

# **LA EXCEPCIONALIDAD MATERIAL:**

## **Reflexiones a propósito de la Ley Anti-Terrorista**

Truccone Borgogno, Santiago<sup>i</sup>

### **1. INTRODUCCIÓN**

El debate entorno a los estados de excepción en las legislaciones vigentes es de larga data, sin embargo el fenómeno se ha intensificado en la actualidad debido al nacimiento de legislación antiterrorista. De cualquier modo, los abordaje contemporáneos a la temática no pasan por alto los atentados del 11 de setiembre de 2001 a las Torres Gemelas en Nueva York. Sin embargo, a este hecho se le deben sumar los del 12 de octubre de 2002 en Bali, del 11 de marzo de 2004 en Madrid y del 7 de Julio de 2005 en Londres, para entender por qué el debate sobre la seguridad de los habitantes del planeta se encuentra sobre el tapete. Ahora bien, estos hechos no pueden ser vistos como el inicio de un modelo de seguridad que genera espacios de excepcionalidad material en las legislaciones vigentes. Sólo debe analizarse como condición de posibilidad para la legitimación de prácticas cuyo origen se debe buscar más atrás en el tiempo.

En este sentido, desde el curso impartido en el Collège de France 1977-1978, Michel Foucault intentó demostrar a través de la genealogía de las técnicas de poder que la sociedad, abandonaba el acento prioritario en las técnicas disciplinarias, para encaminarse hacia una estructura en torno a los *dispositivos de seguridad*. El ocaso del Welfare State, remplazado por las tendencias neoliberales de las últimas décadas, donde todo se reduce a un cálculo de probabilidades y donde el instrumento utilizado como baremo de decisiones tanto cotidianas como globales es el mercado, ha llevado a que los riesgos, historicamente circunscriptos exclusivamente al derecho laboral del Estado de Bienestar, pasen a ocupar todo un nuevo campo en el cual se intentan fijar regularidades, no sólo laborales, sino también tecnológicos, sociales, ecológicas. Cualquier intervención gubernamental, sostiene el autor, debe pasar por el filtro del mercado y la estadística. Así, si la referencia es al delito, si se generan categorías en función de estadísticas, se permite la introducción de toda una economía de asignación de recursos y políticas focalizadas en función de las probabilidades de acaecimiento de siniestros.

### **2. LA EXCEPCIONALIDAD MATERIAL COMO INSTANCIA DELIMITADORA DE LA EMERGENCIA**

El sistema penal se ha convertido en una instancia de delimitación de la sociedad de seguridad en la cual emerge la legislación penal de excepción. Así, la referencia obligada es

a Carl Schmitt, autor que justificó y llevó hasta las últimas consecuencias al mentado concepto. Fue en su obra en la que se vio el mayor esfuerzo teórico por hacer posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico. Para el autor la vinculación residía en la figura del soberano como instancia a la vez interior y exterior del orden jurídico. Para Schmitt, “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” por lo que la ligadura jurídica de lo excepcional se basaba en una nítida distinción entre ordenamiento ordinario y ordenamiento de crisis. No obstante, en la actualidad, pareciera que este modelo no tiene cabida toda vez que los estados de excepción formales además de estar incorporados a las constituciones nacionales con límites bien definidos y controles regulados, siempre se refieren a un ámbito de no normatividad, o normatividad excepcional que se superpone a la ordinaria, suspendiéndola a los fines de hacer factible su ulterior aplicación.

Si se pretende ubicar a legislación excepcional, que generalmente corresponde con los postulados que la dogmática le adscribe al llamado *derecho penal del enemigo* (Una visión prospectiva de la punibilidad; Penas desproporcionadamente altas y Relativización de las garantías procesales), en la propia de los Estados de Derecho, la excepción deberá ser de una naturaleza diferente a la conceptualizada por Schmitt. Así, cobra relevancia el concepto de *excepcionalidad material*, que puede ser entendida como un: legislación imbricada en los propios corpus normativos ordinarios, cuya finalidad y contenido es materialmente excepcional, pero formalmente indistinguible de estos.

La *excepcionalidad material* se diferencia al menos en dos aspectos de la excepción formal. Por un lado, no se requiere un apartamiento de la legalidad. Por el contrario la técnica de gobierno consiste en admitir la existencia de medios excepcionales en manos del Estado para hacer frente a situaciones especialmente riesgosas. La excepcionalidad material si bien también genera los espacios anómicos característicos de toda excepción, no los logra suspendiendo el derecho vigente, sino por medio de la expansión legal de las posibilidades de intervención del poder (criminalización primaria). Sólo en un segundo momento, en el interior de la propia norma se observan formas de intervención de facto desreguladas a través de una indeterminación calculada en la técnica legislativa. Por otro lado, no se está en presencia de una excepción esencialmente temporal, sino que la misma se convierte en una de carácter permanente. La noción de necesidad de hacer frente a situaciones especialmente riesgosas, aparta la idea Schmittiana de crisis. La noción de Agamben de estado de excepción permanente cobra virtualidad, sólo que a diferencia de su conceptualización, la referencia no es a la vigencia de un estado de excepción en un espacio territorial determinado dentro de uno más amplio donde rige la legalidad. La permanencia, en los estados de excepción materiales está dada por el hecho de que los mismos conviven como un espacio de anomia dentro del conjunto de ordenamiento jurídico.

Los sectores de regulación que se han catalogado como de derecho penal del enemigo, parecieran ser una zona de penumbra que si bien no se desprende de los principios del derecho penal clásico, los fuerza de tal modo que los pervierte. La

ampliación legal no sólo cuantitativa sino, de hecho, cualitativa permite que dentro de las nuevas figuras incorporadas a la legislación penal -caracterizadas por su vaguedad-, el sistema penal pueda operar con la más alta discrecionalidad y; en un segundo momento, sin sujeción a norma alguna -por la “demostrada” necesidad del Estado de poder hacer uso de mecanismos excepcionales para circunstancias especialmente riesgosas-, permite no sólo la comisión de abusos y prácticas violatorias a los derechos fundamentales de las personas, sino y sobre todo, que las mismas sean focalizadas sobre determinados grupos de la población.

La existencia de una categoría de sujetos a los que se los percibe como peligrosos, genera un riesgo para el normal desenvolvimiento de la sociedad que propicia su regulación a través de los dispositivos de seguridad. Las manifestaciones del derecho penal del enemigo dentro de los cuerpos legales no son más que espacios de excepcionalidad material donde el poder punitivo puede prevenir, minimizando – luego de considerar las regularidades que le son inherentes a los comportamientos sociales- las posibilidades de la producción del daño.

### **3. A PROPÓSITO DE LA LEY ANTI-TERRORISTA (LEY 26.734)**

Sin perjuicio de que el origen de la legislación en contra de aquellos comportamientos internos perturbadores de la tranquilidad pública y la seguridad nacional, deben buscarse en las llamadas leyes de Residencia de la época de Roca (Ley. 4.144 de 1902 y Reforma del código Penal de 1903), la incorporación de las figuras que tienen que ver con el moderno terrorismo tienen su origen en Julio del año 2007 cuando fue sancionada la ley 26.268. Ésta, denominada “Ley Antiterrorista,” modificó el Código Penal incorporando – entre otras- la figura de asociación ilícita terrorista en el Art. 213 ter. Sin embargo, la norma objeto de análisis aquí será el Art 41 quinqués del Código Penal, incorporado por la reciente ley 26.734. La misma consagra como agravante genérica al siguiente texto: *“Cuando alguno de los delitos previstos en este código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población, la escala penal se incrementará en el doble del mínimo y del máximo. Si la finalidad fuese la de obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, se aplicará la misma escala, siempre y cuando no se trate del ejercicio de un derecho constitucional” (Art 41 quinqués C.P.)*

Si bien la norma en cuestión ha sido arduamente criticada, aquí, su análisis tendrá que ver con dos puntos. El primero, referido a que se considera a la misma como ejemplo paradigmático de lo que hemos llamado *excepcionalidad material*. El segundo en cuanto le asigna al terrorismo el carácter de finalidad cuando en realidad es un medio. Sobre el primer punto, es decir en cuanto a su consideración como norma de excepción material, se observa cómo se produce en un primer momento una expansión legal a través de un

precepto que evidencia la mayor posibilidad que tienen las agencias ejecutivas intervenir, donde la excepcionalidad de la intervención a que da lugar a la agravante genérica se incorpora a la legalidad con la finalidad de mostrar al Estado como capaz de hacer frente a situaciones especialmente peligrosas. Se está en presencia de un precepto legal sustancialmente diferente al resto del ordenamiento jurídico, pero incorporado al mismo. Dentro de él la amplitud con que el sistema penal puede seleccionar a quienes quedarán sujetos a su intervención y a quienes se deberá procesar en su virtud, como así también imponerles condena, debe catalogarse como un espacio de anomia. Es el espacio de la intervención de facto desregulada, el cual constituye una nueva normalidad.

En cuanto a lo segundo aspecto, asignarle al terrorismo el carácter de finalidad cuando en realidad es un medio constituye una violación al mandato de determinación del sistema legal (principio de legalidad art.19 de la CN, art.11.2 de la DUDH, art.15 del PIDC, art.9 de la CADH). La finalidad terrorista, al constituir un elemento de la tendencia interna -es decir una proyección de un objetivo buscado con el delito que se comete-, no necesita que se exteriorice un cambio en la realidad. Así, las posibles situaciones que pueden quedar abarcadas en este precepto legal son innumerables, muchas de las cuales pueden no tener que ver con medios terroristas, quedando en manos del juez interpretar y aplicar esta norma caracterizada por la vaguedad.

El terror, como medio para obligar a una autoridad a dar una respuesta a las demandas sociales, no es el verdadero objeto de regulación que introduce esta reforma. En todo caso, si la regulación es entorno al terror, lo es pero como objetivo perseguido al realizar cualquier actividad, independientemente de cual sea el medio utilizado -terrorista-expresivo-pacífico-etc.-. El terrorismo erigido como finalidad se convierte en un significativo sin significado, o al menos con uno potencialmente ilimitado. De este modo, la posibilidad de justificar la aplicación de un precepto como el comentado contra una determinada categoría poblacional, la que se percibe como especialmente riesgosa, deviene evidente.

---

<sup>i</sup> Becario de Pre-Grado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.