

El final del estado de derecho

Introducción

La lucha antiterrorista no tiene sentido en sí misma, en cuanto que sólo muestra a dos adversarios miméticos: el Estado y la organización terrorista; la violencia “legítima” contra la violencia redentora. Hay pues que invertir este discurso de tipo religioso de lucha del «bien contra el mal» para destacar lo que verdaderamente está en juego, que es una profunda modificación en la organización del poder, un cambio de régimen político. Para ello hay que quitarle el velo a esta realidad virtual y acudir a los hechos, pues de lo que se trata es de destacar el conjunto de las modificaciones que se han producido en las relaciones sociedad/Estado. Esta transformación se registra en el campo del derecho penal, cuya función es doble, pues formaliza y legitima los cambios producidos y se convierte en el instrumento privilegiado para esa mutación.

El 11 de septiembre

Los atentados del 11 de septiembre aceleraron enormemente la transformación de los códigos penales y de procedimiento penal vigentes desde hacía muchos años. En los meses posteriores, incluso días, los gobiernos tomaron medidas que restringieron las libertades públicas y privadas. Resulta sorprendente la rapidez con la que se votaron las diferentes leyes. Esto se comprende más fácilmente si se tiene en cuenta el hecho de que la mayoría de estas modificaciones se habían realizado o previsto mucho antes de los atentados. Así, para la Unión Europea, de las once proposiciones presentadas inmediatamente después de los atentados, seis ya habían sido examinadas antes del 11 de septiembre y otras cuatro estaban en preparación. Sólo se añadió un nuevo punto, que proyectaba modificar las leyes sobre el derecho de asilo y la emigración para adaptarlas a la lucha antiterrorista.

El correo electrónico que una consejera del ministerio de Comercio británico envió a unos colegas del ministerio una hora después del ataque puede resumir lo que estaba en juego en estas disposiciones: «Hoy es un día muy bueno para sacar y aprobar discretamente todas las medidas que debemos tomar».

Las medidas adoptadas con ocasión de los atentados ultimaron la mutación del derecho penal y le confirieron legitimidad. Y es que se puede hablar de una verdadera mutación, ya que lo que se estaba reconsiderando era la propia existencia del Estado de derecho. Lo que se había llevado a cabo en silencio salía a plena luz del día y quedaba justificado de forma retrospectiva. Esto no significa que los procesos de decisión se volvieran transparentes. Al contrario, todas las leyes se votaron sin ser debatidas en la sociedad civil o en el Parlamento. La ausencia de confrontación sobre el contenido de las legislaciones dio lugar a un discurso paradójico: se trataba de medidas justificadas por la urgencia pero que se inscribían en una guerra de largo recorrido contra el terrorismo.

De esta forma, el estado de urgencia se estaba inscribiendo en la duración como una nueva forma de régimen político que tenía por vocación la defensa de la democracia y de los derechos humanos. En otras palabras, durante un largo período de tiempo el ciudadano debía estar dispuesto a renunciar a sus libertades concretas para mantener un orden democrático autoproclamado y abstracto.

El hecho de que la mayoría de estas actuaciones adopten la forma de la ley indica claramente que el poder se compromete a largo plazo. Y para ello busca tanto nuevas legitimidades como que las propias poblaciones den su consentimiento al desmantelamiento de sus garantías constitucionales. El ejemplo de Estados Unidos confirma la eficacia de esta política. Los sondeos indican que cada vez hay más personas dispuestas a tolerar la creciente vigilancia y a hacer concesiones respecto a los derechos que garantizan su vida privada.

Como escribe Didier Bigo, «definir el terrorismo es definir lo que es democrático y lo que no lo es». Se considera que son naturalmente democráticos los regímenes establecidos que colaboran con una política antiterrorista organizada a nivel internacional. En cambio, todo movimiento político de oposición radical a un régimen insertado en una política internacional de lucha contra el terrorismo puede ser criminalizado. Por ejemplo, la lista de las organizaciones terroristas promulgada por el Consejo de la Unión Europea incluye al PKK, partido kurdo que preconiza la lucha armada contra el Estado turco. Esta disposición europea criminaliza a un movimiento de oposición armada al poder y legitima así a un gobierno conocido por sus sistemáticas violaciones de los derechos humanos.

La lucha antiterrorista se convierte en un instrumento privilegiado para la legitimación del poder. Cualquier gobierno, sea cual sea su política, y siempre y cuando se una al «campo del bien contra el campo del mal», es investido con la misión de la defensa de las libertades fundamentales. Así que el poder se plantea como algo que es esencialmente democrático. Un buen ejemplo de este reconocimiento recíproco y automático por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, es el establecimiento de la orden de detención europea.

Un acto constituyente

Tradicionalmente era la guerra la que hacía a un país soberano. Y eso mismo ocurre hoy con la «guerra contra el terrorismo», aunque en este caso, la guerra son varias cosas al mismo tiempo: operación policial, gestión de la sociedad mediante la coacción, y acto de guerra. La lucha antiterrorista abole la distinción entre enemigo y criminal y

la guerra se reduce a una simple operación policial contra unos Estados canallas. Cualquier movimiento social puede ser criminalizado en nombre de la acción contra el terrorismo, y los textos legales permiten perseguir cualquier acción radical de un movimiento que tenga por objetivo influenciar la política gubernamental o presionar a una organización internacional.

La lucha antiterrorista es una lucha de larga duración contra un enemigo virtual que se redefine constantemente. Su objetivo es redibujar la organización de la sociedad, y en ese proceso el derecho penal adquiere un papel constituyente. Es un acto de autoridad suprema.

Las legislaciones antiterroristas tienen por objeto establecer procedimientos penales derogatorios a todos los niveles del proceso penal, desde el momento de la investigación al del juicio, consagrando la primacía del procedimiento sobre la ley, y tratando de que domine el procedimiento de excepción. En cuanto a las medidas asociadas, éstas establecen un control de la vida privada mediante la retención de datos relacionados con el tráfico de internet y la violación del secreto del correo electrónico. La mutación es tan significativa que trasbalsan completamente la norma y las derogaciones se convierten en regla. Como forma de organización política, el procedimiento de excepción sustituye a la Constitución y a la Ley.

Las últimas leyes antiterroristas ya no surgen -como ocurría con las legislaciones precedentes- de iniciativas nacionales relativamente independientes unas de otras, sino que son promovidas por instituciones internacionales como el G8, el Consejo de Europa o la Unión Europea. Esto tiene como efecto la generalización de este tipo de leyes al conjunto de los Estados, incluso a aquellos que nunca se han visto enfrentados a una amenaza terrorista. Las últimas legislaciones son una respuesta de los Estados nacionales a sus obligaciones internacionales, o sea y esencialmente, a las demandas estadounidenses. Porque una de las características específicas de la situación actual es el lugar ocupado por Estados Unidos en este proceso, en el que la lucha antiterrorista es constitutiva de su dirección imperial.

Por lo que se refiere a la intervención legal de las comunicaciones, los textos legales más recientes responden en gran medida a las especificaciones reclamadas desde hace muchos años por el FBI. En materia de criminalidad informática, esta policía federal estadounidense tiene la posibilidad de organizar directamente a las policías de la mayoría de los demás países. La capacidad de que dispone Estados Unidos para influir en el contenido de los textos legales de los demás países respecto a la lucha antiterrorista confirma su papel de vanguardia en la modernización del poder a nivel mundial.

Las disposiciones adoptadas a raíz del 11 de septiembre permitieron al ejecutivo estadounidense subordinar aún más al sistema político estadounidense los aparatos policiales y judiciales europeos. Los acuerdos de extradición y de cooperación judicial, firmados recientemente entre Estados Unidos y la Unión Europea, hacen de los tribunales especiales estadounidenses la base sobre la que se constituye el nuevo orden mundial. Por lo que sabemos, estos acuerdos -la mayoría de los cuales siguen siendo secretos- están contruidos de tal manera que las autoridades estadounidenses pueden plantear y conseguir permanentemente nuevas exigencias. La cooperación policial con Estados Unidos autoriza también un intercambio y una utilización incontrolable de los datos personales.

Las medidas antiterroristas desvelan un aspecto más del papel desempeñado por Estados Unidos: el del dominio directo de una superpotencia sobre los demás Estados. El primer elemento de esta relación de poder se inscribe en la capacidad legal de privilegiar la nacionalidad estadounidense, concediéndole unos derechos especiales. Esto se manifiesta fundamentalmente en el trato diferenciado que las legislaciones estadounidenses establecen entre los nacionales y los residentes de nacionalidad extranjera. En materia de terrorismo y de criminalidad organizada, los tribunales estadounidenses se otorgan una competencia universal, así como derechos extraterritoriales. La posición estadounidense en relación a Iraq -es decir, el derecho que se confiere Estados Unidos para derrocar cualquier régimen no alineado-, constituye el aspecto militar de esta relación.

El desarrollo de la cooperación transatlántica en el marco de la lucha contra el terrorismo revela el carácter orgánico del derecho penal en la formación de la estructura imperial. La Unión Europea se sitúa bajo la hegemonía estadounidense en lo que se refiere a la organización del control de las poblaciones. Y respecto a Estados Unidos, sus exigencias se refieren más bien a la capacidad de sus instituciones policiales o judiciales para eludir las estructuras formales de los poderes ejecutivos y judiciales europeos. Por consiguiente, para este Estado se trata de reclamar unos derechos particulares, directamente relacionados con su estatuto de potencia dominante.

La guerra contra Iraq y la lucha contra el terrorismo representan dos aspectos complementarios de la organización del poder a nivel mundial. La creación de un mando integrado -el Imperio-, es una cuestión compleja. Adquiere la forma de una contradicción entre el dominio ejercido por un Estado nacional concreto, Estados Unidos, y la capacidad de este Estado para representar políticamente a la fracción dominante del capital multinacional.

El Imperio no hace desaparecer la forma nacional del Estado, pero la dirección imperial la ejerce el Estado norteamericano, que es el único en conservar todas las prerrogativas -ejército, moneda, policía, aparato judicial- propias de este tipo de Estado. Los demás Estados nacionales subsisten, pero bajo una nueva forma, que sólo incluye las materias de mantenimiento del orden y de control social, de tal modo que se integran en el orden imperial como estructuras subalternas.

Pero esta compleja articulación plantea problemas, especialmente en lo que se refiere a las guerras preventivas que deben asegurar la perpetuidad del mando integrado. Es en este punto en donde se manifiestan las divergencias entre las distintas naciones. Por ejemplo, los intereses petrolíferos de Estados Unidos son diferentes de los de las compañías francesas. Tampoco comparten todos los Estados la voluntad de la administración Bush de desestabilizar el conjunto de Oriente Próximo y de proceder a políticas de ocupación directa de los territorios conquistados. El éxito de la política imperial supone que, como en la Guerra del Golfo de 1991, los Estados nacionales abandonen sus intereses específicos en beneficio de los de Estados Unidos.

A los diferentes Estados no les resulta tan problemático el desarrollo del segundo aspecto de la dirección imperial, que es el control de las poblaciones, y, por lo tanto, este aspecto crea menos tensiones en el ejercicio de un mando globalizado. Y aunque haya tenido mucho menos eco mediático, este proceso ya se había iniciado hacía tiempo. En el curso de los diez últimos años Estados Unidos ha venido proclamando un conjunto de reivindicaciones en materia de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. Y estas exigencias se han ido teniendo progresivamente en cuenta por parte de los demás Estados, que han ido transformando poco a poco -aunque en profundidad- sus enfoques penales.

El 11 de marzo

Cuando se produjeron los atentados del 11 de marzo de 2004 en España, vimos aparecer en las pantallas de nuestras televisiones a un conjunto de «especialistas» en terrorismo que creaban una amalgama entre al Qaeda, ETA y distintos refugiados políticos, convirtiendo al terrorismo en un término genérico que debía sustituir al conjunto de las situaciones concretas.

Una de las medidas unánimemente reclamada para conjurar este peligro uniforme, fue la inmediata creación de una orden de detención europea. La orden de detención europea permite una entrega casi automática por parte de un Estado miembro de una persona reclamada por una autoridad judicial de otro Estado miembro. En comparación con los procedimientos de extradición, esta orden suprime todos los controles políticos y jurídicos que se refieren al fondo y la legalidad del requerimiento, así como los posibles recursos contra éste. Así, la petición es satisfecha y legitimada incondicionalmente por los demás países, sea cual sea su legalidad o su conformidad con los principios de un Estado de derecho.

La orden debería entrar en vigor el 1 de enero de 2004. A pesar de ser adoptada por la Unión Europea y estar ya integrada en la mayoría de las legislaciones nacionales, a esta medida le costaba ponerse en marcha. Una de las primeras consecuencias de los atentados del 11 de marzo fue acabar con las últimas reticencias que había respecto a la utilización de este procedimiento, así como el reforzamiento de medidas incontrolables tomadas en el marco de la cooperación judicial y policial entre los países europeos. Así que se produjo una aceleración del proceso de suspensión de las garantías constitucionales que se había establecido el día después al 11 de septiembre.

Las primeras medidas previstas se referían al refuerzo de la cooperación policial y judicial. Una «capacidad de información» cuya función sería analizar las informaciones proporcionadas por los servicios secretos y las policías de los Estados miembro. También se trataba de adoptar legislaciones que permitieran a los investigadores de varios países trabajar en equipos comunes, así como ratificar una convención de ayuda mutua judicial en materia penal. Igualmente, estaba previsto favorecer el intercambio de datos de huellas dactilares y de lecturas biométricas.

El Consejo de jefes de Estado y de gobierno también quería implantar para antes de 2005 pasaportes y documentos de identidad con datos como la fotografía del iris del ojo y las huellas dactilares. En ese mismo sentido, las compañías aéreas tendrían la obligación de comunicar a las autoridades aduaneras y policiales europeas informaciones varias sobre sus pasajeros. Esta medida ya estaba en vigor -para beneficio de las autoridades estadounidenses- en los vuelos trasatlánticos.

Pero esto no era nuevo. Ya desde hacía tiempo se venían discutiendo estas diferentes medidas, como los pasaportes o los documentos de identidad con un microchip que contuviera datos biométricos. Así que los atentados fueron simplemente una oportunidad para vencer las resistencias a estas medidas liberticidas. Si nos referimos a los atentados de Madrid, la eficacia de estas medidas resulta muy dudosa, puesto que las personas detenidas llevaban mucho tiempo instaladas en España y no andaban cruzando las fronteras, de modo que no podían ser localizadas por esos medios. En cambio, esas medidas resultaban perfectamente adecuadas para una gestión policial de las poblaciones.

La organización Statewatch demostró que, de las 57 medidas previstas por el Consejo de jefes de Estado y de gobierno del 25 y 26 de marzo de 2004, 27 de esas propuestas no tenían nada o muy poco que ver con el terrorismo. Su objetivo no era asegurar la vigilancia de grupos determinados, sino del conjunto de las poblaciones a través del control de las comunicaciones.

Los atentados de Londres

A raíz de los atentados del 7 de julio de 2005 y de los ataques fallidos del 21 de julio en Gran Bretaña, el gobierno

de este país presentó toda una serie de medidas para afrontar la amenaza terrorista. Como escribió The Guardian, la respuesta de los políticos y de la policía fue crear pánico e histeria. Patrullas armadas iban y venían por las calles deteniendo a decenas de personas. Un hombre inocente fue abatido por ocho balas, siete de ellas en la cabeza.

El portavoz de la policía, al tiempo que justificaba su acción por el hecho de que supuestamente el individuo se estaba dando a la fuga, reclamó el derecho de abatir públicamente a cualquier presunto terrorista. Incluso después de que las cámaras de videovigilancia revelaran que las autoridades habían mentido descaradamente y que la persona abatida no sólo no huía sino que estaba inmovilizada en el suelo, la policía siguió manteniendo la reivindicación de «tirar a matar».

En materia de terrorismo, el gobierno británico tiene el proyecto de proceder a audiencias judiciales sin jurado, en el curso de las cuales se podría detener a un sospechoso sin que haya sido inculpado. «Lo que se sugiere es un período prudente de detención de los sospechosos para llevar a cabo la investigación satisfactoriamente», indicó el ministro de Asuntos Constitucionales, Lord Falconer. Se trataría de establecer un lugar cerrado, al abrigo de los medios de comunicación y del público, en donde no pudieran divulgarse las informaciones sensibles. Los sospechosos estarían representados por abogados que hubieran superado una investigación de seguridad, es decir, admitida por la acusación. Así, los derechos de la defensa se verían especialmente reducidos, puesto que estos abogados no podrían revelar a su cliente las pruebas en virtud de las cuales estaban detenidos.

Estas informaciones «sensibles» sólo serían examinadas por un juez especializado. Así, el proyecto del gobierno sería instalar un procedimiento de «pre-proceso» y, por medio de éste, un tribunal de excepción, presidido por este juez especializado en materia de terrorismo, que no dispondría de ningún poder de investigación, que sería competencia exclusiva de la policía. Este procedimiento permitiría ampliar la detención preventiva al menos a tres meses. Pero esto sólo sería una primera etapa, puesto que el gobierno ya proyecta la posibilidad de establecer una detención preventiva de duración indeterminada.

La ampliación de la prisión preventiva también es una de las medidas contenidas en el nuevo proyecto de ley antiterrorista, Terrorism Bill, presentado el 15 de septiembre de 2005 por el ministro del Interior, Charles Clarke. El texto crea nuevas incriminaciones, como la «glorificación» del terrorismo o la «propagación» de publicaciones terroristas. Este último delito tendría como objetivo las librerías islamistas, pero podría tener un uso muy amplio. También aumenta considerablemente las penas vinculadas a actos que ya eran perseguidos legalmente. Así, la «preparación» de atentados se castigaría con la detención de por vida; la «incitación indirecta» a actos terroristas podría suponer una pena de siete años y la «incitación» al terrorismo una encarcelación de diez años.

Para favorecer la expulsión de los extranjeros sospechosos de tener relación con el terrorismo se hacía necesario modificar la legislación británica sobre derechos humanos. El 24 de agosto el ministro del Interior (Home Secretary) Charles Clarke publicó un conjunto de comportamientos considerados inaceptables y que justificarían la expulsión del territorio británico. Esta lista no era exhaustiva y podía ser completada por el gobierno en cualquier momento, e incluía especialmente hechos como «fomentar, justificar o glorificar la violencia terrorista», «incitar a provocar actos terroristas», o «favorecer la violencia inter-étnica en Gran Bretaña». Así, en este contexto, «escribir, producir, publicar o distribuir material, tomar la palabra en público (el hecho de predicar inclusive), visitar una página web o utilizar un puesto de responsabilidad como la de profesor o de dirigente de una comunidad», podrían llevar a un individuo a su expulsión.

Este tipo de disposiciones permiten atacar a cualquier persona que defienda una acción violenta contra cualquier gobierno constituido, sea cual sea la naturaleza de su régimen político. Mientras ejercía la presidencia de la Unión Europea, el gobierno británico trató de acelerar -y, sobre todo, de orientar- la cooperación policial y judicial en el seno de la Unión. En varias ocasiones anunció su intención de reconsiderar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la protección de los refugiados.

Al prohibir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, el Tribunal -que se ocupa de aplicar la Convención Europea de los Derechos Humanos-, siempre se ha opuesto a la devolución de los refugiados cuando sufren la amenaza de recibir tales tratos. Charles Clarke considera que esta lectura de la Convención impide a los Estados europeos expulsar a los extranjeros sospechosos de terrorismo bajo el pretexto de que podrían ser torturados o maltratados en sus países de origen.

De modo que esta interpretación del artículo 3 de la Convención Europea de los Derechos Humanos se opone al plan del gobierno británico destinado a expulsar a su país de origen a los extranjeros acusados de apología del terrorismo, o a deportarlos a países terceros en donde podrían ser torturados.

Pero la idea del gobierno no es atacar directamente a la Convención, sino hacerla inoperante, «reequilibrando» la jurisprudencia del Tribunal para que tenga en cuenta la nueva situación creada por el terrorismo, lo que el ministro Clarke llama las «circunstancias del mundo moderno». Y en ese camino, el ministro británico ha encontrado aliados: los gobiernos de Italia, Lituania, Portugal y Eslovaquia. Estos países esperan persuadir al Tribunal de Estrasburgo para que revise sus juicios, que estipulan que el derecho de una persona a no ser torturada es absoluto y que ese derecho no puede anularse por una cuestión de seguridad nacional.

El final del estado de derecho

Durante una conferencia de prensa celebrada el 5 de agosto de 2005, Tony Blair proclamó claramente que «nadie debe dudar de que las reglas del juego han cambiado». Y aunque Blair justificó estas reformas por la existencia de atentados, las reglas ya habían sufrido mutaciones antes de que se produjeran los mismos.

Lo específico de los atentados de Londres en relación a los perpetrados en Nueva York o Madrid era el hecho de que los supuestos autores poseían la nacionalidad del país en el que se habían producido los hechos. Generalmente las leyes, por ejemplo, la estadounidense USA Patriot Act o la británica Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, prevén medidas arbitrarias de encarcelación de aquellos extranjeros que el poder ejecutivo considere terroristas.

Sin embargo, la Prevent Terrorism Bill, que entró en vigor en marzo de 2005, autorizaba al gobierno británico -aunque no tuviera pruebas- a tomar medidas administrativas privativas de libertad, como el arresto domiciliario o el brazalete electrónico, contra cualquier persona simplemente sospechosa de haber participado en actividades terroristas. Este procedimiento ya no afectaba sólo a los extranjeros sino también a los nacionales. La entrada en vigor de la ley, que suprimía el habeas corpus de los ciudadanos ingleses, fue anterior a los atentados de Londres. Se había anticipado a los hechos que le servían de justificación.

Las medidas privativas de libertad son el aspecto más espectacular de las leyes antiterroristas. Sin embargo, también van acompañadas de disposiciones que permiten controlar la vida privada y pública del conjunto de los ciudadanos.

Asistimos a un desmantelamiento del Estado de derecho, tanto en su forma -como «disposición jerarquizada de normas jurídicas»-, como en su contenido -un conjunto de libertades públicas y privadas garantizadas por la ley. La reconsideración de la manera en que la sociedad es dirigida por el Estado sólo puede llevarse a cabo mediante una inversión de la primacía de la ley sobre el procedimiento. Lo que es específico de la situación actual no es tanto la acentuación de la tutela ejercida por el ejecutivo sobre el Parlamento como la estrecha instrumentalización del poder judicial y, en la práctica, su subordinación a la policía.

Ya no se trata simplemente de una suspensión del derecho ni de una restricción de los mecanismos de protección de las libertades fundamentales de ciertas categorías de individuos o de capas sociales situadas al margen de la sociedad. La especificidad de estas últimas legislaciones reside en su alcance general, y afectan no sólo a unos individuos y a unas organizaciones determinadas sino al conjunto de la población. De modo que se produce un cambio radical del derecho penal. Contrariamente a lo que generalmente se nos dice, los atentados terroristas, sean cuales sean, no son el elemento fundador de la modificación del orden de derecho. Ni la mutación de los modos de organización del poder puede explicarse mediante un elemento externo, sino analizando su estructura interna. La mutación del derecho es quien mejor revela la transformación global de la relación sociedad/Estado.

Aunque es cierto que «lo político adquiere hoy la apariencia de lo jurídico», el hecho de que este estudio se centre en las transformaciones penales no indica una voluntad de quedarse en el fenómeno, ahí donde se presentan las cosas. El derecho no es sólo ideología sino también un modo efectivo de regulación de la sociedad. Su mutación indica el establecimiento de una nueva estructura política y es su legitimación. Así, el análisis jurídico no se referirá tanto a la relación de dominio en un sentido estricto como a la relación de hegemonía.

Por consiguiente, el estudio que aquí se propone se presenta como una contribución al análisis de la forma actual del Estado, y aunque descansa en el estudio de las leyes, eso no significa de ningún modo que se base en una concepción del poder que lo reduzca todo a un conjunto de relaciones jurídicas. Constatar la juridización de las relaciones sociales no significa dejar de tener en cuenta las transformaciones sociales y políticas operadas por la globalización del poder económico. Al contrario, pondrá en evidencia el enorme impacto que la globalización financiera ha supuesto en la formación de lo político.

Jean-Claude Paye

Introducción del libro «El final del Estado de derecho», ed. Hiru (2008)

Extraído del Dossier [Leyes de excepción, represión y control sobre las poblaciones](#) (2009)

aparecido en la revista Ekintza Zuzena nº36 <http://www.nodo50.org/ekintza>