiden y dificultan su pleno reconocimiento y realización. En este sentido escribe Jiménez de Asúa: “Los delitos evolutivos son, como lo indica el nombre, pasos dados hacia adelante en el camino de la perfección”.¹⁴ “El delito evolutivo –dice en otro lugar– es, en suma, el que se perpetra por motivos altruistas con ánimo de apresurar, de modo más o menos utópico, el progreso político y

11 BURY, J. op.cit. pág. 9.

12 *La Sociologie criminelle*, trad. francesa de L. Terrier, 2ª. ed. Paris, 1914, págs. 370 y ss.

13 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado...* T. III, cit. pág. 182; *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 242 a 244.; RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 78, 83 y 321; PAPADATOS, P.A. *Le délit politique* (Contribution a l'étude des crimes contre l'Etat), Preface de J. Graven, Librairie E. Droz, Genève, 1955, págs. 46 y ss.

14 *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 244, véanse las págs. 244, 245, 250 y 251.

social”,¹⁵ ya que el verdadero triunfo de la libertad y de los derechos del hombre ha de tener su inmediato reflejo en una determinada articulación y configuración del orden político y social. La criminalidad evolutiva, aclara en otro lugar Jiménez de Asúa, es una forma de criminalidad que “procura apresurar las fases futuras del Estado o de la organización de la sociedad (...mejorando) las formas estatales y las condiciones de vida de la masa asociada”.¹⁶

La delincuencia evolutiva así concebida adquiere una significación política, revolucionaria, que se patentiza, sobre todo a partir del S. XIX, en la lucha del liberalismo contra los poderes absolutos. En este contexto es donde surgen y se desarrollan las ideas tradicionales de delincuencia política y delito político.

III. SOBRE LA IDEA DE DELITO POLÍTICO.

1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN TRADICIONAL DE DELITO POLÍTICO.

A. *EL DELITO POLÍTICO COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA EVOLUTIVA.*

En su moderna formulación la idea de delito político es una construcción ideológica y de perfiles difusos del pensamiento liberal. Dicha idea surgió al hilo de la revolución liberal empeñada en la lucha contra los poderes absolutos del Antiguo Régimen en el cual el delito de “lesa majestad” (delito contra el rey o contra el Estado) era el más grave de todos. Desde los supuestos ideológicos de la revolución liberal que, frente al absolutismo, lucha por el triunfo de la libertad y de la democracia el delito político (la lucha contra el absolutismo) se configura y legitima como una manifestación de la delincuencia evolutiva que, movida por impulsos nobles y altruistas, pugna por un mundo mejor donde se reconozcan y garanticen plenamente la dignidad, la libertad y los demás derechos del hombre.¹⁷

Desde esta perspectiva liberal (potenciada por el romanticismo y los sentimientos nacionalistas que surgieron en Europa como reacción a las invasiones napoleónicas y al calor de las guerras de liberación a que aquellas dieron lugar) la figura del delincuente político –identificado con quien lucha por el pueblo contra la tiranía y la usurpación– adquirió un aura de nobleza y heroísmo que, en la opinión popular, lo hacía merecedor no de castigo sino de honores y del reconocimiento general.¹⁸

De ahí que la legislación liberal tratase con especial lenidad no exenta de consideración el fenómeno de la delincuencia política, protegiendo al perseguido

15 Ibid. págs. 245, vid. págs. 243 y 244.

16 BLASIUS, D. op.cit. págs. 18 y ss.

17 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. . *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 244, 250 y ss.

18 Ibid. pág. 245; ANTÓN ONECA, J. op.cit. pág. 170; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, T. II, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1957, págs. 252 y ss.; BLASIUS, D. op.cit. pág. 8, 13 y ss.

político mediante la concesión del derecho de asilo (aspecto positivo) y la consiguiente denegación de su extradición (aspecto negativo).

B. LA CLÁUSULA DE “NO EXTRADICIÓN” DEL DELINCUENTE POLÍTICO

Consecuencia inmediata de la consideración del delito político como una especie de la delincuencia evolutiva fue su configuración, desde la perspectiva de la política jurídica penal y procesal liberal, como una forma de “delincuencia privilegiada”, protegida, como ya hemos adelantado, por la institución del asilo político y la cláusula de “no extradición” del delincuente político. Inglaterra fue el primer Estado que, a partir de 1815, comenzó a conceder asilo a los refugiados políticos. En esta política le siguieron Francia (sobre todo a partir de la Revolución de 1830) y Bélgica. La consideración de la delincuencia política como forma de “delincuencia privilegiada” encontró su “edad de oro” en el periodo iniciado por la Revolución francesa de 1830. En dicho espacio de tiempo el delincuente político, considerado como un personaje abnegado, altruista, heroico incluso, concitó todo tipo de comprensión, simpatía y protección. Para el pensamiento liberal el delincuente político no era un verdadero criminal sino un ser totalmente inocuo desde el punto de vista de la peligrosidad social, y su conducta (el delito político) fue valorada como un comportamiento perfectamente lícito y honroso en virtud de los ideales a los que servía.¹⁹

Momentos claves en el tratamiento de favor dispensado por el pensamiento y la política liberales a la delincuencia política fueron la puesta en vigor de la cláusula de “no extradición” de delincuentes políticos (Ley belga de 1833), que encontró una amplia acogida por otros países, y la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos (Francia 1848).

Con la cláusula de “no extradición” de delincuentes políticos se cambió el signo y la función de la institución jurídica de la extradición nacida precisamente para perseguir y reprimir, mediante la cooperación internacional, los crímenes de carácter político.²⁰

Según indica Jiménez de Asúa, el punto culminante de la benignidad y del rigor técnico en el tratamiento del delito político se encuentra en el *Proyecto de*

19 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 241, 242, 245, 246, 247 y ss.; *Tratado...* T. III, cit. pág. 173 y ss; RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 111 y ss y 315; ANTÓN ONECA, J. op.cit. pág. 170; PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 2, 43 y ss.; TORRE REYES, C. de la, *El delito político: su contenido jurídico y proyecciones sociales*, Universidad Católica del Ecuador, Editorial “La Unión”, Quito, Ecuador, 1954 págs. 115 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, en “Nueva Enciclopedia jurídica”, T. VI, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1975 pág. 611; BLASIUS, D. op.cit. págs. 13 y ss.

20 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 611; *Tratado de Derecho penal internacional...* T. II, págs. 253, 264 y 267. Sobre los diferentes aspectos y funciones de la extradición vid. LISZT, F. von, *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de la 20 ed. alemana por L. Jiménez de Asúa, adiciones de Derecho penal español de Q. Saldaña, T. II, 3ª. ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, s/a, págs. 210 y ss.

Código penal italiano de 1921, debido a Enrico Ferri. En dicho texto se definen los delitos políticos –sancionándolos con penas más leves que las empleadas en el castigo de los delitos comunes– como “los cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo” (art. 13).²¹

Debe advertirse que la vigencia y extensión de la cláusula de “no extradición” por delitos de significación política dependió en todo momento del vigor social efectivo de los principios y la política liberales. El debilitamiento o el eclipse más o menos prolongado del movimiento liberal trajo como consecuencia la abolición de la cláusula de “no extradición” por delitos políticos y el consiguiente agravamiento de las penas para tal tipo de infracciones. Eso fue lo que sucedió con el advenimiento de los regímenes autoritarios y totalitarios (Rusia, Italia, Alemania,...).²² El Estado totalitario no sólo agravó las penas en la represión de los delitos políticos sino que también amplió artificialmente los tipos de conductas delictivas de carácter político. Llegó incluso, como recuerda Radbruch, a la perversión de utilizar una doble moral y un doble Derecho: la excusa y la cobertura legal para los crímenes cometidos por los servidores del Estado; las penas más duras para las actuaciones del disidente político, convertido ahora en enemigo del pueblo y del Estado.²³

Al margen de la violenta inflexión que en el tratamiento y persecución del delito político supuso el fenómeno de la aparición de los Estados autoritarios y totalitarios, debe tenerse en cuenta que el buen sentido y las exigencias reales de cada momento fueron introduciendo, gradualmente, correcciones y limitaciones en los planteamientos e ideas –a veces excesivamente ingenuos y simples– de la política criminal liberal en relación con la delincuencia política. Se trató de ir precisando los perfiles de la difusa noción de delito político, depurándola y sacando de la misma acciones que por su específica naturaleza (*mala per se*) eran de modo claro materia propia de la delincuencia común. En este sentido cabe destacar las paulatinas limitaciones que, por razones obvias, fue sufriendo el principio de “no extradición” de delinquentes políticos mediante el procedimiento de privar de significación política (no reconocer como delitos políticos) a determinadas formas de delincuencia. De este modo fueron quedando excluidos de la cobertura y protección de la cláusula de “no extradición” los siguientes supuestos:

21 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El asesinato de Matteotti*...cit. pág. 243 y 247.

22 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *El asesinato de Matteotti*...cit. pág. 248 y ss; *Tratado*... T. III, cit. pág. 174. 177 y 205; RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 176 y ss, 198 y ss, 217 y ss; PAPANATOS, P.A. op.cit. págs. 90 y ss, 95 y ss, 101 y ss; TORRE REYES, C. de la, op.cit. 127 y ss, 527 y ss, 539 y ss, 548 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. págs. 607, 611, 612 y 613; BLASIUS, D. op.cit. págs. 8, 115 y ss.; PAPANALAMBOUS, CH. *Das politischen Delikt im legalistischen Rechtsstaat* (Beitrag zu einer Theorie der illegalen politischen Kommunikation). Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1991, págs. 27 y ss, 45 y ss, 52 y ss, 62 y ss.

23 RADBRUCH, G. *¿Derecho penal autoritario o social?*, en el vol. “El hombre en el Derecho”, (Conferencias y artículos) trad. esp. de A. del Campo, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 88 y 89; véase RADBRUCH, G. *Strafrechtsreform und Nationalsozialismus*, en “Gesamtausgabe” T. IX, (Strafrechtsreform), bearbeitet von R. Wassermann, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, págs. 331-335.

a) Los atentados contra los Jefes de Estado o de Gobierno extranjeros o contra miembros de su familia. Se trata de la limitación establecida por la “*cláusula belga de atentado*” (Ley belga de 22 de marzo de 1856) motivada por el atentado sufrido por Napoleón III. Según dicha cláusula –que fue suscrita por Bélgica y Francia en el Tratado de extradición de 22 de septiembre de 1856– “no se reputará delito político ni hecho conexo con semejante delito, el atentado contra la persona de un Jefe de Gobierno extranjero o contra la de los miembros de su familia, cuando este atentado constituya el delito de homicidio, asesinato o envenenamiento”.²⁴

b) El asesinato por móviles políticos y en general los delitos conexos y mixtos o complejos en donde la intencionalidad o finalidad política aparece unida a comportamientos que por su naturaleza (*mala per se*) constituyen delitos comunes.

La concesión de la extradición para estos tipos de delitos implicó en el plano doctrinal, la distinción entre *delito político puro* (el que atenta contra la forma de organización política del Estado), el cual está excluido de la extradición, y *delito político relativo*, integrado por los denominados delitos complejos y conexos, que sí pueden ser objeto de extradición. Los *delitos complejos o mixtos* son delitos comunes realizados por móviles políticos o sociales (por ejemplo, el asesinato de un Jefe de Estado). Los *delitos conexos* son también delitos comunes (asesinato, robo, secuestro,...) que constituyen un medio para la realización de un fin político y también los delitos comunes que se cometen en el curso de una rebelión, revuelta política o guerra civil.²⁵

24 Vid. LISZT, F. von, op.cit. pág. 218; ANTÓN ONECA, J. op.cit. pág. 149; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 611; *Tratado de Derecho penal internacional...*, T. II, cit. págs. 270 y 271.

25 LISZT, F. von. op.cit. pág. 217; PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 77 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de Derecho penal* (La Ley y el Delito), Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1989, pág. 187; ANTÓN ONECA, J. op.cit. págs. 148 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 614; *Tratado penal internacional...* T. II, págs. 269 y ss; FELCHLIN, P. *Das politische Delikt* (Entwicklung, Problematik und Wandel im Auslieferungsrecht. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der schweizerischen Bundesgerichts). Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, pág. 116 y ss, 122 y ss; PAPACHARALAMBOUS, CH. *Das politische Delikt...* cit., págs. 159 y ss.

Partiendo de los supuestos de la distinción entre *delitos políticos puros y relativos*, el *Instituto de Derecho internacional*, que ya había reglamentado la extradición conforme al patrón más laxo y liberal, en su sesión de Oxford de 1880, añadió algunas excepciones a esta materia en su sesión de Ginebra de 1892. En este sentido acordó:

“1º. La extradición no debe ser concedida en casos de crímenes o delitos puramente políticos; 2º tampoco se concederá para las infracciones mixtas o conexas a los crímenes o delitos denominados políticos relativos, a no ser que se trate de los más graves desde el punto de vista de la moral y el Derecho común, tales como el asesinato, homicidio, envenenamiento, mutilaciones y lesiones graves premeditadas, sus tentativas y los atentados contra la propiedad mediante incendio, explosión, inundación o robos a mano armada y con violencia; 3º. En lo que se refiere a los actos perpetrados durante una subversión o guerra civil por una o tra de las partes en pugna por el interés de sus respectivas causas, no podrán dar lugar a extradición más que en el caso de constituir actos de barbarie y vandalismo prohibidos por las leyes de guerra, y solamente cuando las hostilidades hubieren terminado”.

La *Ley federal suiza* de 22 de enero de 1892 dispone en su art. 10 que la extradición “no será concedida por infracción política, pero sí cuando el reo, alegando motivos o fines políticos, perpetrare un hecho que fuese considerado principalmente de Derecho común, siendo el Tribunal Federal el llamado a considerar en cada caso el carácter de la infracción según aparezcan los hechos realizados”. cit. por QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 612; *Tratado de Derecho penal internacional...*, T.II, cit. págs. 271 a 273.

c) *Los delitos de terrorismo.*

El terrorismo constituye una moderna forma de delincuencia surgida en el último tercio del siglo XIX y consistente en la realización de actos de extrema violencia por parte de personas pertenecientes a organizaciones o grupos cuya finalidad es subvertir el orden social y político mediante la difusión del terror.

Dicha forma de delincuencia surgió especialmente vinculada a la teoría y a la praxis de los movimientos anarquistas y marxistas, reclamando para sí la condición de delincuencia política y el consiguiente trato privilegiado constituido por las instituciones del asilo político y la “no extradición”.

El terrorismo adquirió proyección internacional hacia los años treinta; sobre todo con el asesinato de Alejandro I de Yugoslavia y de Louis Barthou, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, en el atentado de Marsella (9 de octubre de 1934).²⁶ Tras la Segunda Guerra Mundial el terrorismo se convirtió en el instrumento de lucha de los partidos revolucionarios²⁷ transformándose, a partir de los años sesenta, en un grave problema internacional a causa de la estructura y conexiones internacionales de los grupos terroristas, sus medios de financiación y la extensión de sus actividades violentas (secuestro y asesinato de personas civiles y miembros del servicio diplomático, secuestro de buques y aeronaves, etc.).

Desde el primer momento los Estados trataron de reprimir el delito terrorista,²⁸ que fue objeto de múltiples conferencias y congresos internacionales,²⁹ así como de convenios internacionales. Cabe destacar en este sentido el Convenio de Ginebra de 1939 que obligaba a los Estados contratantes a incluir los delitos de terrorismo en las excepciones de los tratados de extradición.³⁰

Fruto de la cooperación internacional en la persecución del terrorismo fueron ya, a principios de los años setenta, las convenciones de La Haya (1970) y de Montreal (1971) en virtud de las cuales el llamado secuestro de aeronaves y otros actos de terrorismo aéreo, de forma expresa, dejaron de ser considerados delitos políticos, dando libertad a los Estados para la extradición de quienes ejecutasen dichos delitos.

Desde 1972 la ONU se preocupó de la represión del delito de terrorismo, aprobando en 1983 una resolución en la que se instaba a los gobiernos a la firma de convenciones internacionales y a la adecuación de sus legislaciones nacionales para una eficaz lucha contra el terrorismo, la cual implicaba, entre otros medios, la extradición de terroristas.

26 Vid. EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo. Su concepto*. Prólogo de J. Ortega Cortales, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 20 y ss.

27 Ibid. págs. 21 y ss.

28 Ibid. pág. 17, nota 4.

29 Conferencia para la unificación del Derecho Penal (Varsovia, 1937) y Congresos de Derecho Penal de Bruselas (1930), París (1931), Madrid (1933), Copenhague (1935)... vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito Político*, cit. págs. 614 y 615.

30 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito Político*, cit. pág. 615.

En el ámbito de la Comunidad Europea cabe destacar, en este sentido, la “Convención Europea para la represión del terrorismo” (de 27 de enero de 1977) que excluye al terrorismo del ámbito de los delitos políticos y permite la extradición de los terroristas. En esta misma dirección de pensamiento la Constitución Española dispone que “quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”. (art. 13.3).

d) Están excluidos también de la cláusula de “no extradición”, por no tener consideración de delitos políticos, los *crímenes contra la paz*, los *crímenes de guerra*, los *crímenes contra la humanidad* (Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945) y el *crimen de genocidio* (Convenio internacional para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948).

Insistiendo en esta línea de pensamiento el *X Congreso Internacional de Derecho Penal* (Roma 1969), estableció en su recomendación V la libertad del Estado requerido para acceder o no a la extradición cuando “el acto inculpativo constituya un delito político de acuerdo con su propio derecho”, negándose tal restricción al derecho de extradición cuando se trate de “autores de crímenes contra humanidad, crímenes de guerra o infracciones graves de las comprendidas en los convenios humanitarios sobre la guerra, suscritos en Ginebra en 1949”.

2. TEORÍA JURÍDICA Y DELITO POLÍTICO.

El delito político tropieza, en primer lugar, con la dificultad de su definición. Esta complicación obedece fundamentalmente a una doble causa: De un lado, la dificultad conceptual de definir, de concretar, qué sea lo político³¹; de otro lado, a la posición, política también, tanto del legislador que lo tipifica como, en determinados casos, del tratadista que lo estudia. Ello hace que, de hecho, exista una clara conexión entre ideología y régimen político (liberal o autoritario), por una parte, y el delito político, por otra. En virtud de ello, el delito político, en su caracterización más primaria y simple, ha consistido siempre en una actividad contraria a la ideología y al régimen jurídico-político vigentes.³²

No obstante esta dificultad inicial para una caracterización del delito político la doctrina ha desplegado un notable esfuerzo en el estudio y fijación conceptual del mismo. La complejidad de la materia ha hecho que dichos trabajos cristalicen en una pluralidad de teorías que, básicamente, pueden articularse en tres grupos: teorías objetivas, subjetivas y mixtas.

31 QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 606; PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 70 y ss; FELCHLIN, P. *Das politische Delikt*, cit. págs. 83, 135 y ss.

32 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 603.

A. TEORÍAS OBJETIVAS.

Las teorías objetivas ven en los delitos políticos lo que Ihering denominó delitos contra el Estado (el Estado es aquí el bien jurídicamente protegido). Entiende Ihering por delito político “todo acto que pueda constituir una amenaza contra las condiciones de vida “del Estado”; “el carácter del delito político –dice– es atacar las condiciones de vida del Estado”.³³

Dichas teorías objetivas seguidas, entre otros, por Lombroso y Laschi, en Italia y por Binding y von Liszt en Alemania, encontraron una genérica formulación doctrinal en la tesis que considera delitos políticos aquellos que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y sus funciones, así como contra los derechos que de ella se derivan para el ciudadano.³⁴

Los planteamientos de las teorías objetivas han tenido su reflejo en determinados textos legales. Entre ellos tenemos:

El *Código penal soviético* de 1926 que en su art. 6 establecía: “... se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado soviético o que lesione el orden jurídico creado por el régimen de los trabajadores para la época de transición a la organización social-comunista”.

La *Ley alemana de extradición* de 1929 que en su art. 3 consideraba delito político “las agresiones punibles dirigidas contra la existencia y seguridad del Estado, contra su Jefe o miembros del gobierno, como tales, o contra la Constitución y los derechos políticos”.³⁵

B. TEORÍAS SUBJETIVAS.

La teorías subjetivas entienden que son delitos políticos aquellos que, con independencia del bien jurídico contra el que atenten (vida e integridad de las personas, propiedad, seguridad en general,...), son cometidos exclusivamente por un motivo o finalidad políticos.³⁶

Esta línea de pensamiento fue la seguida por la escuela positiva italiana, con

33 IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, trad. esp. de D. Abad de Santillán, Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2000, págs. 341 y ss.

34 Sobre la teoría objetiva vid. RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 74 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado...* T. III, págs. 175, 188 y ss; PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 74 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 603 y ss; *Tratado de Derecho penal internacional...* T. II, págs. 235 y ss; ANTÓN ONECA, J. op.cit. págs. 170; FELCHLIN, P. op.cit., págs. 93 y ss, 135 y ss; PAPACHARALAMBOUS, CH. *Das politische Delikt...* cit., págs. 103 y ss, 137 y ss.

35 QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 613; *Tratado de Derecho penal internacional...* T. II, págs. 256 y 258.

36 RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 68 y ss; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado...* T. III, págs. 175, 193 y ss; PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 72 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 604; *Tratado de Derecho penal internacional...* T. II, págs. 236 y ss. y 240; FELCHLIN, P. op.cit., págs. 107 y ss, 108 y ss, 111 y ss, 135 y ss; PAPACHARALAMBOUS, CH. *Das politische Delikt...* cit., págs. 148 y ss.

Carmignani, Ferri y Paoli. Por razones criminológicas referidas a la plural tipología de delinquentes Lombroso y Laschi abandonaron en este punto la dirección marcada por la escuela positiva italiana. En Alemania fueron defensores de las teorías subjetivas Holtzendorf y Radbruch. Este último elaboró la teoría del “delito por convicción” (*Überzeugungsdelikt*) que recogió en su proyecto de Código penal de 1922 y, más tarde, en el proyecto oficial de 1925.³⁷ Por su parte Ferri, como ya hemos visto, trató también de imponer el criterio subjetivo en su proyecto de código penal de 1921, cuyo art. 13 tipificaba como delitos políticos “los cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo”.

En España la teoría subjetiva fue seguida inicialmente por Jiménez de Asúa. En este sentido escribió: “De cuantos puntos de vista se han ensayado para definir el delito político, me parece más tercero el *criterio subjetivo del móvil*, que tiene rancio abolengo en los escritos franceses. La infracción política no se caracteriza por su objetividad, sino por el motivo que anima al transgresor de la norma, y así un regicidio perpetrado por venganzas personales es un delito común y un homicidio o un incendio cometidos con el designio de cambiar un régimen o anular una dictadura, es un delito político”.³⁸ Luego, ante el riesgo de que el criterio subjetivo del móvil político pudiese servir de cobertura a los crímenes de Estado para su consideración como delitos políticos –en este caso concreto los asesinatos de Matteotti y de Amendola por fascista italianos– Jiménez de Asúa, en su pretensión de fijar de modo claro la idea de delito político, se vio en la necesidad de integrar la teoría subjetiva del móvil político con la idea de delincuencia evolutiva. Desde este planteamiento pudo decir: “No debe bastar, para definir las características de un delito político, el móvil de naturaleza política o social que preside los actos del infractor de la norma; es preciso –añade– que sus finalidades sean las de construir regímenes políticos o sociales de catadura avanzada orientados al porvenir”.³⁹

En cualquier caso parece que la teoría subjetiva del delito político carece de consistencia y, como indica Rodríguez Devesa, “es inadmisibles, porque impide toda distinción con los delitos comunes, ya que la motivación política puede concurrir en cualquiera de ellos”.⁴⁰ Esa inconsistencia continúa haciéndose patente aún en la construcción, más ideológica que técnico-jurídica, de Jiménez de Asúa al tratar de

37 Vid. RADBRUCH, G. *Der Überzeugungsverbrecher*, en “Gesamtausgabe”, VIII, (Strafrecht II), bearbeitet von A. Kaufmann, C.F. Müller, Verlag, Heidelberg, 1998, págs. 126-133.

38 *El asesinato de Matteotti...*, cit. pág. 242.

39 *Ibid.* pág. 244.

Más adelante aclara Jiménez de Asúa: “Si un hombre quiere transformar una monarquía absoluta en una república democrática o si desea que la vida económica emprenda nuevos rumbos más favorables a las clases trabajadoras, ejecuta un delito político-social. Pero si sus propósitos pretenden –en pleno siglo XX– mudar en una dictadura de tipo medieval, el gobierno republicano de un país o si quiere revestir con más privilegios a la burguesía imperante, los actos que cometa, subvertiendo las leyes existentes, jamás deben recibir el privilegiado trato de un delito político”. *Ibid.* págs. 244 y 245.

40 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a. *Derecho penal español*, Parte general, 3^a. ed. Madrid, 1973, pág. 195.

caracterizar el delito político integrando la teoría subjetiva con la idea de delincuencia evolutiva. Frente a ese intento está la distinción doctrinal –que el mismo Jiménez de Asúa admite⁴¹– entre delitos políticos puros y delitos complejos y conexos, que tienen la condición de delitos comunes.

C. TEORÍAS MIXTAS.

Frente a los planteamientos de las teorías objetivas y subjetivas ha encontrado gran aceptación en la doctrina jurídico-penal la denominada teoría mixta que combina los criterios objetivo y subjetivo. En este sentido indica Quintano Ripollés: “La delincuencia política, en efecto, no es perfectamente definible sobre un patrón objetivo referente al bien jurídico lesionado, siendo precisa la concurrencia de otro elemento subjetivo, el del móvil, según la doctrina más comúnmente admitida, por resultar las extremas de objetivismo o subjetivismo escuetos, demasiado unilaterales y arriesgadas. Sin profundizar en tan compleja materia del delito político, mucho más todavía en el mundo de hoy, es de recomendar en términos generales –concluye Quintano– esa técnica doble, que es la adoptada en la Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal de Copenhague en 1935”.⁴²

La tesis de la teoría mixta fue iniciada por Manzini y encontró su más brillante defensor en Massari. Seguidores de la misma fueron, en España, J. Antón Oneca y E. Cuello Calón.⁴³ Este autor, recogiendo el espíritu de esta dirección doctrinal concibió los delitos políticos como aquellos que atentan “contra el orden político del Estado, contra su *orden externo* (independencia de la nación, integridad del territorio, etc.) o contra el *interno* (delitos contra el jefe del Estado, contra la forma de gobierno, etc.)”. “También pueden ser considerados como políticos –añade Cuello Calón– todos los delitos, cualquiera que sean, incluso los de Derecho común, cuando fueren cometidos por móviles políticos”.⁴⁴

Las teorías mixtas encontraron su consagración legal en el código penal italiano de 1930 (Código Rocco), en el cual se fusionaron la perspectiva objetiva del código de Zanardelli y la subjetiva del proyecto de Ferri de 1921. En este sentido, el código penal italiano de 1930 disponía en su art. 8: “Es político todo delito que lesiona un interés político del Estado o del ciudadano, así como el común en que, en parte o en todo, viniese determinado por móviles políticos”.⁴⁵

Las formulaciones de las teorías mixtas adolecen, no obstante, de

41 Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Principios de Derecho penal*, cit. pág. 187.

42 *Tratado de Derecho penal internacional...*, T. I, págs. 155 y 156.

43 Sobre la teoría mixta vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 605 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado...* T. III, págs. 196 y ss. y 199; PAPACHARALAMBOUS, CH. *Das politische Delikt...* cit., págs. 158 y ss.

44 *Derecho penal*, T.I. (parte general) vol. I, 16ª ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, pág. 300.

45 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 606 y 613.

insuficiencias y limitaciones y plantean problemas de orden práctico que han sido puestas de relieve por la doctrina.⁴⁶

Aparte de la claridad que pueda arrojar sobre este tipo de problemas la distinción, ya vista, entre delitos políticos puros y delitos complejos y conexos, la doctrina, con ánimo de precisar los conceptos y aclarar y facilitar el planteamiento y la solución de los problemas, ha profundizado en el estudio de las teorías mixtas distinguiendo entre teorías mixtas extensivas y teorías mixtas de carácter restrictivo.⁴⁷

Las teorías mixtas extensivas entienden por “delitos políticos los que atentan contra la organización política o constitucional del Estado y los que se realizan con un móvil o fin político”.⁴⁸ A esta línea de pensamiento responden, en el plano doctrinal, la concepción de Cuello Calón, y en el legislativo la regulación establecida en el art. 8 del código penal italiano de 1930, a los cuales ya hemos hecho referencia.

Las teorías mixtas de carácter restrictivo consideran delitos políticos aquellos que, “atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan además con un fin político”.⁴⁹ A este planteamiento restrictivo corresponde, entre otras, la posición de Rodríguez Devesa. Él entiende por delito político el “dirigido a modificar la Constitución del Estado (impulsado por) una motivación elevada, porque también –dice– pueden cometerse delitos de esta clase por móviles abyectos (precio, sadismo, venganza personal)”.⁵⁰

La diferencia entre uno y otro tipo de teoría reside en que mientras en las *teorías mixtas extensivas* los criterios objetivo y subjetivo se encuentran en una relación alternativa, en las *teorías mixtas restrictivas* la relación entre ambos elementos es de integración; esto es, para que exista delito político deben coexistir los elementos objetivo y subjetivo.

Para el profesor Sainz Cantero la posición de las teorías mixtas restrictivas es la que resulta más adecuada a las necesidades de la política criminal de nuestro tiempo. La razón de ello reside en que “excluye del ámbito del delito político (y, por tanto, del trato privilegiado que se estima debe recibir) tanto a los delitos comunes (homicidio, asesinato, robo, etc.) que se realizan con una finalidad o móvil político, como a los que atentando contra la organización política o constitucional del Estado, se realizan con móvil o finalidad ajena a lo estrictamente político”.⁵¹

46 Ibid. pág. 606; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. op. cit. pág. 195.

47 Vid. SAINZ CANTERO, J.A. *Lecciones de Derecho penal*, (Parte general) 3ª ed. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1990, pág. 442.

48 Ibid. pág. 442.

49 Ibid. pág. 442.

50 Op.cit. pág. 195.

51 Op. cit. págs. 442 y 443.

IV. HACIA UNA TEORÍA DEL DELITO POLÍTICO DESDE LOS SUPUESTOS DE LA TEORÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO. (UN ENSAYO DE ONTOLOGÍA JURÍDICA).

1. SUPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DELITO POLÍTICO.

Desde nuestro específico punto de vista debe distinguirse entre acto ilícito material y acto ilícito formal.

A. ACTO ILÍCITO MATERIAL.

La idea de acto ilícito material presupone la existencia de una conducta *mala per se* y que por razón de su maldad intrínseca resulta prohibida (*prohibita quia mala*) e incluso sancionada. Esa maldad sustancial, material, puede tener una significación positiva (hacer u obrar, como acontece en el asesinato o en el robo) o un sentido negativo; esto es la omisión de una conducta *bona per se* y exigida por el Derecho (omisión del deber de socorro...).

El fundamento último de la ilicitud material la encontramos en el plano de la *legitimidad* en cuanto dimensión constitutiva del Derecho y sólo, de modo secundario, en la positividad (legalidad). La idea de acto ilícito material presupone, en su planteamiento radical, último, la existencia y reconocimiento de un orden ético-objetivo de principios y valores (*ius naturale*). En un plano más próximo o inmediato dicha idea implica la existencia de lo que tradicionalmente se ha denominado Derecho de gentes (*ius gentium*).

Sobre esos supuestos ético–materiales descansa lo que la ciencia jurídico-penal ha denominado habitualmente *delito común*. Se trata de conductas que encuentran el fundamento de su rechazo, reprochabilidad y punibilidad en el hecho de que lesionan o ponen en peligro bienes cuya validez es generalmente aceptada dentro de un determinado círculo cultural. A este tipo de delitos pertenecen, entre otros, el homicidio, el robo, la injuria, el fraude...

En el supuesto del delito común la acción delictiva, en cuanto violación del Derecho, afecta tanto a la *legitimidad* como a la *positividad* (legalidad) en cuanto dimensiones constitutivas del mismo. Legitimidad y positividad, en este caso, se encuentran en una relación de perfecta correspondencia o armonía.

B. ACTO ILÍCITO FORMAL.

La noción del acto ilícito formal es una creación artificial del Derecho positivo y aparece referida a una conducta que desde el punto de vista ético-jurídico, por su propia naturaleza, es legítima, buena (*bona per se*) o indiferente pero que al ser prohibida y sancionada por el legislador se convierte en ilícita (*mala quia prohibita*). Otro supuesto de acto ilícito formal sería el constituido por la

desobediencia a la norma que prescribe, bajo la amenaza de una sanción incluso, la realización de una conducta intrínsecamente injusta (*mala per se*) (tortura, ejecución de inocentes, etc.). En este caso se trata pues de una conducta de signo negativo (omisión) que se castiga no porque sea *mala per se* sino porque es contraria a lo prescrito por la norma (*mala quia prohibita*).

El fundamento de la ilicitud formal no reside pues en el plano de la *legitimidad* del Derecho sino en el de la mera *positividad* (legalidad). Por ello el acto ilícito formal o artificial viola la *positividad* del Derecho pero no la legitimidad. Se trata de una conducta ilegal pero no ilegítima, produciéndose en tal caso, dentro del sistema jurídico, un *conflicto entre legitimidad y positividad*.

2. CONSECUENCIAS EN ORDEN A LA DETERMINACIÓN DE LA CRIMINALIDAD DEL OBRAR HUMANO.

Desde los supuestos que acabamos de esbozar y en relación con la naturaleza y consideración de las diversas formas de criminalidad política que en su momento distinguimos (vid. epígrafes II.1) tenemos:

A. CRÍMENES DE ESTADO.

Respecto del *crimen de Estado* (actos criminales –*mala per se*– que para el cumplimiento de determinados “fines políticos” lleva a cabo el Estado mediante sus órganos y agentes) la *politicidad* de la acción no radica en la materia o contenido de la misma, que es sustancialmente ilícita, materialmente injusta (*mala, iniusta per se*), sino en las razones o motivos (“razones políticas”) por las cuales el Estado la realiza. En este supuesto no debe hablarse de delito político sino de delito común (complejo o conexo, según los casos) que no puede justificarse apelando a razones o motivos políticos. Se trata de conductas cuya naturaleza intrínsecamente ilícita (*mala per se*) no puede ser alterada y coonestada por la finalidad política perseguida por el Estado, convirtiéndolas en delitos políticos. Se trata, insistimos, de un delito común, complejo o conexo, según los casos, pero nunca de un delito político.⁵²

B. CRÍMENES CONTRA EL ESTADO.

En el caso de los delitos contra el Estado (acciones que atentan contra la seguridad, la organización, constitución y funcionamiento del Estado) hay que distinguir –sobre la base de la problemática idea de legitimidad política

52 Sobre la cuestión véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, L. . *El asesinato de Matteotti...*cit. pág. 242 a 245 y 251; *Tratado...*cit. págs. 184 y ss, 215 y ss; RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 324 y ss, 337 y ss; GARZÓN VALDÉS, E. op.cit. págs. 860 y ss.

(problemática por las dudas y dificultades prácticas que plantea⁵³)— dos supuestos:

a) De un lado, la acción delictiva dirigida contra un Estado *legítimo*. En este caso, puesto que el Estado es un instrumento del bien común, y forma parte del denominado por la Ética social bien común externo o instrumental,⁵⁴ el Estado constituye un bien digno de protección jurídica. Por ello la actuación que atenta contra el Estado legítimo es ilícita (*mala per se*) y constitutiva de un delito común (acción *prohibita quia mala*), y no político, que no merece ninguna consideración ni trato privilegiado.⁵⁵ Esta es la orientación de las actuales tendencias doctrinales y legislativas que entienden que “si se toman en serio las instituciones políticas no cabe por menos de reputar los delitos que contra ellas se dirigen como sumamente graves”.⁵⁶

En el supuesto de que la acción dirigida contra el Estado legítimo esté impulsada por “motivos políticos” esta circunstancia —con independencia de la función que pueda jugar en la valoración y concreción de la responsabilidad jurídica— no puede transmutar la ilicitud sustancial de la mencionada conducta como acción *mala per se* y constitutiva por tanto de un delito común (complejo o conexo, según el caso) y no de un delito político. Tal sucede, por ejemplo, con las actuaciones criminales de ciertas bandas y grupos terroristas como ETA, las cuales —operando unas veces directamente contra instituciones del Estado, y otras contra bienes privados (personales y reales)—, nunca deberían ser consideradas como delitos políticos sino como delitos comunes merecedores del más duro castigo.

b) De otro lado tenemos el supuesto de la actuación dirigida *contra el Estado ilegítimo* o contra el *ejercicio ilegítimo del poder público* que viola el orden constitucional y los derechos humanos reconocidos y garantizados por el mismo. Se trata en este caso de una acción legítima, *bona per se*, que encontraría su fundamentación ético-jurídica en el “*derecho de resistencia*” frente al poder injusto. Dicho derecho, como recuerda U. Klug, constituye un “*derecho humano universal*” de naturaleza suprapositiva, que ha sido reconocido en varios textos constitucionales de nuestro tiempo.⁵⁷ Se trata, insistimos, de una acción *bona per se* pero *mala quia prohibita*, en

53 Hablamos de la problematicidad de la idea de *legitimidad política* —y nos acogemos a ella al carecer de otro asidero más firme— porque en la práctica la idea de legitimidad política nos coloca ante la difícil y delicada situación de tener que discernir y concretar qué Estados o poderes, aquí y ahora, son ilegítimos, cuestión plagada de dudas y dificultades, entre otras cosas por los condicionamientos ideológicos que no siempre permiten planteamientos nítidos y objetivos.

Véanse al respecto las observaciones de QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional...* T. II, págs. 243 y 244.

54 Vid. UTZ, A. F. *Ética social*, T. I, (Principios de la Doctrina social), trad. esp. de C. Latorre Marín, Ed. Herder, Barcelona, 1961, págs. 82, 227 y ss, 369 y ss.

55 Vid. PAPADATOS, P.A. op.cit. págs. 149 y ss; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Delito político*, cit. pág. 607; PAPACHARALAMBOUS, CH. op. cit., págs. 248 y ss.

56 RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho penal español*, (Parte especial) 5ª ed. Madrid, 1973, pág. 528.

57 KLUG, U. *El Derecho de resistencia como derecho humano universal*, en op.cit. en especial págs. 45 a 52. Recuerda Klug que este derecho fundamental aparece reconocido en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20.4) y en las constituciones de algunos Länder y ciudades (Hesse, Bremen, Berlín...) Ibid. págs. 43 y ss. Véase también DREIER, R. *Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, en el vol. “Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat”, herausgegeben von P. Glotz, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1983, págs. 54 a 73.

cuanto que, lógicamente, estará prohibida y castigada por el poder ilegítimo contra el cual se dirige.

En cuanto especie de lo que hemos denominado acto ilícito formal o artificial la actuación contra el poder ilegítimo, en los términos aquí descritos, se configura como una manifestación de las posibles conductas que integran el contenido de lo que entendemos por delito político en sentido propio o estricto.

C. DELITOS POLÍTICOS EN SENTIDO PROPIO.

En términos generales el delito político en sentido propio consiste siempre en actos o comportamientos lícitos (*bona per se* o éticamente indiferentes) pero que, por “razones políticas”, están prohibidos y castigados.

Hablamos de delito político en sentido propio porque en tal supuesto la figura delictiva es una creación puramente artificial, arbitraria, del poder político.⁵⁸ De modo análogo a como en el *crimen de Estado* la “razón política” pretende cohonestar lo ilícito prescribiendo y dignificando (discerniendo honores, recompensas...) conductas que *per se* son ilegítimas, injustas, criminosas, en el caso del *delito político* la “razón política” (puesta de al servicio de intereses políticos ilegítimos) trata de convertir lo éticamente lícito (*bona per se* o indiferente) en ilícito, mediante su prohibición y castigo (*mala quia prohibita*).

3. CARACTERIZACIÓN DEL DELITO POLÍTICO.

A. NOCIÓN Y ELEMENTOS.

a) Noción.

Según acabamos de adelantar el delito político puede caracterizarse como una acción materialmente lícita (*bona per se* o éticamente indiferente) que por “razones políticas” es tipificada como delictiva.

Dentro de esas acciones materialmente lícitas que el poder convierte en delictivas (*mala quia prohibita*) cabe distinguir dos tipos:

a) De un lado, las acciones de *signo positivo* que, de ordinario, consisten en el ejercicio de determinados derechos fundamentales (libre expresión del pensamiento, libertad de asociación y de reunión, derecho de huelga, etc.) incluido el derecho de resistencia al poder ilegítimo.

b) De otro lado, acciones de *signo negativo* (omisiones). Así, la negación a realizar determinados actos materialmente ilícitos (*mala per se*), –asesinatos, torturas, detenciones, robos, delaciones, etc.– cuando dichos actos resultan prescritos por “razones políticas” y su incumplimiento tipificado como delictivo.

⁵⁸ Ruiz Funes habla al respecto de las “leyes arbitrarias” mediante las cuales el poder político crea la figura del delito político. RUIZ FUNES, M. op.cit. págs. 313 y ss, 323, 331 y 332.

b) Elementos.

Desde un punto de vista estrictamente formal el delito político está constituido por los elementos que son comunes a todo tipo de delito y que han sido estudiados y definidos por la *Ciencia del Derecho penal*; concretamente, por la Teoría general del delito. Esta, en las diferentes definiciones que ha elaborado de la infracción penal hace mención de dichos elementos.

Una definición clara y sintética del delito es la acuñada por F. von Liszt en su *Tratado de Derecho penal*. Para von Liszt “el delito es el acto culpable, contrario al Derecho y sancionado con una pena”.⁵⁹ Más analítica y completa es la dada por E. Mezger en su *Compendio de Derecho penal*, –integrando la formulada anteriormente en su *Tratado de Derecho penal*–⁶⁰ al definir el delito como “la acción típicamente antijurídica, culpable y amenazada con una pena”.⁶¹ Según esta última concepción los elementos del delito serían la acción, la antijuricidad típica, la culpabilidad y la punibilidad.

El delito es una especie del género más amplio constituido por los actos contrarios al Derecho. Por ello en la consideración de los elementos del delito político nos vamos a ajustar al esquema general de los actos contrarios al derecho esbozado al principio de este trabajo (epígrafe I. 2). Según dicho esquema el delito político sería una realidad compleja integrada por un elementos objetivo y otro subjetivo.

1. ELEMENTO OBJETIVO.

El elemento objetivo posee a su vez una doble dimensión, material y formal.

a) *La dimensión material* está constituida por la acción o conducta lícita o éticamente indiferente que el legislador, por “razones políticas”, tipifica como delictiva.

b) *La dimensión formal* comprende, según el planteamiento de Mezger, la antijuricidad típica y la punibilidad.

1º.– En relación con la *antijuricidad típica*, entendida como cualidad de la acción que contradice, que contraviene, las normas objetivas del Derecho (sin que medien *causas de justificación* de dicha conducta),⁶² hay que indicar que en el delito político dicha antijuricidad es puramente *formal* (mera transgresión de lo dispuesto por la norma jurídica). No existe antijuricidad *material* porque en el delito político

59 Op.cit. T. II, cit. pág. 264, vid. pág. 262 y 263.

60 En dicha obra Mezger define el delito como “la acción típicamente antijurídica y culpable”. *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por J.A. Rodríguez Muñoz, T. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 163.

61 *Deutsches Strafrecht*, Ein Grundriss, 2ª Aufl. Berlín, 1941, pág. 62.

62 Vid. MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal*, T. I, cit. págs. 281 y ss.

—al tratarse siempre de una conducta materialmente lícita— no hay nunca lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁶³

La *tipicidad*, en cuanto descripción externa y objetiva de la acción delictiva, no es un elemento independiente de la antijuricidad sino su forma lógica; la forma lógico-lingüística de la antijuricidad, mediante la cual el legislador cumple con las exigencias y garantías del principio de legalidad de los delitos. De ahí que al margen de caracterizaciones más modernas del delito —en donde la tipicidad y la antijuricidad aparecen como elementos separados, independientes⁶⁴— hayamos partido de la formulación de Mezger en donde antijuricidad y tipicidad aparecen unidas como materia y forma lógica del delito, considerando el delito como “la acción *típicamente antijurídica*, culpable y punible”.⁶⁵

Al ser el delito político una creación artificial del legislador su *politicidad* (dimensión política) posee una significación fundamentalmente objetiva y formal que se identifica con la antijuricidad típica establecida por el legislador. Se trata siempre de una acción *mala quia prohibita*.

2º.— La *punibilidad* supone la posibilidad de que una conducta contraria al derecho pueda ser sancionada con una pena. Esta nota distingue al delito de otros tipos de infracciones jurídicas.⁶⁶

2. ELEMENTO SUBJETIVO.

El elemento subjetivo del delito político (y en general de todo delito) aparece constituido por la *voluntariedad* del comportamiento típicamente antijurídico y punible. Decir que una acción o comportamiento son voluntarios significa que los mismos son contenido de la voluntad del sujeto; que han sido queridos por él. El carácter voluntario de la acción determina la *culpabilidad* del agente (siempre que no existan *causas de exclusión* de la culpabilidad) y la consiguiente *responsabilidad jurídica*, en virtud de la cual el delito se imputa a dicho agente, con todas las consecuencias jurídico-penales que ello implica.⁶⁷

En relación con el elemento subjetivo conviene insistir una vez más en que cuando se trata de conductas *mala per se* (asesinatos, robos, secuestros, daños, etc.)

63 Sobre la distinción entre antijuricidad formal y material vid. ANTÓN ONECA, J. op.cit. págs. 203 y ss.; SAINZ CANTERO, J.A. op.cit. págs. 559 y ss.

64 J. A. Sainz Cantero define el delito como “la conducta humana, típica, antijurídica, reprochable a su autor (culpable) y punible”. op. cit. pág. 473. Por su parte F. Muñoz Conde caracteriza el delito como “la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible”. *Teoría general del Delito*, 2ª. ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pág. 20. Véase también W. Hassemer y F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 80 y ss.

65 Vid. MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal*, T. I, cit. en especial págs. 298 y 300.

66 ANTÓN ONECA, J. op.cit. pág. 156.

67 LISTZ, F. von. op.cit. págs. 387 y ss; MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal*, T. II, trad. de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho español por J. A. Rodríguez Muñoz, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1935, págs. 7 y ss, 33 y ss.

llevadas a cabo por “móviles políticos”, la intencionalidad política nunca puede convertir tales actos de criminalidad común en delitos políticos. En tal supuesto se trata siempre de delitos comunes complejos o conexos, según el caso.

B. NATURALEZA Y FUNDAMENTACIÓN.

De lo anteriormente visto se deduce que el delito político es, esencialmente, una *construcción artificial* del legislador mediante la cual, y por “razones políticas”, una conducta *per se* lícita o éticamente indiferente pasa a ser considerada como ilícita (*mala quia prohibita*) y, por ello, sancionada con una pena.

Por razón de esa artificialidad el delito político se configura como un *acto ilegal pero legítimo*, cuya fundamentación última no reside ya en la legitimidad, en cuanto dimensión constitutiva del Derecho, sino en la mera, *positividad (legalidad)* siendo así un simple producto de la voluntad del legislador. El delito político implica por ello un *voluntarismo radical*, un decisionismo nihilista que subvierte el orden ético-jurídico al disponer que lo lícito sea considerado y tratado como ilícito o lo ilícito como lícito, produciendo con ello una tensión, un *conflicto* entre la *legitimidad* y la *positividad* en cuanto dimensiones ontológicas del Derecho.

Esa tensión y conflicto entre legitimidad y positividad afecta incluso a la norma mediante la cual se tipifica y crea el delito político. En principio, la norma jurídica, en cuanto precepto, implica armonía y correspondencia entre la razón y la voluntad, de modo que ésta debe mandar o prohibir lo que la razón ha descubierto previamente como naturalmente lícito y justo, en un caso, e ilícito e injusto, en otro caso.⁶⁸ En el supuesto de la norma que tipifica el delito político desaparece esa armonía entre razón y voluntad; la voluntad desplaza y anula a la razón y la norma queda reducida al mero dictado de una voluntad arbitraria que no reconoce, mejor aún, que niega y viola los valores y las exigencias de la racionalidad.

C. RESULTADOS.

La configuración del delito político en los términos anteriormente expuestos proyecta múltiples consecuencias sobre el orden jurídico-político. Entre ellas cabe destacar dos:

a) *La subversión de los valores que integran el orden jurídico-político y la politización de la Moral y del Derecho.* Ello significa que en virtud del voluntarismo político que crea la figura del delito político el valor de la “conveniencia o utilidad política” (“razones políticas”) desplaza y suplanta los órdenes propios de la Moral (*bonum*) y del Derecho (*iustum*), al pretender transmutar, en un caso, lo materialmente lícito (*bona per se*) o éticamente

⁶⁸ Sobre la significación de la norma jurídica como precepto véase mi libro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 91 y ss.

indiferente en ilícito (*mala quia prohibita*), y, en otro caso, al intentar cohonestar lo materialmente ilícito (*mala per se*) presentándolo como algo lícito y debido. La Moral y el Derecho son desplazados y suplantados por la “política”. Lo bueno y lo justo dejan así de ser valores objetivos, permanentes, para convertirse en un mero reflejo de lo que, en cada momento, interesa al poder político.

b) *La consideración del disidente político como enemigo*. Desde los supuestos que hacen posible la construcción del delito político la relación entre *poder* y *oposición política* adquiere la dimensión radical de una auténtica guerra. La disidencia política no es considerada como motor y condición de una mera pugna (*agón*) por el ejercicio del poder, que encuentra su articulación y cauce constitucional en la confrontación democrática de los partidos políticos,⁶⁹ sino como germen de la antítesis amigo-enemigo que posee ya, en estado de latencia, la lucha por la existencia frente al enemigo (*hostis*); la guerra (*pólemos*) en su nuda radicalidad.⁷⁰

Consecuencia de este planteamiento es que frente al disidente, en cuanto enemigo (*hostis*), se entienda que no se trata ya de librar una lucha “agonal” para derrotarle y conquistar el poder, como acontece en la pugna democrática de los partidos políticos, sino que –como entendió la doctrina jurídicopenal del nacionalsocialismo⁷¹– de lo que se trata ahora es de una guerra (*pólemos*) a muerte con el enemigo (el disidente político). Aquí no basta con desalojar al enemigo del poder o bloquearle el acceso al mismo sino que es necesario perseguirle implacablemente hasta su neutralización total o su aniquilamiento.

La Manga del Mar Menor.
27 de agosto de 2000.

69 Vid. RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. Medina Echavarría, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, págs. 81 y ss.

70 Vid. SCHMITT, C. *El concepto de la política*, en “Estudios políticos”, trad. esp. de F. J. Conde, Ed. Doncel, Madrid, 1975, págs. 99 a 103.

71 Vid. RADBRUCH, G. *¿Derecho penal autoritario o social?*, cit. en especial las págs. 87 a 91.