

Esther Pomares Cintas

La deriva del derecho penal y la democracia

La lucha antiterrorista como rastreo de embriones de sospecha

Dykinson, Madrid, 2022, 350 pags.

¿Qué prevención del terrorismo internacional?

El terrorismo encarna una forma tajante de guerra asimétrica entre Estados potentes y grupos o individuos armados; se ha convertido, a lo largo de los siglos XX-XXI, en el nuevo enemigo radical pero las respuestas ponen a menudo en tela de juicio tanto el derecho europeo e internacional como los Estados de derecho. La monografía de la profesora penalista Esther Pomares Cintas *La deriva del derecho penal y la democracia. La lucha antiterrorista como rastreo de embriones de sospecha* (Ed. Dykinson, Madrid, 2022) permite hacer un balance del uso de la represión legítima e institucionalizada frente a este desafío.

Este libro es una obra importante tanto por su contenido como por su significado para entender las aporías de los sistemas democráticos contemporáneos. Es un trabajo a la vez riguroso, sutil y amplio que, más allá de análisis técnicos brillantes, desemboca en una reflexión de fondo sobre los peligros que amenazan a las garantías del Estado de derecho. No puedo aquí desglosar toda la riqueza intelectual de la argumentación de la autora; solo me limitaré a poner de relieve algunos temas, en mi opinión de gran interés para el lector.

La violencia terrorista siembra, como método instrumental para lograr objetivos determinados, un clima de intimidación colectiva y de inseguridad global en el territorio en el que se despliega. Tiene lugar en contextos asimétricos caracterizados por relaciones de fuerzas desproporcionadas entre los contendientes. Teóricamente, el terrorismo revierte la debilidad asimétrica en fuerza, provocando daños letales o una violencia latente en el campo del adversario. Es una forma radical, aparentemente desesperada, de retorsión. Para la seguridad de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, se trata, desde luego, de un desafío “existencial”; para el Estado de derecho, pone en evidencia su capacidad de responder —o no— sin vulnerar sus propias bases constitucionales.

Tras examinar los intentos fallidos de articular un marco conceptual preciso, y universalmente consensuado por la comunidad internacional, sobre lo que se debe entender por “terrorismo”, la autora demuestra con un lujo impresionante de detalles, en una segunda etapa, la tendencia exponencial a “desfigurar los contornos del terrorismo” a partir de los años noventa, reorientándolos a otros contextos. Y, finalmente, en la etapa que se estrena

con el segundo milenio, reflexiona —e invita a reflexionar— sobre la construcción de un nuevo *modelo preventivo del terrorismo*, que cuestiona las bases fundamentales del Estado de derecho de las sociedades democráticas occidentales.

A lo largo de este recorrido, es fascinante comprobar cómo, desde los años 30, son incesantes las mutaciones semánticas que experimenta la definición del delito terrorista —siempre en consonancia, y en detrimento de los márgenes de los delitos políticos—, transformaciones que aparecen encadenadas a la reestructuración geopolítica de las relaciones de fuerza entre los Estados. Así, desde la caída del Muro de Berlín, se acaba con el prisma que afronta el terrorismo eliminando las causas de fondo de las conflictividades (Programa de 1972), hasta entonces vinculadas a la lucha de los pueblos contra prácticas opresoras, colonialistas e imperialistas. Se reconocía desde la Asamblea General de la ONU la voluntad de “desterrar de la órbita semántica del terrorismo las conductas de resistencia política” y de perseguir el “terrorismo de Estado”. De este paradigma no quedan ni los ecos.

Desde la década de los noventa, la pregunta por el terrorismo internacional se descontextualiza. No interesa delimitar sus contornos, de modo que los efectos aparecen fundidos con las causas: se confiere protagonismo a planteamientos esencialmente reduccionistas que vinculan los actos de terrorismo en “muchas regiones del mundo” con la palabra clave hoy del “*extremismo*”.

El tercer paradigma —o la voz de *guerra* contra el terrorismo— surge a partir de las respuestas de la comunidad internacional a los atentados del 11-S en Estados Unidos. Bajo la batuta pragmática del Consejo de Seguridad de la ONU, se abren, a pasos de gigante, en palabras de Pomares, nuevos espacios y un ilimitado catálogo de potenciales enemigos —“enemigos de turno”— donde “marcar con la etiqueta del terrorismo”. La voz criminógena de *terrorismo* no se limita al *yihadismo* violento y fanático, sino que su porosidad tiende a servir para conquistar otros terrenos, o, como advierte la autora, para levantar muros de contención-inocuidización frente a movimientos radicales antisistema, denominados por *Europol* y la Comisión europea: *terrorismos de “izquierda y anarquistas”* (véase: *Agenda de lucha contra el terrorismo de la UE: anticipar, prevenir, proteger, responder*).

Esther Pomares visualiza también el impacto del nuevo léxico de la *guerra* contra el terrorismo internacional, que forja el ideario del modelo contemporáneo de *prevención del terrorismo* inspirado en las sucesivas versiones de la *USA Patriot Act* de 2001. Una onda expansiva procedente de la emergencia del Consejo de Seguridad de la ONU que se inoculara en las legislaciones de los Estados europeos a través de infraestructuras

supranacionales que van adquiriendo cada vez más poder: Consejo de Europa, instituciones con potestad normativa de la UE, etc.

A partir de la clave de la *desradicalización* del pensamiento, se construye un nuevo sistema penal en la órbita de las democracias occidentales. No se trata ya de prevenir los actos o atentados terroristas, lo que es imprescindible, sino que se pretende intervenir, con la herramienta penal, en fases prematuras bajo la consigna de “adelantarse a la amenaza” como una suerte de llamada de *guerra preventiva* cuyo objetivo es, en definitiva, habilitar y facilitar la detección y represión de “*signos*” de radicalización que podrían “*hipotéticamente*” tornarse violentos. El matiz semántico no pasa desapercibido porque crea, en la práctica, un abismo de interrogantes y de posibles arbitrariedades. Esta consigna, señala la autora, es el epicentro de la política antiterrorista de la agenda política internacional y europea. De ahí que la recurrente expresión “*prevención del terrorismo*” adquiera otro contenido que Esther Pomares sintetiza en la transformación del sistema penal como “*fábrica*”, “*rastreo*” y almacenamiento de “*embriones de sospecha*”.

Los nuevos delitos “terroristas” inquietan por su amplitud, su plasticidad, y el margen de arbitrariedad que ofrecen. Así, se criminaliza con dicha etiqueta la sola conducta de acceder a páginas *web*, o la mera posesión de libros o material documental con idearios o discursos radicales (sin necesidad de conocer su contenido), o el hecho de realizar viajes transnacionales, sin exigir, en ninguno de los comportamientos descritos, una vinculación con grupos terroristas o con una conducta posterior de preparación de un acto terrorista. ¿Terroristas “prematuros” o “futuribles”? Se trata, según la autora, de estructuras penales que se basan en *intuiciones* de peligro, en una racionalidad evanescente de la sospecha derivada de cálculos algorítmicos de programas de ordenador. La autora recalca que esta semántica penal, que cobra el sentido del *adelantarse a la sospecha*, no es sino el semblante de un derecho penal máximo que genera sombras de arbitrariedad y las pone en manos policiales. La onda expansiva del modelo antiterrorista contemporáneo, de raíz norteamericana, está abriendo, según la autora, el cajón de viejas fórmulas de lucha contra la disidencia social y política acuñadas por modelos penales de poderes autoritarios dentro del mismo seno del Estado de derecho.

Tal y como subraya en el Prólogo el profesor Guillermo Portilla Contreras, reconocido penalista en esta materia, “si hay algo peor que el terrorismo, es la legislación antiterrorista que, pervirtiendo las reglas de la teoría jurídica del delito [...] ha traducido lo excepcional en regla y la razón de Estado en seguridad de los ciudadanos”, es decir, un concepto adulterado basado en la desconfianza de todos. Hoy, en nombre del terrorismo, se controla potencialmente a todos los ciudadanos, sin una previa sospecha, *ipues es la sospecha lo que se busca!*

Según Esther Pomares, el nuevo modelo preventivo del terrorismo internacional ha desplegado una “poderosa maquinaria de *vigilancia y disciplinamiento de la ciudadanía*”, una “*policía global*” encaminada a contener la esfera del pensamiento, del ejercicio de la libertad de expresión (que incluye la libertad de formación), de las comunicaciones —uso de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)— y la vertiente de los desplazamientos transfronterizos de personas. Y no sólo eso. A partir del conocido caso de Edward Snowden, la nueva *USA Freedom Act* de 2015 da carta de naturaleza a la *privatización* de las funciones de vigilancia masiva de las comunicaciones porque se externalizan en la empresa privada y multinacional que posee y gestiona la infraestructura de Internet en sus múltiples capacidades (Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Yahoo, Twitter...). Una infraestructura privada que se filtra también en suelo europeo. Los casos recientes vinculados a la sociedad Pegasus, que acecha también a Jefes de Estado, atestiguan lo que se permiten empresas privadas en este mundo *orwelliano* de espionaje y manipulación.

El resultado de esta industria, afirma la autora, es desalentar al ciudadano en el ejercicio de las libertades de expresión e información, vaciándolas de contenido. De igual modo ocurre, implicando también a la empresa privada, en el contexto del rastreo y almacenamiento masivo, sistemático e indiscriminado de datos personales de todos los viajeros que realizan desplazamientos transnacionales. Y, *last but not least*, la autora recuerda que el discurso del modelo contemporáneo preventivo del terrorismo internacional ha logrado depositar mayores cotas de desconfianza e incertidumbre en torno al solicitante de asilo y el estatuto de refugiado, restringiendo los requisitos de obtención, de entrada y tránsito. Veinte años de represalias frente al 11-S se identifican también con importantes pérdidas de referentes del derecho internacional humanitario.

Sostiene Esther Pomares, a la inversa, que el papel del derecho penal democrático debe consistir en definir las herramientas de represión y prevención de los actos-atentados terroristas, siempre bajo el abrigo y respeto del Estado de derecho para evitar, en primer lugar, cualquier forma de arbitrariedad, y delimitar, en segundo lugar, la categoría del terrorismo respecto de otro tipo de violencias disidentes en conflictos sociales. Bajo estas premisas, la autora está convencida, y lo demuestra con creces en su trabajo, que la mejor manera de luchar contra el terrorismo consiste no solo en reprimir los efectos, sino también enfrentando las causas. Porque no olvida que el eje de la injusticia internacional, que discurre sobre el crisol de la pobreza, de la impunidad de las dictaduras, de los efectos “colaterales” de las guerras, de los genocidios de pueblos desarmados frente a superpotencias armadas que desarrollan prácticas de múltiples raseros (basta con pensar en Oriente Medio para entenderlo), es la matriz originaria del terrorismo. Hoy,

como se desprende de su detallado análisis, la estrategia de lucha contra el terrorismo internacional pone a menudo en entredicho estos postulados, siendo sus consecuencias dañinas para el Estado de derecho.

Por otra parte, la obra de Esther Pomares Cintas muestra que las herramientas antiterroristas, a partir de los años noventa, y particularmente, las teñidas al fragor de la guerra contra el terrorismo internacional, tienden a convertirse, de modo muy inquietante, en un potente mecanismo de conformación de las relaciones sociopolíticas tanto dentro de las sociedades democráticas como en la geopolítica mundial. Cuando en realidad, la batalla de las democracias contra el terrorismo debería generar sistemáticamente el fortalecimiento del Estado de derecho en favor de los ciudadanos.

En este libro, el jurista encontrará una interpretación rigurosa de las nuevas figuras penales y un manual crítico, no desde la ideología sino de una lectura técnica muy seria, de las leyes antiterroristas vigentes; el politólogo, el sociólogo y el lector gozarán de un documento esencial para entender el funcionamiento problemático de la justicia internacional contemporánea. Libro que hay que leer, estudiar y meditar.

[Sami Nair es catedrático de Ciencias Políticas]

Sami Nair
27/5/2022