

EL NUEVO *NOMOS* SUPRAESTATAL Y ESTATAL

La normalización de la excepción como elemento constitutivo de un nuevo orden

Antonio Giménez Merino y José Luis Gordillo Ferré*

Sumario

I

1. Un gran vacío de poder (el soberano ausente)
2. La institución simbólica del miedo
3. El nuevo *Nomos*

II

4. Caracterización del derecho penal de autor
5. El derecho penal de autor hoy
6. Sobre la legitimación social del derecho penal de autor

III

7. Conclusión
8. Bibliografía

Resumen

Contrariamente a la creciente percepción de hallarnos ante formas transitorias de excepcionalidad política y económica que debilitan al Estado Constitucional de Derecho, aquí se sostiene que nos hallamos en realidad ante un nuevo *Nomos*: un sistema de poder planetario que deja el campo de la regulación jurídica supeditado a la ley del más fuerte, reduciendo a su mínima expresión lo que se conocía como “la edad de los derechos” y devolviendo a la soberanía a su concepción original de nuda voluntad de poder. Tras una contextualización de estos problemas, se ha tomado el caso de la extensión del derecho penal de autor como sintomático de esta situación, aunque no represente más que un lado de la misma.

* Profesores titulares de Filosofía del Derecho, Universidad de Barcelona. Proyecto de Investigación “La legitimidad de la gobernanza en tiempos de crisis: análisis del funcionamiento del Método Abierto de Coordinación (MAC) en España, Portugal e Italia de 2010 a 2015” (DER2014-53891-P).

I

1. Un gran vacío de poder (el soberano ausente)

En una reciente nota editorial de la revista *Carta Maior* (Leblon, 2015) se hacía una analogía entre la situación de confusión política en Brasil —que finalmente ha dado lugar al *impeachment* contra la presidenta Rousseff— y la italiana de 1992.

En 1992, la histórica operación de la magistratura italiana contra la corrupción conocida como *Mani Pulite* puso fin, en un par de años, a la política de la I República italiana. Todo un triunfo, al menos inicialmente, del estado de derecho y sus contrapoderes independientes frente a la corrupción político-empresarial firmemente arraigada en un país que había contemplado un fuerte crecimiento desde el *boom* económico de los cincuenta, al punto de instalarse en el grupo de los 8 países más industrializados del mundo. Esta situación de corrupción generalizada, lejos de ser un fenómeno típico de dictaduras, ha sido la nota dominante en todos aquellos países que han experimentado un desarrollo acelerado, como el caso de Italia o el más reciente de España. Hete aquí la grave crisis institucional que atraviesa actualmente Brasil, donde de los de 513 diputados de los que tienen datos, 299 aparecen investigados en procesos judiciales y 76 han sido ya condenados —según datos de Transparency Brazil (Romero y Sreeharsha, 2016)—.

Superada la crisis italiana de 1992, con un rosario de cadáveres políticos entre los partidos tradicionales, la continuación por todos conocida fue el largo periodo de gobiernos Berlusconi, con sus reformas legales para adelgazar los instrumentos de control de la legalidad en manos de los magistrados. Italia registraba el dominio de un partido populista con el apoyo de los grandes poderes financieros, de los que formaba parte el gran holding del primer ministro, así como el resurgir de la democracia plebiscitaria instrumentalizada a través de los *media* (tanto los de la red privada Mediaset controlada por el propio Berlusconi, como la RAI, antiguo símbolo del pluralismo político italiano).

Lo paradójico de este proceso es que terminó tal y como había empezado: con la salida forzada de Berlusconi por la inmensidad de procesos judiciales incoados contra sus

abusos de poder. Aunque con una democracia avanzada como la de Italia de la constitución republicana (la misma que permitió la persecución de la corrupción gracias a los amplios poderes otorgados al cuerpo de fiscales, independiente del judicial) sumamente debilitada.

Durante este largo proceso se ha puesto de manifiesto la inexistencia de alternativas consistentes a los programas de estado mínimo que, mientras tanto (desde el Acta Única Europea al Consejo de Lisboa, pasando por el Tratado de Maastrich), se han ido institucionalizando en la Unión Europea, en el sentido de que no ha aparecido en escena ninguna fuerza política de base popular con fuerte implantación social y una alternativa política consistente. El electorado, antes tan activo, estaba a esas alturas fuertemente despolitizado, y el clamor del demos contra la corrupción no ha venido acompañado de participación directa estable en la política.

No resulta pues extraño que, mientras se registra por todos lados un clamor popular para que el poder judicial se ocupe de resolver una corrupción político-económica de carácter estructural, haciendo valer la salvaguarda de la legalidad instituida, su capacidad práctica de intervención haya quedado en cambio enormemente disminuida por la actividad adelgazadora de dicho poder por parte de los partidos mayoritarios, tanto a través de reformas tendentes a dificultar su actuación (sometimiento de la fiscalía a los gobiernos, minoración de los tiempos de instrucción de los procesos, protección del honor del imputado, aplicación de tasas onerosas a los justiciables, marginación de los jueces considerados como *peligrosos*, congelación de concursos de magistrados, presión sobre su ratio de productividad) como a través de una campaña continua de desprestigio de la imagen de los jueces. Con razón éstos, a uno y otro lado del atlántico, se defienden diciendo que no es su función restablecer el anormal funcionamiento de la esfera legislativa y administrativa.

Este escenario apunta a un fenómeno de fondo que señaló Pasolini, con gran anticipación, en los años setenta: el gran “vacío de poder” que asomaba bajo la Italia de los años de su gran desarrollo industrial. Un poder económico cada vez más organizado, internacionalizado e hibridado en las estructuras del estado estaba en condiciones de poder prescindir por fin del sujeto incómodo que fue siempre el “pueblo” (Agamben, 2001: 34) en el sentido político, no sociológico, del término. Pues éste se había convertido “en un tugurio de pequeños burgueses que por fin habían logrado comprarse

un televisor” (Pasolini, 1963) por mor del efecto alucinógeno del consumismo asociado al mismo desarrollo acelerado.

2. La institución simbólica del miedo

Cabe preguntarse, en este punto, cuáles han sido las condiciones que se han dado para que el estado de derecho se encuentre en una situación tan débil como la actual para defender los derechos y garantías proclamados en las constituciones y el orden internacional.

Y lo primero que hay que recordar es que, históricamente, la legitimidad inicial de que se han dotado todos los estados fundamentados de algún modo en la referencia a un soberano popular ha corrido en paralelo con otra que finalmente la ha terminado por fagocitar: la del miedo, que ha alumbrado el *paradigma securitario* moderno o hobbesiano (“ese paradigma que sacrificaba toda aspiración ética de la política a la posibilidad de garantizar la paz interna mediante la concentración de la fuerza en manos del organismo soberano”) y también el contemporáneo (“una poderosa máquina de producción de desorden y de inseguridad”) [Revelli, 2008: 53-54].

La lógica schmittiana del enemigo no es, como cree Agamben, el motor de esto, sino más bien algo que lo alimenta. Internamente, como lo estamos viendo en Europa con la deriva autoritaria frente a la “amenaza” de los refugiados que es contemplada desde el punto de vista del agravamiento que supondrían para excedente de mano de obra ya disponible, y no desde el derecho internacional humanitario. Y externa o sistémicamente, si contemplamos los fenómenos de la “guerra permanente contra el terrorismo” —del que nos ocuparemos en la segunda parte—, por un lado, y la consolidación de la tecnocracia como método normal de gobierno (Rodotà, 1997; Ramonet, 2016), por el otro.

El miedo generalizado suscitado por la sacudida económica de 2008, y por la idea reproducida una y otra vez desde los campos político y económico de hallarnos *ante un único camino*, no ha hecho más que profundizar las soluciones tecnocráticas o plutocráticas. La carta tremendamente coactiva enviada por BCE al gobierno Tremonti en 2011 reclamando para Italia la constitucionalización de los presupuestos equilibrados y una batería de recortes sociales sobre áreas protegidas por el mismo texto

constitucional (Canfora, 2013: 49-51) bien puede ser interpretada como una expresión de la *jaula de hierro* que atenaza a los países azotados por la llamada “crisis de la deuda”. En España, en efecto, se produjo un movimiento similar con la reforma constitucional *express* para garantizar el pago de la deuda y la permanencia en la zona euro. El nuevo artículo 135 de la Constitución española, que considera el pago de la deuda pública una “prioridad absoluta”, al afectar a la financiación de todo el estado afecta por tanto a todos los poderes regulados en la Constitución. Se trata, en realidad, de una reforma material de *toda* la Constitución porque todos los poderes regulados en ella pueden verse limitados en sus funciones por la prioridad del pago de la deuda y por su supeditación a los techos de déficit dictados desde Bruselas. Y también en Grecia, más recientemente, con el conjunto de políticas privatizadoras y desreguladoras exigidas por la UE tendentes a lo mismo. Las consiguientes formas legales de excepción (decretos de urgencia, leyes ad-hoc, reformas constitucionales a medida) para gestionar la crisis, y el recurso a la coacción en forma de suspensión del flujo de crédito a los países endeudados, ponen en evidencia la impracticabilidad de la neutralización del conflicto social por medios jurídicos a la que hemos llegado.

El resultado de todo esto, en suma, está siendo la suspensión *por tiempo indeterminado* de muchos derechos y garantías del estado constitucional: tanto en el ámbito social, como consecuencia de la gestión neoliberal de la economía, como en el de los derechos de libertad, sometidos a una creciente limitación desde el 11-S (como estamos viendo en Francia con la segunda prórroga al estado de emergencia decretado por el presidente Hollande tras los atentados de París) y también como respuesta a la creciente indignación de las poblaciones depauperadas por los recortes sociales.

Se trata de medidas populares desde el punto de vista del paradigma securitario que nominalmente se trata de restablecer, pero no desde el del vaciamiento de la democracia que suponen, en el doble sentido del debilitamiento propiamente dicho de los derechos y garantías y en el de la conversión de la “excepcionalidad” en un *Nomos* de contornos difusos y generalizados. Requieren, por tanto, de una legitimación reforzada.

En el ámbito político-económico, ésta se está produciendo, por un lado, mediante el viejo mecanismo representativo. En el panorama de la gobernanza —considerando su aún débil legitimación democrática— la democracia representativa no es ni mucho menos un obstáculo “nacional” a las políticas globales, sino un instrumento *necesario*

para la internalización de dichas políticas por los países (como sucede con la transposición interna de las normativas y los programas estratégicos europeos negociados entre sus instituciones formales y los grupos corporativos con sede en Bruselas). Y, complementariamente a esto, mediante un importante esfuerzo por adherir a las poblaciones a la gobernanza, sobre todo a través de la responsabilidad social corporativa y la promoción de la llamada “economía de emprendedores”.

Este haz de problemas cuenta con un problema añadido recurrentemente señalado desde la sociología, al que nos referíamos en el primer apartado: la progresiva sustitución del ciudadano activo por el consumidor pasivo. Una manifestación de ello es que la acción estatal sea crecientemente valorada en términos de su eficacia en la creación de empleo o en la contención de la inflación, y no por su capacidad de mantener el sistema asistencialista público —que en el marco de las viejas políticas keynesianas era percibido como salario indirecto—. Así, la estrepitosa crisis del PT en Brasil, tras 30 años de legislaturas, o la crisis del socialismo europeo, pondrían de manifiesto que las políticas distributivas dependientes de un crecimiento económico sostenido, si no van acompañadas de una movilización fuerte de base que mantenga politizado al segmento trabajador mayoritario, están condenadas al fracaso en el momento en que se produce una recesión.

Brasil está reproduciendo el caso español del periodo anterior a la crisis de 2008, donde se extendió la falsa consciencia de un bienestar económico duradero sobre la supuesta estabilidad del ciclo expansivo de la economía, con la consiguiente confianza en la movilidad social ascendente basada en el endeudamiento y en el consumo. La progresión intensa del mercado hipotecario en ambos países ha simbolizado este proceso de financiarización de los consumidores destinada a elevar la demanda agregada del país, pero con el elevado riesgo, como se ha visto, de un endeudamiento insostenible (Lorente y Capella, 2009).

Una de las caras del miedo a la crisis es la violencia. El malestar social por la evolución de la economía, en condiciones de debilidad del experimentalismo democrático de la ciudadanía, tiende a expresarse en actitudes violentas, como queda plasmado en el ascenso de la extrema derecha en Europa o en la brutalización de las relaciones sociales en Brasil (Singer, 2015). Un buen caldo de cultivo para las derivas autoritarias de los estados. Si observamos el viraje que en el mismo sentido está teniendo lugar en

EE.UU., en Venezuela, o en Argentina, la perspectiva mundial no parece especialmente alentadora.

3. El nuevo *Nomos*

El gran vacío de poder de que partíamos lo es de poder político en su acepción clásica. La soberanía estatal-popular ha sido colonizada por el poder coercitivo de las grandes alianzas y poderes militares agregadas en torno a la OTAN, el poder coactivo de la economía transnacional y el simbólico de los medios de comunicación, ampliamente utilizado por los dos primeros. En consecuencia, es lógico que la producción legislativa (cada vez más dúctil, procedimentalizada, subordinada a la urgencia, negociada con actores extraterritoriales de legitimidad diferida) haya quedado en manos de la voluntad del más fuerte.

Y en este sentido, la idea cada vez más consolidada de hallarnos ante un periodo de excepcionalidad político-jurídica tiene el defecto de dar a entender, *a sensu contrario*, que las cosas pueden volver a la vieja normalidad del estado constitucional de derecho (donde la excepcionalidad era contemplada desde su naturaleza transitoria). Idea que topa frontalmente con la realidad y que por tanto debe ser rechazada.

La dualidad conceptual normalidad/excepcionalidad ha sido, en efecto, característica de la doctrina iuspublicista del s. XX, donde las ideas de soberanía y estado constitucional tenían un marco de referencia estable. Pero la realidad que se ha impuesto sobre todo desde la crisis de 2008, sin embargo, contradice esto:

Por arriba, por las durísimas políticas de ajuste y austeridad impuestas a los países en recesión por organismos que se rigen sin apenas mecanismos de control por las poblaciones afectadas por sus decisiones (La Comisión Europea, el BCE y el FMI en el caso europeo), pero sobre todo por los tenedores de la deuda pública de dichos países (como ejemplifica la oposición alemana a políticas expansivas en Europa, o la presión exterior sobre Brasil para que mantenga elevados los tipos de interés de su deuda: Khair, 2015). Esto choca frontalmente con el carácter temporal de la revocación de los derechos sociales en situaciones de crisis prescrita por la Carta Social Europea o por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y revierte

directamente en la debilidad *estructural* de los estados para dotar de contenido a estos derechos en relación al poder coactivo de los mercados internacionales.

Por abajo, como ha señalado Ferrajoli (Ferrajoli, 1999: 37), por la consolidación de la naturaleza de *status* que ha adquirido la ciudadanía desde el punto de vista del creciente número de personas que carecen de condiciones mínimas de vida, tanto internacionalmente (con más de 60 millones de personas sin ciudadanía ejercitable en el mundo, según los últimos datos de ACNUR, 2014) como en el interior mismo de los países desarrollados (como ejemplifica la evolución de la pobreza en España significada en los informes sobre la evolución de la pobreza, con sólo un 34% de personas que viven sin carestías esenciales: FOESSA 2014).

Para las empresas multinacionales y para los mercados financieros la mayoría de estados son vistos como organizaciones administrativas subordinables, que pueden ser atacadas o sostenidas según su disponibilidad o no a garantizar la amortización de su deuda y a crear las condiciones favorables a la inversión internacional. En este sentido, cobra verosimilitud el trágico análisis de prospectiva sobre el futuro del estado de Eduardo Faría (FARÍA: 2011: VI), para quien cabe aguardar una política basada en dos frentes: por un lado, garantizar los derechos de propiedad material e intelectual, los contratos de inversión internacionales, el orden público y los “ambientes de negociación” más propicios para los agentes económicos, en el marco de regímenes regulatorios policéntricos basados en las reglas flexibles de la gobernanza; por otro lado, diseñar “estrategias de focalización” que, renunciando decididamente a la universalización de los derechos, se limitarían a mantener niveles mínimos de cohesión social concentrando los cada vez más limitados gastos sociales en los sectores sociales en situación-límite (desahuciados, desempleados, inmigrantes, trabajadores temporales, jóvenes en espera de su primer empleo, etc.). La firma reciente del Acuerdo Comercial Transpacífico (TTP) o las negociaciones opacas en curso para la firma de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (TTIP) no harían más que caminar, reforzándola, en esta dirección. Igual que el Documento sobre el salario máximo europeo que se está negociando en el seno de la Comisión Europea para instituir una “Competitiveness Authority”, de carácter independiente, con competencia para determinar el nivel máximo de salarios permitido en los países de la zona euro.

Desde este punto de vista, la desigualdad ha dejado de ser considerada en términos morales y ha pasado a serlo en términos pragmáticos: por las disfuncionalidades que implica en materia de orden público, tanto por el lado de la creciente brecha entre ricos y pobres como por el de la respuesta política que puede crecer al abrigo del hecho fundamental de nuestro tiempo que es la desigualdad. El fortalecimiento del poder represivo de los ejércitos, las policías públicas y privadas y los sistemas penales, una de las funciones más básicas de los estados, es la consecuencia más ominosa de esto. El decisionismo supraestatal se ha trasladado ya a nivel estatal. Valga como ejemplo, en ese sentido, el retorno del derecho penal de autor.

II

4. Caracterización del derecho penal de autor

Por derecho penal de autor se debe entender todo conjunto de normas punitivas que sanciona la actitud interna del sujeto (Gómez Martín, 2007: 25-32). En acertada expresión de Luigi Ferrajoli, el derecho penal de autor castiga por lo que se es, no por lo que se hace. Se trata, por tanto, de un sistema penal que viola el principio de la responsabilidad por el hecho, un principio básico del *canon* ideal del derecho penal de los estados democráticos (y no tanto de los estados representativos realmente existentes, puesto que en su concreción histórica con frecuencia se han alejado del citado modelo), el cual no es más que el que se infiere de las declaraciones o pactos internacionales de protección de los derechos humanos (Declaración de 1948, Pactos de 1966, etc.).

El derecho penal de autor se encuentra en las antípodas de la versión más exigente del ideal penal garantista, que es, como se sabe, el defendido justamente por Ferrajoli. Recordemos que en *Derecho y razón*, Ferrajoli propone diez axiomas que considera como los pilares básicos del modelo penal garantista: 1) ninguna imposición de pena sin la comisión de un crimen previo; 2) ningún crimen sin ley previa que lo haya calificado como tal; 3) ninguna ley penal sin necesidad social que la justifique; 4) ninguna necesidad de ley penal sin daño social; 5) no hay daño social si no hay acción; 6) no hay acción sin culpa individual; 7) no hay asignación de culpa individual sin juicio que la

establezca; 8) ningún juicio sin acusación concreta; 9) ninguna acusación sin pruebas que la fundamenten; 10) ninguna presentación de pruebas sin la posibilidad de que el acusado pueda discutir las y rebatirlas (Ferrajoli, 1989:93).

En sus aplicaciones concretas, el derecho penal de autor puede imponer sanciones o “medidas de seguridad”, esto es, actos coactivos que no tienen como antecedente formal la violación de una norma jurídica. Con lo cual, a partir del clásico principio de la separación de poderes, dichos actos represivos se moverían entre el derecho penal *strictu sensu* y el derecho administrativo sancionador.

La justificación ideológica más común del derecho penal de autor se refiere a la supuesta necesidad de combatir de forma preventiva hipotéticos peligros que la actitud interna de determinados sujetos comportaría para la sociedad. Dicho de otra forma, el derecho penal de autor reprime a determinados sujetos por la supuesta peligrosidad social de sus hábitos, identidad étnica, *status* económico, pensamientos, ideología, religión, relaciones sociales, estilos de vida, escala de valores, etc. Obviamente, quien invoca dicho riesgo es alguien dotado de autoridad y normalmente lo hace para perseguir a determinados grupos sociales que suponen una amenaza para el orden político y económico existente; o bien porque suponen un riesgo para su propia posición de poder; o bien —otro supuesto hartamente frecuente— por simple clasismo o porque a los considerados socialmente peligrosos se les asigna el papel de chivos expiatorios del malestar social.

El derecho penal de autor es un viejo conocido de la cultura jurídico-política occidental. Tiene un antecedente claro en la caza de herejes y brujas llevada a cabo por el Tribunal de la Santa Inquisición (Anitua, 2015: 55-64). A lo largo del siglo XIX se procede supuestamente a “racionalizar” la persecución de los delincuentes presentando como científicas afirmaciones sobre las tendencias naturales a delinquir de determinadas personas. Se sustituye la supuesta influencia de Belcebú por las supuestas inclinaciones naturales delictivas de determinados individuos. Recordemos, por ejemplo, las teorías de Cesare Lombroso acerca de los “criminales natos” a quien un discípulo suyo, Raffaele Garofalo, proponía individualizar la pena sobre la base de la naturaleza más o menos peligrosa del delincuente.

Desde esta visión, la comisión de hechos delictivos se veía sobre todo como el síntoma de una personalidad delictiva *per se*. Con frecuencia lo que la inspiraba era una

concepción criminológica de base biologista según la cual el carácter socialmente peligroso de los individuos vendría determinado por su herencia genética, no por las circunstancias sociales en las que se había desenvuelto su vida.

El derecho penal de autor tuvo una etapa de gran esplendor (Maristany, 1973: 12) en los años 20, 30 y 40 del siglo pasado en países como Italia, Alemania, España o la URSS. El caso más estudiado es la Alemania nazi porque es también donde el derecho penal de autor se llevó más lejos. Sólo hace falta recordar el exterminio industrial de millones de personas justificado por su etnia, religión, ideología política o preferencias sexuales, entre otros motivos relativos a su personalidad y no a sus actos.

Así, por ejemplo, el 24 de noviembre de 1933 se aprobó en Alemania la *Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección*. En ella se decía que "la culpabilidad penal del autor no sólo consiste en la culpabilidad por el hecho concreto, sino también por la conducción de toda su vida que le ha hecho degenerar" (Gómez Martín, 2007: 137) En consecuencia, lo que debía ser punible era una determinada "forma de vida", como por ejemplo los estilos de vida de rufianes, vagabundos, mendigos, borrachos o vagos habituales, entre otros.

Asimismo, el 5 de septiembre de 1939, en los inicios de la segunda guerra mundial, se aprobó la *Ordenanza contra los sujetos nocivos para el pueblo y contra los delincuentes violentos*. En aplicación de dicha norma, la jurisprudencia alemana entendió por sujeto peligroso aquel individuo que muestre de forma sistemática "una actitud interna contraria a la comunidad que se encuentra en guerra, esto es, una actitud que muestre que el sujeto se enfrenta a la comunidad como un enemigo, que se aprovecha de las circunstancias bélicas bajo las que se encuentra y que, en definitiva, debe ser contemplado como nocivo" (Gómez Martín, 2007: 154).

Vale la pena señalar la gran similitud existente entre dicha jurisprudencia y el publicitado derecho penal del *enemigo* del penalista alemán Günter Jacobs. Lo que los diferenciaría serían los argumentos para fundamentar una y otro. Mientras los jueces nazis hablaban de razas peligrosas o degeneradas, G. Jacobs mezcla la teoría del contrato social con la teoría sociológica de Niklas Luhmann, pero las conclusiones son las mismas.

Ahora bien, incluso en el derecho penal de la Alemania nazi este tipo de normas convivían con otras más tradicionales basadas en el principio de la responsabilidad por el hecho. Ni siquiera en su versión más radical, el derecho penal de autor dejó de convivir con el derecho penal del hecho. Un modelo puro, exclusivo, del primero no ha existido nunca en las sociedades modernas; como mucho, su ordenamiento penal ha consistido en una combinación de ambas concepciones. Así, incluso en aquellos ordenamientos penales más garantistas, se considera compatible con el principio de la responsabilidad por el hecho que el juez tome en consideración las circunstancias personales del reo —la reincidencia sería el ejemplo más claro y difundido— para graduar la pena con una finalidad preventivo-especial (para evitar que vuelva a delinquir un individuo ya condenado con anterioridad).

Todos los sistemas punitivos existentes contendrían por tanto diversos elementos de ambos tipos de derecho penal. La diferencia estribaría entonces en la preponderancia normativa de uno u otro que se puede medir por su mayor o menor relevancia social y política.

5. El derecho penal de autor hoy

En las sociedades occidentales, el derecho penal de autor ha vuelto por la puerta grande de la mano de la “guerra contra el terrorismo” declarada el 16 de septiembre de 2001 por el presidente de los EE.UU. George W. Bush.

Dicha guerra fue caracterizada como una guerra global porque su campo de batalla era el planeta entero, y larga, muy larga (en algún momento, los dirigentes estadounidenses afirmaron que duraría más de una generación). No podía ser de otra manera teniendo en cuenta el enemigo contra el que se dirigía, nada menos que el “terrorismo mundial”. Así, el 20 de septiembre de 2001, en una comparecencia ante el Congreso y el Senado de los EE.UU, el presidente Bush afirmó: “nuestra guerra empieza con Al Qaeda pero no terminará hasta que cada grupo dedicado al terrorismo mundial haya desaparecido”. Por si eso fuera poco, dicha guerra también se dirigía contra los “estados patrocinadores de terrorismo”.

De hecho en la misma declaración de guerra, Bush y Rumsfeld citaron como ejemplos de “terrorismo mundial”, no sólo a Al Qaeda, sino también a la Yihad Islámica y a

Hezbollah, así como a Afganistán, Iraq, Irán, Siria, Libia, Sudán, Corea del Norte y Cuba (*El País*, 17 de septiembre de 2001) como ejemplos de estados promotores de terrorismo. En los días posteriores, a esa lista se añadieron los grupos citados en la lista de organizaciones terroristas del Departamento de Estado que se comenzó a elaborar ya bajo el mandato presidencial de William J. Clinton. ¿Qué tenían que ver esos grupos y esos estados con los atentados del 11 de septiembre de 2001? Nada en el 99'9% de los casos. ¿Por qué, pues, se les señalaba como objetivos de dicha guerra? Porque eran grupos terroristas. Bien, pero ¿quién había decidido calificarles así? Pues el propio gobierno de los Estados Unidos.

En consecuencia, la guerra contra el terrorismo fue y es una guerra combatida contra un concepto abstracto e indeterminado, cuya aplicación a cada caso concreto la deciden los mismos que la declararon. El elemento de propaganda, de marketing político, es muy visible y central en la citada guerra. La guerra contra el terrorismo se incorporó a la doctrina estratégica de la OTAN (y, por tanto, a la de todos sus estados miembros, entre ellos España) en la Cumbre de Praga de 2002.

Antes de 2001 ya existían elementos relevantes de un derecho penal de autor en unos cuantos estados occidentales; en especial en aquellos que desde finales de los años sesenta se habían enfrentado a la violencia política perpetrada por determinados grupos de extrema izquierda o nacionalistas. Pero a partir de septiembre de 2001 se produce un salto cualitativo y cuantitativo que lleva a una profundización, expansión y generalización de medidas penales que nos retrotraen (sin ser obviamente lo mismo, en especial por el diferente número de personas afectadas) a las adoptadas en Europa en los años centrales del siglo XX.

El 28 de septiembre del 2001, el Consejo de Seguridad de la ONU aprobó una resolución, la 1373, en la que se instaba a todos los estados miembros de Naciones Unidas a aprobar medidas legales de represión del terrorismo. Según un informe elaborado por el Pen Club (titulado *Antiterrorismo, escritores y libertad de expresión*, hecho público en noviembre de 2003) en los dos años posteriores al 11-S unos treinta y cinco estados aprobaron nuevas medidas legales de tipo antiterrorista estimulados por dicha exhortación. Éstos fueron: Eritrea, Etiopía, Kenia, Marruecos, Mauritania, Republica Centroafricana, Sudáfrica, Swazilandia, Zimbabwe, Estados Unidos, Colombia, Panamá, Perú, El Salvador, Venezuela, Australia, Afganistán, Bangla Desh,

India, Indonesia, Nepal, Pakistán, China, España, Francia, Gran Bretaña, Rusia, Kazajistán, Uzbekistán, Turquía, Egipto, Israel, Jordania, Kuwait e Iraq.

Los gobiernos occidentales, a partir de septiembre de 2001, comienzan a practicar en nombre de la seguridad una violación y/o restricción sistemática de derechos tan fundamentales como la presunción de inocencia, la intimidad y al secreto de las comunicaciones, el *habeas corpus*, no ser objeto de torturas y malos tratos, o un juicio con todas las garantías. Recordemos que, según los mismos gobiernos, el final de la guerra fría constituyó supuestamente una gran victoria de la democracia y los derechos humanos. Y no sólo eso. En 1999, sólo dos años antes del inicio de la guerra contra el terrorismo, Yugoslavia fue atacada por la OTAN en nombre de la protección de los derechos humanos. También se ha intervenido en nombre de ellos y de la democracia en Afganistán, Iraq, Yemen, Libia o Siria.

Pues bien, en abierta contradicción con las proclamas antedichas, en EE.UU., tras diversas reformas legislativas posteriores a septiembre de 2001, se legalizó la detención indefinida de sospechosos de planificar actos terroristas o de colaborar con terroristas, en aplicación de la *National Defence Authorisation Act* de 1 de enero de 2002 (entre 2001 y 2002, se encarceló por este motivo a más de 3.500 personas, mayormente de religión musulmana; uno de los lugares de reclusión fue obviamente Guantánamo), el registro de viviendas, las escuchas telefónicas o la vigilancia de correos electrónicos, historiales de navegación por Internet (en aplicación de la *Patriot Act* de 26 de octubre de 2001) o, el supuesto más grave, el asesinato de cualquier persona calificada por el presidente de EE.UU. de *sospechosa* de ser un terrorista (en aplicación de la *Authorization for Use of Military Force Act* de 18 de septiembre de 2001, ley que otorgó a Bush II, asimismo, la potestad exclusiva de decidir quiénes habían sido los autores del 11-S). Se calcula que, entre 2001 y 2010, 4.000 personas fueron asesinadas por órdenes directas de Bush II y Obama. Todo ello sin autorización judicial, ni juicio previo, ni necesidad de presentar pruebas sobre lo alegado como justificación de tan drásticas medidas.

En los estados miembros de la UE, además de colaborar con las “rendiciones extraordinarias” y los *vuelos* de la CIA, las sucesivas reformas o aprobación de nuevas leyes antiterroristas han alargado los períodos de detención preventiva, lo cual abona la comisión de malos tratos y torturas y supone una restricción del derecho al *habeas*

corpus; asimismo se han debilitado los derechos de defensa de los detenidos por terrorismo y se han alargado y endurecido las penas y las condiciones de su cumplimiento para los reos de idéntico tipo de delitos.

Sin embargo, la novedad más importante fue imponer la obligación a todos los estados miembros de la UE de incluir delitos de terrorismo en sus códigos penales, pues se daba la particularidad de que en 2001 la mayoría de dichos estados no tenía tipificados esa clase de delitos (entonces sólo Gran Bretaña, Francia, Italia, Alemania, España y Portugal tenían tipos penales de terrorismo).

El concepto jurídico de terrorismo contiene elementos que facilitan la criminalización de la ideología de determinadas personas. Como muy bien se explicaba en la exposición de motivos del Proyecto de Decisión-Marco sobre terrorismo del Consejo de Ministros de Justicia e interior de la Unión Europea, de 16 de octubre de 2001: “La mayoría de los actos terroristas son delitos comunes que se convierten en delitos terroristas por razón de la intencionalidad del delincuente.” Esas intencionalidades justificarían el aumento de las penas y la restricción de determinados derechos fundamentales. En consecuencia, los delitos de terrorismo castigan hechos pero también ideologías.

Así, por ejemplo, el concepto de terrorismo propuesto por el Consejo de la Unión Europea, el 13 de junio de 2002, consistía en la enumeración de una larga lista de delitos ya sancionados con anterioridad (hurto, robo, libramiento de documentos falsos, chantaje, atentados, secuestros, destrucciones masivas en instituciones gubernamentales o públicas, en sistema de transporte, en infraestructuras, en propiedades públicas o privadas, apoderamiento ilícito de aeronaves, fabricación y tenencia de explosivos, liberación de sustancias peligrosas, perturbación o interrupción en el suministro de agua, electricidad, o bien la amenaza de ejercer cualquiera de estas conductas) más la fijación de las intencionalidades que son las que los convierten en delitos *terroristas*; las cuales son: 1) intimidar gravemente a una población; 2) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 3) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional (finalidad que criminaliza claramente la ideología de los grupos, colectivos, sindicatos y partidos anticapitalistas).

El gran interrogante que plantea éste y cualquier otro concepto jurídico de terrorismo es por qué son esas y no otras las intencionalidades que cualifican a dichas conductas como delitos terroristas. En España dicha cuestión se planteó con mucha virulencia en relación con los GAL, organización que se impulsó desde el Ministerio del Interior y fue responsable de veintisiete asesinatos entre 1983 y 1987. Con motivo del juicio por el secuestro de Segundo Marey, el Tribunal Supremo estimó que dicho delito no era un delito de terrorismo al no perseguir sus autores la finalidades de "subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública", los dos requisitos exigidos entonces por el artículo 571 del código penal.

¿Por qué no se considera terrorismo matar, secuestrar, robar, chantajear, destruir propiedades, etc., persiguiendo la finalidad, por ejemplo, de *estabilizar* o *defender* —y no desestabilizar o destruir— las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas y sociales de un país o de una organización internacional?, ¿o bien, la finalidad de generar, no intimidación, sino obediencia entre la población?, ¿o bien la finalidad de promover la legitimación social de una decisión adoptada por alguna instancia de poder?

Además, tanto en EE.UU. como en varios países de la Unión Europea, a los delitos de terrorismo se han añadido nuevos delitos de apología o enaltecimiento del terrorismo, así como delitos de "incitación al odio", los cuales allanan la criminalización de determinadas corrientes de pensamiento.

En ese sentido, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 26 de abril de 2010 un documento (nº 8570/10) mediante el cual se ordenaba a las policías de los estados miembros de la UE la vigilancia de personas o grupos que propagasen "discursos de odio e incitación al terrorismo", como parte de un Plan de Acción Global contra la Radicalización y el Reclutamiento Terrorista. Con la información recolectada, los jefes de estado y de gobierno proponían la elaboración de listas de "radicalizadores/reclutadores o transmisores de mensajes radicales". Ante una definición tan vaga como esa, en el anexo de un documento anterior sobre el mismo asunto (nº 7984/10) los responsables políticos ya habían aclarado que se referían fundamentalmente a personas o grupos "de extrema izquierda, extrema derecha, nacionalistas, religiosos o de antiglobalización".

Después de los atentados de París de principios y finales de 2015, en Europa y EE.UU. se ha un salto cualitativo en la propagación de la islamofobia, esto es, de un racismo dirigido preferentemente contra las personas de religión islámica, las cuales son vistas por los nuevos racistas como personas propensas a practicar el terrorismo debido al carácter fanático de sus creencias religiosas. Dicho discurso ha contribuido al crecimiento electoral de la extrema derecha, cuyo apoyo social ha crecido en casi todos los países de la UE en los quince años que llevamos de guerra contra el terrorismo. Esa nueva extrema derecha tiene en común la islamofobia de una forma similar a como sus antecesores de hace ochenta años tenían en común la judeofobia.

6. Sobre la legitimación social del derecho penal de autor

Es muy importante para el análisis preguntarse cómo se ha generado la legitimación social del retorno del derecho penal de autor. Obviamente, cualquier intento de contestar seriamente a esta cuestión nos llevaría muy lejos y, además, es una tarea que debe apoyarse en investigaciones de sociólogos e historiadores que, en buena medida, todavía están por hacer.

Ahora bien, tentativamente no parecen descabelladas las siguientes reflexiones:

En primer lugar, vale la pena insistir en que el terrorismo es una amenaza mínima, en términos estadísticos, a la vida y la integridad física de las personas que viven en las sociedades occidentales.

Los habitantes de EE.UU. tienen muchas más probabilidades estadísticas de morir de forma violenta a consecuencia del uso de las armas de fuego por parte de pequeños delincuentes, adolescentes sociópatas o en enfrentamientos entre grupos mafiosos, que por actos de terrorismo. En Europa, es mucho más probable estadísticamente la muerte o la minusvalía de por vida causadas por un accidente de tráfico o por la violencia de género que no por el terrorismo.

Sin embargo, desde 2001, las reales o supuestas amenazas terroristas ocupan un espacio desmesurado en los grandes medios de comunicación de masas y en los discursos de los dirigentes políticos, por no hablar de su uso frecuente como argumento recurrente de *best-sellers*, películas, series de TV, juegos de ordenador, etc..

Desde 2001, el terrorismo ha pasado a constituir un elemento central de la violencia simbólica (concebida a la manera de Pierre Bourdieu) ejercida por las diversas estructuras de poder occidentales.

Dichas estructuras muestran un claro interés en amplificar, instrumentalizar y manipular la conmoción social que generan los actos terroristas. Éstos, por regla general, consisten en matanzas indiscriminadas en medios de transporte o en lugares públicos, que suscitan una identificación social inmediata con las víctimas y una demanda angustiada de protección y seguridad al estado. Tanto más cuando los actos terroristas y todo lo que les rodea se convierten durante semanas en los temas estrella de los medios de comunicación globales. En ese contexto, los gobernantes aprovechan la sensación colectiva de horror para promover la aprobación de medidas legales liberticidas que en otras circunstancias serían profundamente impopulares. La reiteración de esta forma de proceder por parte de diferentes dirigentes políticos de diversos estados sugiere que estamos ante una nueva técnica de gobierno de las poblaciones.

Una forma habitual de manipulación gubernamental es la asignación instantánea de autoría de los atentados terroristas sin aguardar a los resultados de las investigaciones policiales, judiciales o periodísticas.

Dicha atribución de responsabilidad, que por regla general, como se ha dicho, no se fundamenta en investigación alguna digna de ese nombre, se hace normalmente por intereses espurios o tácticos. En los quince años que llevamos de guerra contra el terrorismo, ya tenemos abundantes ejemplos al respecto.

Los atentados con ántrax de octubre de 2001, inicialmente atribuidos por el gobierno de los EE.UU. a Al Qaeda y a Iraq, fueron ejecutados, según las conclusiones a que llegó el FBI en 2008, por un científico militar norteamericano llamado Bruce Edwards Ivins, especializado en la vacuna contra el ántrax (un caso claro de bombero-pirómano). Los supuestos atentados masivos que, según Colin Powell, Al Qaeda iba a llevar a cabo en Europa en 2003 gracias a la protección y a las armas de destrucción masiva que les iba a proporcionar Sadam Hussein, luego se convirtieron en humo debido a la ausencia de pruebas sobre dicha protección (ausencia de pruebas que un año después reconoció el propio Colin Powell, al igual que el informe de la Comisión) y, sobre todo, a la inexistencia de las famosas armas de destrucción masiva en Iraq. La acusación inicial del gobierno español a ETA y/o a Al Qaeda como posibles autores de los atentados del

11 de marzo de 2004 en Madrid fue considerada gratuita por los jueces de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, al no poderse apoyar en prueba alguna de las dos “líneas de investigación”. La inmediata atribución a Osama Bin Laden de la responsabilidad última de los atentados del 11-S —el hecho que justificó, según el gobierno de los EE.UU., la declaración de la guerra contra el terrorismo—, no pudo ser acreditada después por el FBI al no encontrar tampoco pruebas que la justificaran (Hass, 2006). Por no hablar de la atribución de la autoría o coautoría del 11-S a Sadam Hussein, formulada entre otros por el espionaje israelí y por James Woolsey, antiguo director de la CIA (Gordillo, 2013).

Sin embargo, el sector de las poblaciones occidentales más crédulo se queda con el primer mensaje que lanzan los gobiernos sobre la autoría de los atentados y rara vez cambia después de opinión. Ahí habría que buscar el auge de la islamofobia entre las poblaciones occidentales. Su fe y credulidad en lo que dicen y hacen los gobiernos occidentales en relación con el terrorismo se prolonga cuando da apoyo a las medidas liberticidas en aras de la seguridad, dado que aquellos sostienen que para tener seguridad hay que renunciar a la libertad. Quienes defienden la obviedad de que ni los bombardeos en Asia Central, Oriente Medio o Norte de África, ni tampoco las restricciones de derechos, pueden evitar que se produzcan atentados (ni siquiera las dictaduras pueden hacerlo, como los atentados contra la vida de Luis Carrero Blanco, Augusto Pinochet o contra el mismísimo Adolf Hitler, muestran de forma fehaciente) son minoritarios y su punto de vista es sistemáticamente despreciado y marginado.

El autoritarismo ideológico que comporta todo lo anterior es palmario. Es más: hay ya bastantes elementos para afirmar que los gobiernos occidentales han obtenido apoyo social a sus políticas liberticidas mediante tácticas de verdadera “guerra psicológica” dirigidas contra las poblaciones que gobiernan. (Entendiendo por guerra psicológica la utilización planificada de la propaganda con el fin de dirigir las conductas de las personas, sin recurrir masivamente a las armas o haciendo un uso complementario de éstas. El caso más estudiado es el de las mentiras de la guerra de Iraq. Sobre este asunto es prioritario: Bocado Crespo, 2013: 300-380).

III

7. Conclusión

La dificultad objetiva de los estados para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales supone una quiebra material del Estado Constitucional, o, por ser más precisos, la insostenibilidad de la idea de que cada ser humano, por el hecho de serlo, tenga derechos, aunque éstos puedan ser limitados “excepcionalmente” en situaciones de anormalidad.

La determinación de las políticas públicas y la consiguiente producción jurídica están orientadas mayoritariamente por fines funcionales, desde el punto de vista de la eficacia, sin importar en exceso la legitimación democrática del proceso de toma de decisiones seguido. La revolución política neoliberal ha convertido al crecimiento, y no ya a los derechos, en el núcleo estructurante del orden social.

Pero a pesar de lo que pueda parecer, la democracia representativa sigue ocupando un lugar central. No tanto por la debilísima capacidad redistributiva que mantiene, sino porque aún no se ha hallado un mecanismo legitimador de decisiones sustitutivo, que las presente como si realmente fuesen fruto de la propia voluntad de sus afectados.

El fenómeno se complica, como hemos visto a través del análisis del retorno del derecho penal de autor, desde el momento en que estratos sociales importantes aceptan este nuevo *Nomos*, reaccionando positivamente al recurso político al miedo ante una inseguridad *estructural*. Por eso no parece que nos hallemos, como afirma Agamben, en una “tierra de nadie”, sino más bien en una “tierra del más fuerte” donde los grupos de interés más poderosos ocupan el lugar central en el nuevo *Nomos* jurídico internacional.

Lejos de ser pacífico, el nuevo *Nomos* político, económico y militar se basa en la aplicación de altas dosis de violencia política (como ejemplifica en España la restricción de los derechos de libertad de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, o de la jurisprudencia reciente sobre el ejercicio de los derechos al conflicto colectivo o a la manifestación —STS 161/2015, de 17 de marzo—; o, en el caso brasileño, las altas dosis de represión empleadas contra las poblaciones desalojadas

por la minería o por la construcción de las sedes para la pasada Copa del Mundo de fútbol y los futuros Juegos Olímpicos). La institución conceptual de que nos hallamos ante “una única salida” es la idea-fuerza que ha impregnado la gestión tanto de las situaciones de emergencia económica como de la excepcionalidad política global. En el plano económico, ha legitimado el traslado de poderes de la instancia legislativa a la gubernamental, con las consiguientes formas legales de excepción (decretos de urgencia, leyes ad-hoc, reformas constitucionales a medida, para gestionar la crisis), la suspensión del flujo de crédito a los países endeudados, o la especulación con los intereses que han de pagar éstos (en Brasil, diez veces más que en Japón, con un monto del 7,5% de su PIB: Cano, 2104; Kahir, 2015). Y en el plano de las relaciones internacionales, una restricción general de las libertades.

Parece trazarse así una *nueva normalidad* liberada de las constricciones garantistas del estado constitucional de derecho, de la que resulta difícil recomponer coherentemente las ideas de soberanía y derecho.

8. Bibliografía

ACNUR 2014. [Mundo en Guerra. Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2014.](#)

AGAMBEN, Giorgio. *Medios sin fin. Notas sobre la política* (1996). Pre-textos, Valencia, 2001.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historia de los pensamientos criminológicos*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2015.

BOCARD CRESPO, Enrique. *La política del negocio: cómo la Administración Bush vendió la guerra de Irak*. Horsori, Barcelona, 2013.

CANFORA, Luciano. *La historia falsa y otros escritos*. Capitán Swing, Madrid, 2013.

CANO, Wilson. “A camisa de força do Estado: Neoliberalismo e endividamento”. [Caros Amigos](#), 12.04.2014.

- DRAGHI, Mario y TRICHET, Jean-Claude. “Carta al primer ministro Tremonti” de 5.08.2011. En: CANFORA, Luciano. *La historia falsa y otros escritos*. Capitán Swing, Madrid, 2013: 49-51.
- FARÍA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1989.
- FOESSA. *VII Informe FOESSA sobre exclusión y desarrollo social en España 2014*, Fundación Foessa/Cáritas, Madrid, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *El derecho penal de autor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GORDILLO, José Luis. “Leviatán sin bridas”. En ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *El libro de los deberes*, Madrid, Trotta, 2013: 61-94.
- HASS, E., “No hard evidence connecting Bin Laden to 9/11”. *Muckraker Report*, 6.06.2006.
- KHAIR, Amir. “A taxa básica de juros no Brasil é uma anomalia”. Entrevista de Silvio Caccia Brava. *Le Monde Diplomatique Brasil*, junio 2015: 6-8.
- LEBLON, SAUL, “A tirania dos salvadores da pátria”. *Carta Maior*, 30.07.2015.
- LORENTE, Miguel Ángel y CAPELLA, Juan Ramón. *El crack del año ocho. La crisis. El futuro*. Trotta, Madrid, 2009.
- MARISTANY, Luis. *El gabinete del doctor Lombroso*. Anagrama, Barcelona, 1973.
- PASOLINI, P. P. Entrevista de A. Arbasino, enero de 1963. En id., *Sesanta posizioni*. Feltrinelli, Milano, 1971: 352-357 (reed. en Pasolini. P. P. *Interviste corsare sulla politica e sulla vita. 1955-1975*. Liberal Atlantide, Roma, 1995: 57-61).
- RAMONET, Ignacio. *El imperio de la vigilancia*. Clave Intelectual, Madrid, 2016.
- REVELLI, Marco. *La política perdida* (2003). Trotta, Madrid, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie Della comunicazione*. Laterza, Bari, 1997.

ROMERO, Simon y SREEHARSHA, Vinod. “Dilma Rousseff Targeted in Brazil by Lawmakers Facing Scandals of Their Own”. *The New York Times*, 14.04.2016.

SINGER, André. “Solução à esquerda”. Entrevista de A. Nabuco, L. Primi y L. Rodrigues. *Caros Amigos*, nº 220, julio 2015: 28-32.